



San José, 1° de noviembre de 2018
DH-DAEC-CGA-0925-2018

Señor
Leonardo Alberto Salmerón Castillo
Jefe de área a.i.
comision-economicos@asamblea.go.cr

Estimados señoras y señores diputados:

Aprovecho la presente para saludarles cordialmente y a la vez manifestar que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el texto sustitutivo del Proyecto de Ley de reforma del Sistema de Banca para el Desarrollo, Expediente Legislativo N° 20.460. En relación con la versión anterior de este proyecto, ya la Defensoría había emitido criterio mediante oficio N° DH-DAEC- 257-2018, del 12 de abril de 2018.

Al respecto, la Defensoría observa que algunos de los planteamientos realizados en esa oportunidad, están contemplados en el texto sustitutivo en estudio; sin embargo, se han incorporado cambios que ameritan un análisis y pronunciamiento en particular. Asimismo, la Defensoría ha considerado necesario reafirmar algunas observaciones que se habían realizado en el criterio anterior, según se expone.

Para una mayor claridad para la lectura del presente criterio, y en vista de que cada artículo del texto sustitutivo hace referencia a varios artículos vigentes, a continuación, se hace referencia a cada los artículos del proyecto siguiendo el orden del mismo. Asimismo, es pertinente precisar que la Defensoría no hará referencia expresa a aquellos artículos que solamente consignan el cambio de FIDADE a FONADE.

I. ARTÍCULO 1 DEL TEXTO SUSTITUTIVO DICTAMINADO: REFORMA A LOS ARTÍCULOS 2, 6, 9, 14, 15, 16, 18, 19, 22, 30 Y 38 DE LA LEY VIGENTE NÚMERO 8634 Y SUS REFORMAS.

Artículo 2:

Incorpora al INA como institución que constituye el SBD y teóricamente dejaría de ser colaborador, tal y como está en la ley vigente; sin embargo, en el artículo 41 que se plantea - en esta misma reforma - se mantiene la condición de colaborador, lo cual resulta contradictorio.

Se establece expresamente que el INA se constituye en parte del SBD, lo que significa que deja de ser "colaborador". De este modo el Instituto Nacional de Aprendizaje, se integra al SBD más allá del aporte de sus recursos, lo cual, desde el punto de vista de la Defensoría, resulta estratégico tanto para el sector productivo nacional como para la población en general, aun y cuando algunos sectores productivos consideren que su desempeño no ha alcanzado toda su potencialidad. Consecuentemente, la Defensoría considera oportuno y positivo que el INA adquiera el nivel integrante del Sistema, por lo que se sugiere revisar la consistencia del artículo 2 en análisis, con lo dispuesto el artículo 41.

Artículo 6. - Sujetos beneficiarios del Sistema de Banca para el Desarrollo.

"[...]

En el caso de las medianas empresas y los medianos productores de todos los sectores productivos, solamente podrán ser beneficiarios de esta ley, por excepción, las que cumplan con los criterios y condiciones que al efecto disponga el Consejo Rector, quien deberá brindar un tratamiento equitativo y proporcional, siempre tomando en cuenta factores como el alto impacto en el desarrollo nacional de acuerdo con criterios como empleo generado, contribución a la sostenibilidad ambiental, al desarrollo tecnológico y encadenamientos productivos, entre otros..."

En la versión vigente de la ley únicamente es posible que el beneficio contemplado en el artículo 6 (medianos productos y empresas), se otorgue mediante una **resolución motivada** del Consejo Rector. En la reforma propuesta se elimina ese requisito, dejando un portillo para la subjetividad y, eventualmente, que se consideren beneficiarios a empresas y medianos productores cuyos proyectos no cumplan con los requisitos establecidos en la norma. De acuerdo con lo anterior, se sugiere mantener dicho requisito.

Artículo 14:

Sobre este artículo se observa que la norma vigente establece que el Consejo Rector definirá y administrará el funcionamiento de la estructura administrativa de la Secretaría Técnica. En la propuesta se indica que:

"Serán funciones del Consejo Rector las siguientes:

[...]

h) Aprobar la estructura administrativa de la Secretaría Técnica y del Fondo Nacional para el Desarrollo (FONADE), el presupuesto anual y los presupuestos extraordinarios que fuesen necesarios para esta. Fijar las políticas presupuestarias de aplicación para la Secretaría Técnica, orientadas hacia la gestión eficiente y eficaz de los recursos asignados, de acuerdo con las Leyes, los reglamentos y con los principios de la técnica, procurando la racionalización del gasto y el control eficiente de los costos.

En relación con la creación de la estructura administrativa para el FONADE, es importante llamar la atención sobre la justificación de pasar de FINADE a FONADE, principalmente, en lo relacionado con el costo que significa la administración del fideicomiso. En el criterio emitido en relación con la versión anterior de este proyecto de ley, la DHR ya se había pronunciado sobre este punto, indicando que al parecer el Consejo Rector y la Secretaría Técnica no tendrían problemas, desde el punto de vista técnico y operativo, de hacer frente a la transformación del

fideicomiso (FINADE) a un fondo de nacional de desarrollo (FONADE), lo cual estaría alineado o en concordancia con la posición de quienes participaron en la creación de este Sistema, cuando se mencionó que: *el concepto de banca para el desarrollo no es estático.*

Tal y como se establece en la justificación del proyecto, el objetivo fundamental de esta reforma, es eliminar los riesgos que suponen la concentración del negocio en unas pocas entidades con posibilidad de brindar el servicio de fiducia y, por otro lado, reducir los costos operativos y mejorar la eficiencia y eficacia al aprovechar de mejor manera la infraestructura y las capacidades existentes en el funcionamiento del SBD.

Las autoridades del SBD, dentro de las justificaciones de pasar del FINADE a FONADE, hicieron mención al monto de la comisión por la administración actual de este fideicomiso por parte del Banco de Costa Rica (BCR), lo cual, desde su punto de vista, representa un monto alto para los intereses que se propician por medio del SBD.

Se agregó que la reforma puntual de transformación del FINADE en un Fondo administrado directamente por la Secretaría Técnica del SBD, significaría un ahorro anual importante, estimado en más de 1.100 millones al comparar la comisión del fideicomiso con el costo de administración del FONADE.

De acuerdo con lo anterior, se mantiene vigente lo que la Defensoría mencionó en su oportunidad, en el sentido de que sería importante determinar si la administración del Fondo Nacional para el Desarrollo (FONADE), aún y cuando se haga referencia, en el corto plazo, sobre los beneficios de este cambio en la legislación del SBD, si eso representaría un ahorro sostenible, dadas las obligaciones que se asumen, no sólo por la administración eficiente del patrimonio sino también en cuanto a los registros contables, la tramitación de desembolsos, el control interno, el velar por la sostenibilidad del fondo y hacerse cargo de los informes que se deban presentar a las instancias internas y externas de fiscalización.

Todo ello comparado con los beneficios que se derivan, más allá del costo, de la utilización de la figura del fideicomiso con especial atención a lo que significaría para los fideicomisarios o beneficiarios y tomando en cuenta la obligatoriedad de pautas claras y transparentes en el funcionamiento de esa figura -totalmente independiente- en función de los intereses, en este caso particular, de los sectores y personas a los cuales está dirigido el SBD.

De acuerdo con lo anterior, la Defensoría, una vez más, llama la atención de las señoras y señores diputados, a efecto de que se analice el costo beneficio de esta reforma, más allá de los posibles ahorros en el corto plazo.

Adicionalmente, la Defensoría sugiere dos reformas puntuales al inciso h). Primera: cambiar la palabra "procurando" por la palabra "garantizando"; Segunda: utilizar la misma figura que se incluye en el artículo 38 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones en relación con el financiamiento del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL). Esta norma en lo que interesa indica: *Los costos de administración del FONATEL, serán cubiertos con los recursos del Fondo, para lo cual no se podrá destinar una suma mayor a 1% del total de los recursos.*

En el inciso i), también se incluye dentro de las funciones del Consejo Rector, *mantener un sistema de información permanente y actualizado de los sujetos que han tenido acceso a los fondos dispuestos para el Sistema de Banca para el Desarrollo, asimismo, aplicar las medidas necesarias para mantener el secreto de información en diligencia de las leyes aplicables a la protección de datos de los ciudadanos.* Sobre este asunto es importante reiterar lo que la DHR le ha manifestado a ese Parlamento, cuando se le ha solicitado criterio sobre temas relacionados con el derecho de acceso a la información de carácter público, a saber:

- El derecho de acceso a la información es la facultad de todo individuo de acceder, libremente, a la documentación que está en manos de las autoridades públicas. En otras palabras, se trata del derecho de buscar, investigar, recibir y difundir información, así como de opinar sobre la información recabada.
- Debido a su relevancia como derecho humano, el derecho de acceso a la información está protegido por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo, es resguardado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- En el ordenamiento jurídico nacional, la Constitución Política, en el numeral 30, tutela el acceso libre a la información sobre asuntos de interés público que esté en poder de las autoridades estatales, pero limita el ejercicio de ese derecho cuando se trata de secretos de Estado. A este artículo, se une el numeral 27 constitucional, el cual dispone que todo sujeto tiene derecho de peticionar y recibir pronta respuesta.
- El acceso a la información pública es la regla, en tanto la restricción a este derecho es la excepción. Para evitar que esa regla sea quebrantada y se comentan arbitrariedades en la toma de decisiones, es necesario contar con un régimen claro y mínimo de excepciones. Ese régimen de excepción constituye un punto de inflexión para delimitar la actuación de las autoridades estatales y así someter la negación de información a límites legítimos.

A la luz de lo anterior, llama la atención de la Defensoría que en el inciso i) del artículo 14 en análisis, se indique que el Consejo Rector tendrá dentro de sus funciones *"aplicar las medidas necesarias para mantener el secreto de información en diligencia de las leyes aplicables a la protección de datos de los ciudadanos."* Esto por cuanto ese "secreto de información" es un término que no está definido en nuestro ordenamiento jurídico. Preocupa a la Defensoría que esta disposición pudiera constituirse en un obstáculo injustificado para el acceso a la información pública que se genere en la operación y desarrollo del Sistema de Banca para el Desarrollo.

Además, es claro que en el SBD confluyen dos tipos de información: por un lado, la que está amparada por el secreto bancario y, por el otro, aquella que es de dominio público y que se refiere a la utilización de recursos públicos y a quiénes está beneficiando el Sistema. Esta distinción, desde el punto de vista de la Defensoría, no se encuentra dentro del texto que se está planteando en este inciso de la reforma.

Tomando en cuenta que en el texto también se hace referencia a "*las leyes aplicables a la protección de datos de los ciudadanos*", es importante señalar que los datos personales no son catalogados, per se, como secretos, ya que lo que procede es un tratamiento adecuado de los mismos. El concepto de datos personales está relacionado con cualquier información que identifique o haga identificable a una persona. Dicho de otra forma, aquello que no identifica a la persona o no la hace identificable, no es un dato personal, por lo cual existe mucha información de carácter estadístico que, desde el punto de vista de la DHR, no sólo es de acceso público, sino útil para efecto de las buenas prácticas de acceso a la información, rendición de cuentas y participación ciudadana.

En adición a lo anterior, la Defensoría observa que en el texto del proyecto de ley no se establece ninguna definición del concepto "*secreto de información*" por lo cual es imposible conocer cuál es el espíritu de la norma propuesta. Al desconocerse el contenido de ese concepto tampoco se puede evaluar su pertinencia. Es por ello que se sugiere a las señoras y señores diputados eliminar esa figura que podría prestarse a confusión máxime que, en el inciso en análisis, se le otorga indirectamente al Consejo Rector la potestad de definir que es secreto y que no, lo cual resultaría contrario a los principios de acceso a la información e incluso al principio de la autodeterminación informativa.

Artículo 15. - Creación del Fondo Nacional para el Desarrollo.

En este artículo se especifica que en materia de capital humano y régimen de empleo se aplicará lo dispuesto para la Secretaría Técnica del SBD. En relación con este punto, la Defensoría considera necesario que la Comisión que estudia este proyecto, lo valore en términos de las disposiciones en materia salarial que están incorporadas en el proyecto de ley N° 20580, Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, para garantizar que, en materia salarial, el SBD estará regido por reglas análogas a las del proyecto N° 20580, de manera que no se vaya a crear una discriminación odiosa en materia salarial entre todo el sector público y el SDB.

En relación con el tema de la contratación administrativa, es de interés hacer referencia a lo incluido por las autoridades gubernamentales, en el III Plan de Acción de la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA), específicamente, en el compromiso número 6, relacionado con la "*Implementación de los estándares de contrataciones abiertas al Sistema de Compras Públicas (SICOP)*".

Dentro de las razones por las cuales se incluyó este compromiso, se identifica el impulso a un proceso de unificación de las plataformas digitales de compras públicas, tomando en cuenta que en el país coexisten más de quince diferentes sistemas de compras en la administración pública, con distintos niveles de transparencia y trazabilidad, aunque ninguno cumple con los estándares internacionales en la materia de contrataciones abiertas.

Con el SICOP se pretende lograr la unificación de estos sistemas, tomando en cuenta lo dispuesto en la Ley 9395 de setiembre de 2016 y su reglamento (Decreto Ejecutivo No 40270-H) publicado en el Alcance No 68 del Diario Oficial La Gaceta.

En la propuesta de este texto sustitutivo dictaminado se hace mención a que, en materia de contratación administrativa, al FONADE le serán aplicados *únicamente los principios*

constitucionales que rigen la materia y de ahí que valdría la aclaración de si eso significaría que el FONADE y la misma Secretaría Técnica del SBD, estaría fuera de los alcances de la supracitada Ley N° 9395 y su reglamento, mediante lo cual se establece la obligatoriedad de las instituciones de utilizar el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP).

Desde el punto de vista de la Defensoría, resulta fundamental para el ejercicio de la transparencia y la rendición de cuentas en esta materia, aprovechar los avances y la tendencia en la legislación dirigidos a mejorar todo lo relacionado con la contratación administrativa del aparato estatal. De ahí que la DHR no estaría de acuerdo en apoyar reformas que impliquen apartarse de los términos de la Ley N° 9395: *Transparencia de las contrataciones administrativas por medio de la reforma del artículo 40 y de la adición del artículo 40 bis a la ley N° 7494, Contratación Administrativa.*

En este mismo artículo 15 se hace referencia a lo siguiente: *El FONADE contará con una moderna plataforma tecnológica y digital, cuyos componentes incorporaran los elementos necesarios para el control, transparencia y gestión del Sistema de Banca para el Desarrollo y la Secretaría Técnica del SBD.* No obstante, queda la duda sobre cómo se financiará esta plataforma que será de utilidad para todo del SBD.

Se incluye un párrafo en los siguientes términos: *Con el propósito facilitar el pago de operaciones de crédito y demás productos al amparo de los alcances de esta Ley, el FONADE podrá tener acceso al Sistema Nacional de Pagos Electrónicos (SINPE) del Banco Central de Costa Rica.* Desde el punto de vista de la DHR, surge la duda sobre el objetivo de plantear como una posibilidad el que "podrá" tener acceso al SINPE, lo cual podría llamar a confusión en el entendido de que podría existir otra alternativa que no existe en la realidad nacional. Valdría la pena revisar este aspecto a efecto de determinar claramente que se pretende con esta disposición.

Se incluye también el siguiente párrafo: *Los recursos destinados en el inciso a) se canalizarán por medio de banca de segundo piso. En caso estrictamente necesario, el Consejo Rector del SBD podrá establecer mecanismos alternos para canalizar los recursos.* Sobre este punto preocupa a la DHR que quede abierta la posibilidad de establecer eventual criterios de subjetividad a la hora de decidir qué es "estrictamente necesario".

En relación con las disposiciones relacionadas con las condiciones para buscar endeudamiento, esta DHR, no sólo las considera importantes sino también necesarias y responsables en la salvaguarda de la integridad y sostenibilidad del FONADE.

Dentro de lo dispuesto en el artículo 18, relacionado con el otorgamiento de avales y garantías, entre otras cosas, se especifica que se puede dar el aval, en caso de declaratoria de emergencia o por disposición del Consejo Rector. Sobre esto último, la DHR considera que se presenta la posibilidad de actuaciones discrecionales con algún grado subjetividad por parte de ese órgano colegiado. Se sugiere establecer que el Consejo Rector debe emitir políticas y lineamientos para los casos en que se necesita un aval, por desastre natural, sin que necesariamente exista una declaratoria de emergencia.

En el artículo 22 se establece lo siguiente:

"Obligaciones para administrar el Fondo Nacional para el Desarrollo.

Además de las obligaciones que imponen las disposiciones legales aplicables a fondos públicos, en la administración del Fondo Nacional para el Desarrollo (FONADE) se deberá cumplir con lo siguiente:

- a) Administrar el patrimonio del Fondo de forma eficiente, conforme a las disposiciones legales aplicables.
- b) El FONADE en su condición de patrimonio autónomo, deberá mantenerse separado de sus propios bienes.
- c) Llevar la contabilidad del Fondo de forma separada.
- d) Tramitar y documentar los desembolsos correspondientes.
- e) Brindar todos los servicios relativos a la administración del Fondo.
- f) Auditar, por medio de una auditoría externa, por lo menos una vez al año la administración y ejecución del Fondo, sin perjuicio de las potestades de fiscalización superior señaladas por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y las propias actuaciones de su auditoría interna.

En relación con este artículo 22, es importante reiterar lo que se señaló párrafos atrás, en el sentido de que sería importante determinar si el Fondo Nacional para el Desarrollo (FONADE), representaría un ahorro sostenible, dadas las obligaciones que se asumen, no sólo por la administración eficiente del patrimonio sino también en cuanto a los registros contables, la tramitación de desembolsos, el control interno, el velar por la sostenibilidad del fondo y hacerse cargo de los informes que se deban presentar a las instancias internas y externas de fiscalización.

Artículo 41:

Tal y como se mencionó en párrafos anteriores, específicamente en el artículo 2, se incorpora al INA como institución que constituye el SBD y teóricamente dejaría de ser colaborador, tal y como está en la ley vigente; sin embargo, en este artículo 41 se plantea la condición de colaborador del SBD, lo cual resulta contradictorio.

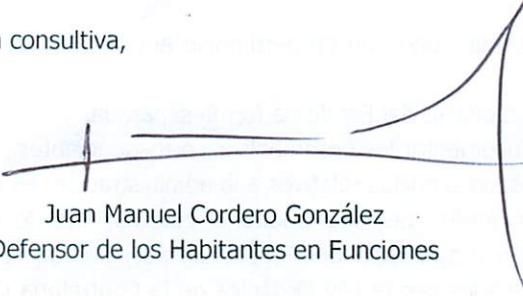
Por otro lado, en los comentarios realizados supra en relación con el artículo 15 y el tema de la contratación administrativa dentro del Sistema, la DHR planteó que no estaría de acuerdo en apoyar reformas que impliquen apartarse de los términos de la Ley N° 9395: *Transparencia de las contrataciones administrativas por medio de la reforma del artículo 40 y de la adición del artículo 40 bis a la ley N° 7494, Contratación Administrativa*. Esto considerando que para el caso específico del INA éste ya está configurado y comprando dentro de la plataforma SICOP, cumpliendo con esto los mandatos de la Ley N° 9395 y cualquier ajuste en ese sentido sería un retroceso no sólo nivel institucional sino también a lo establecido al espíritu de dicha legislación que como se ha dicho, lo que busca es la utilización de mecanismos más transparentes para la contratación de bienes o servicios en todo el sector público.

II. ARTÍCULO 4 del texto sustitutivo dictaminado

Se observa que se acoge la recomendación de la DHR en el sentido de incorporar una reforma expresa a la Ley Orgánica del INA, N° 6868, para queden explícitas las obligaciones de esa entidad dentro del accionar del SBD.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes manifiesta su conformidad parcial con el texto sustitutivo dictaminado, proyecto N° 20.460.

Agradecido por la Deferencia consultiva,


Juan Manuel Cordero González
Defensor de los Habitantes en Funciones

