

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio N° **03898**

10 de mayo 2010
DJ-1599-2010

Señora
Dyalah Calderón
Ministra
Ministerio de Educación Pública

Estimada señora:

***Asunto:** Solicitud de dictamen favorable de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de la contratación directa CD-04-2007 para la compra de un sistema informático financiero por parte del Fondo Nacional de Becas (FONABE)*

Damos respuesta a su nota DE-123-2010 del 07 de abril, recibida por esta Contraloría General de la República el 10 de abril, ambas fechas de 2010, mediante la cual solicita el dictamen favorable de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, con el fin de declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de la contratación directa CD-04-2007 para la compra de un sistema informático financiero por parte del Fondo Nacional de Becas (FONABE).

Adjunta expediente OD-01-2008 que consta de 373 folios, con un cassette rotulado FONABE-TECAPRO No.1 con un CD y el dispositivo del software adquirido por FONABE.

Previo a resolver el fondo de la gestión planteada, conviene citar antecedentes que son relevantes para dictaminar el caso en concreto.

1. Antecedentes del caso:

Según consta en el expediente y las pruebas remitidas a este Despacho, en lo fundamental, debemos precisar de interés para la resolución del caso que se nos presenta los siguientes documentos:

1) Memorando de la Proveduría DAF-001-2007 de fecha 17 de diciembre de 2007 suscrito por María Yislen Delgado Hernández, en virtud del cual presenta Plan de Compras 2007 ante la Junta Directiva (folio OD- 11).

2) El Licenciado Alfredo Díaz Chavarría a través de documento denominado Invitación FONABE CD-004-2007 denominada “Compra de software contable” de fecha 20 de enero de 2007 informa que la Proveduría de FONABE, requiere sistema financiero contable que permita llevar a cabo tanto la contabilidad general como la contabilidad de acuerdo a la normativa del gobierno central, cuyas ofertas serán recibidas hasta las 12.00 horas del día 31 de enero de 2007 (folio OD-14).

3) Las empresas EXACTUS, CODISA, TECAPRO, presentaron ofertas según documentos visibles a folios OD-12 a OD-71.

4) El martes 06 de febrero de 2007 se emite Resolución de compra de software financiero-contable según el plan de compras aprobado por la Junta Directiva en sesión número 04-2007 celebrada el 31 de enero de 2007, acuerdo 29 (folios OD- 72 y OD-73).

5) El 12 de febrero de 2007 se extienden órdenes de compra a favor de TECAPRO (folios OD-74 a OD-82).

6) El 28 de febrero de 2007 el Lic. Javier Díaz Chavarría, Jefe de Contabilidad y Tesorería informa a la Junta Directiva acerca de las consideraciones que se tomaron en cuenta para proceder con la compra directa 04-2007, indicando que hubo un error en el cálculo del presupuesto, sin embargo se llevó a cabo una contratación directa siguiendo los procedimientos establecidos por la Ley de Contratación Administrativa (folio OD-86).

7) En fecha 27 de marzo de 2007 la Licda. María Antonieta Saborío Vargas, remite el informe A.L.A.I-005-07 donde especifica las siguientes situaciones: a) Que de acuerdo con el resumen valorado del plan anual de adquisiciones período 2007 el costo estimado del software era de ¢ 6.240.000,00 cifra que sobrepasa el monto de ¢ 2.900.000 que constituía el tope máximo permitido para contratar en forma directa de acuerdo con resolución del año 2005 referente a los límites establecidos para llevar a cabo licitaciones públicas, restringidas, abreviadas, o directas, debiendo definirse que para el caso concreto, debía llevarse a cabo una licitación abreviada, b) La fecha en que se autorizó la compra del software por parte de la Junta Directiva de FONABE, según sesión 04-2007 celebrada el 31 de enero de 2007 resulta incongruente con la fecha en que se invita a participar a las empresas, (20 de enero de 2007), es decir, se promueve la compra de un software antes de que fuera aprobada por la Junta Directiva, c) No consta que todos los participantes fueran debidamente notificados de la resolución que recomienda a la Junta la compra a la empresa TECAPRO, de acuerdo al artículo 136 del Reglamento de Contratación.

8) En virtud de lo detallado en el punto anterior, la Junta Directiva mediante acuerdo número 131 de la sesión ordinaria 13-2007 celebrada el miércoles 11 de abril de 2007 acuerda de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de Administración Pública remitir al Ministro de Educación Pública el expediente para que inicie el procedimiento administrativo y proceder a declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta de la contratación CD-04-2007 (folio OD-124).

2. Consideraciones Jurídicas sobre el procedimiento para declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta de la contratación directa CD-04-2007 :

a) Sobre el acto de substanciación:

De conformidad con la documentación que consta en el expediente OD-01-2008 del procedimiento administrativo tendiente a declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta de la contratación directa CD-04-2007, referente a la compra de un software financiero contable para el Fondo Nacional de Becas, se logra determinar que es el Ministro de Educación Pública, quien ordena la apertura del proceso para determinar la verdad real de los hechos relativos a la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de la contratación descrita.

Revisando la normativa que contempla el proceso de nulidad absoluta evidente y manifiesta, es decir, el artículo 173 de la Ley General de Administración Pública, encontramos que en su inciso 2) señala que cuando se trate de la Administración central del Estado, el ministro del ramo que dictó el respectivo acto deberá declarar la nulidad. En ese sentido, concordando dicha norma con el artículo 2 de la Ley 7658 denominada “Creación del Fondo Nacional de Becas”, éste define a dicho órgano como un adscrito al Ministerio de Educación, por lo que consideramos en el acto administrativo adoptado, no se hayan vicios de nulidad en cuanto a la competencia de quien lo dictó.

b) Sobre el traslado de cargos (intimación):

En este punto, debe indicarse por parte de este Órgano Contralor que el traslado de cargos plasmado a través de la resolución OD-01 de las nueve horas del veintiséis de enero de dos mil nueve, se considera ambiguo, confuso y del cual no se extrae con claridad, cuál es el acto (o actos) administrativo (s) que haya (n) podido producir, o que hayan podido declarar derechos a favor de una persona física o jurídica en este asunto, y que a su vez adolece de nulidad absoluta evidente y manifiesta.

Con relación a lo anterior, debemos citar textualmente lo intimado en dicha resolución, y que consideramos puede inducir a error o confusión:

“(…) Que de conformidad con el procedimiento instaurado al efecto en los artículos 173 y siguientes de la Ley General de Administración Pública, formalmente se dicta la apertura del procedimiento ordinario de anulación de la contratación directa CD-04-2007 para la compra del software financiero acordado por la Junta Directiva del

Fondo Nacional de Becas (FONABE) a favor de la empresa TECAPRO que se seguirá en este Despacho bajo el expediente número MEP-OD-001-2008. Los cargos en los que se presenten declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta de la contratación directa CD-04-2007 para la compra del software financiero acordado por la Junta Directiva del Fondo Nacional de Becas (FONAB) a favor de la empresa TECAPRO, de conformidad con la prueba documental y la investigación preliminar existente es el siguiente: Que contrario a lo establecido en el Informe emitido por la Contraloría General de la República, número DFOE-EC-23/2004 denominado “Informe del estudio efectuado sobre la Administración del Fideicomiso del Fondo Nacional de Becas”, el cual pretendió advertir a FONABE acerca del estricto apego a la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento, dicha institución lejos de acatar las instrucciones contraloras, contrató la compra directa de un software financiero a la empresa TECAPRO, siendo Jefe del Departamento de Contabilidad y Tesorería de FONABE el señor Javier Díaz Chavarría para el momento de dicha adquisición. Por lo tanto la audiencia versará sobre las condiciones bajo las cuales se realizó dicha compra de software (...). (folios OD-213 y OD-214)

En razón de lo expuesto, debemos precisar tres escenarios, o supuestos, bajo los cuales puede analizarse o contextualizarse dicho acto de intimación, pues como se señalara anteriormente, no hay precisión en lo que respecta al acto que se considera nulo, y en cuanto al fin del procedimiento instaurado, con relación a lo descrito en el párrafo anterior, podría pensarse en lo siguiente:

- a) Que se pretenda la anulación del acto de adjudicación de la Junta Directiva a favor de la empresa TECAPRO, sin embargo, de éste se omitió detallar en el acto de intimación el número de la sesión en el que se tomó, así como la fecha y hora de tal acuerdo, por lo que si existe, (pues de acuerdo con los antecedentes del caso señalados anteriormente, no se constata que la Junta Directiva emitiera un acuerdo adjudicando a TECAPRO), debió hacerse una cita clara y precisa de tal acuerdo, a fin de que los involucrados en el procedimiento, y esta Contraloría procedieran a analizarlo y determinar si tal acto adolece de nulidad absoluta evidente y manifiesta.
- b) Que se promueva la anulación de la contratación directa CD-04-2007 por la cual la Junta Directiva adjudicó a TECAPRO, en este supuesto entonces se entendería que el procedimiento es para anular todos los actos dictados antes y después del acto de adjudicación respectivo, los cuales igualmente debieron ser especificados con detalle en el acto de intimación, sin embargo, no se desprenden de la resolución OD-01 dictada por el órgano director del procedimiento.

- c) El tercer escenario, y que para el órgano director son los “cargos”, pues así se detalla expresamente en la resolución, se cita que contrario a lo establecido en el Informe emitido por este órgano contralor número DFOE-EC-23/2004 “Informe del Estudio efectuado sobre la Administración del Fideicomiso del Fondo Nacional de Becas”, se contrató la compra directa de un software financiero a la empresa TECAPRO, siendo el señor Javier Díaz Chavarría, Jefe del Departamento de Contabilidad y Tesorería y por lo tanto, la audiencia versaría sobre las condiciones bajo las cuales se realizó dicha compra. Se pregunta entonces esta Contraloría si el procedimiento es para declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta de un acto, de lo anterior, no se concluye en forma clara, precisa y circunstanciada qué se va anular, considerando esta representación pareciera más bien, se instauró para sentar responsabilidad disciplinaria del señor Díaz Chavarría por su actuación dentro de la contratación.

Por otra parte, y para agravar más la situación, revisando las resoluciones del órgano director OD-04-2009 de las 12 horas del 02 de marzo de 2009 y la resolución OD-07-2010 de las 8 horas del 06 de enero de 2010, mediante las cuales se intimaron cargos a Yislen Hernández y la empresa TECAPRO, (folios OD-240, OD-305), encontramos que son diferentes de la notificada al señor Javier Díaz, por lo cual habrían tres tipos de intimaciones dentro de un mismo procedimiento, siendo esto el resultado de la falta de claridad para el órgano director en cuanto a definir un traslado de cargos claro y preciso, no sólo en lo relativo al (o los) acto (s) a anular, sino también en cuanto el fin del proceso que se instauró. Sobre el tema de la necesidad de un traslado de cargos claro, preciso y circunstanciado tanto la Sala Constitucional, esta Contraloría y la Procuraduría, lo han desarrollado con amplitud, por lo que citamos algunos votos y dictámenes de interés en torno al asunto.¹

Así las cosas, debe reiterarse que el acto de apertura del procedimiento administrativo que nos ocupa no cuenta con ciertos requisitos para que se entienda válidamente emitido, pues repetimos, no se le notifica a las partes en forma clara, precisa y circunstanciada el carácter y fines del procedimiento, siendo necesario haber delimitado expresamente hacia qué tendía, esto es, si es para declarar la nulidad del acto, o imponer sanciones administrativas.

c) Sobre la realización de tres comparecencias, y errores materiales en ciertas resoluciones:

Con respecto a la posibilidad de desarrollar tres comparecencias (folios OD-222, OD-244, y OD-373), en atención a los artículos 258 y 319 de la Ley General de Administración Pública es

¹ Votos de la Sala Constitucional 2253-98 de las 13:03 horas del 27 de marzo; 2376-98 del 01 de abril, ambos de 1998; 632-99 de las 10:48 horas del 29 de enero de 1999; 10841-2003 de las 10:49 horas del 26 de setiembre de 2003; 1395-06 de las 10:43 horas del 10 de febrero de 2006; Dictámenes de la Procuraduría C-211-04 del 29 de junio y C-263-2004 del 09 de setiembre ambos de 2004; C-013-2005 del 14 de enero y C-072-2006 del 27 de febrero de 2006; Pronunciamentos de la Contraloría General DAGJ-1097-2005 del 02 de mayo de 2005 N.N 4882; DAGJ-1503-2008 del 11 de abril de 2008 N.N 11925; DAGJ-1284-2008 del 25 de setiembre de 2008, N.N 9969).

prohibida tal práctica, por lo que resulta claro que la tramitación del presente asunto no se ajusta a Derecho

Las resoluciones OD-02-2009 y OD-03-2009, se consignan como dictadas en el año 2008, siendo lo correcto en el año 2009 (folios OD-228 y OD-234), aspectos sobre los cuales se debe ser un poco más diligente, pues a la postre pueden conllevar posibles entramamientos dentro del procedimiento.

CONCLUSIÓN

En virtud de lo antes expuesto, esta División considera que el procedimiento administrativo seguido por el Ministerio de Educación Pública, OD-01-2008 contiene vicios sustanciales que provocan su nulidad absoluta, por la omisión de las formalidades exigidas por el Ordenamiento Jurídico para el trámite de un procedimiento administrativo ordinario, específicamente en cuanto a la intimación y celebración de tres comparecencias, por lo que no es posible para este Órgano Contralor rendir un dictamen favorable tendiente a declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de la contratación directa para la compra de un software contable en el Fondo Nacional de Becas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública.

Lic. Navil Campos Paniagua
GERENTE ASOCIADO

Licda. Yazmín Castro Sánchez
FISCALIZADORA

Ycs/ysp

Anexo: expediente OD-01-2008
G: 2010000889