

R-DFOE-EC-2-2011

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN OPERATIVA Y EVALUATIVA, ÁREA DE FISCALIZACIÓN DE SERVICIOS ECONÓMICOS. San José, a las catorce horas del tres de junio de 2011.

VISTOS el Recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra del informe Nro. DFOE-EC-IF-02-2011, sobre los resultados del estudio efectuado en la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur (JUDESUR), relacionado con el nombramiento de dos miembros de la Junta Directiva.-----

RESULTANDO

1. Que el 31 de marzo de 2011 el Área de Fiscalización de Servicios Económicos emitió el informe Nro. DFOE-EC-IF-02-2011, sobre los resultados del estudio efectuado en la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur (JUDESUR), relacionado con el nombramiento de dos miembros de la Junta Directiva.-----
2. Que el 1 de abril de 2011 se le notificó vía fax a la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas el informe citado (Nro. DFOE-EC-IF-02-2011).-
3. Que el 7 de abril de 2001, los señores Carlos Alberto Ramírez Araya y Minor Castro Aguilar interpusieron recurso de recusación y nulidad concomitante contra los funcionarios de esta Contraloría General de la República, Manuel Corrales Umaña, Gerente de Área y Karla Retana Quesada, secretaria del Área de Servicios Económicos.-----
4. Que el 8 de abril de 2011 el Presidente de la Junta Directiva de JUDESUR, a dicha fecha, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra del informe Nro. DFOE-EC-IF-02-2011.-----
5. Que el 3 de mayo de 2011 por medio del oficio N°03 889 (DFOE-ED-0174) del 3 de mayo del 2011 se suspendió el conocimiento del recurso de revocatoria hasta que se resuelva el recurso de recusación y nulidad concomitante interpuesto.-----
6. Que el 24 de mayo de 2011 por medio de la resolución N° R-DFOE-GE-1-2011 (4376 DFOE-099) emitida por Gerencia de División, de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa y notificada a las partes recurrentes el 25 de mayo del 2001, se declaró sin lugar el recurso de recusación y nulidad concomitante interpuesto por los señores Carlos Alberto Ramírez Araya y Minor Castro Aguilar, por lo que se procede a resolver el recurso de revocatoria planteado por la Junta Directa de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas.-----

CONSIDERANDO

Sobre los alegatos del recurso: El Presidente de la Junta Directiva de JUDESUR, en ese momento (8 de abril 2011), interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra del informe Nro. DFOE-EC-IF-02-2011, basado en los siguientes alegatos:

I. Que no lleva razón el órgano contralor cuando señala que no se ha cumplido con el procedimiento legal establecido para modificar el reglamento interno de JUDESUR, pues si han cumplido con los parámetros establecidos para ello. Alega el recurso que en respeto del artículo 38 del reglamento interno de JUDESUR la Junta Directiva aprobó una propuesta de modificación de dicho reglamento, y posteriormente se envió al Poder Ejecutivo, quien lo devolvió con múltiples solicitudes de reforma, las cuales se atendieron y se remitió nuevamente el documento. Con respecto al presente alegato se debe señalar que aún y cuando la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur (JUDESUR), alega que ha cumplido con el procedimiento legalmente establecido para modificar su reglamento interno sea el Reglamento de Organización y Servicios de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas, no aporta ningún elemento probatorio que demuestre el cumplimiento efectivo de dicha labor. El recurso presentado se limita a manifestar que los directivos de JUDESUR han cumplido con el procedimiento establecido para modificar el reglamento, pero carece de documentación de respaldo, al respecto debe recordarse la máxima jurídica que establece que quien alega debe adjuntar las pruebas que comprueben lo dicho, lo cual en el presente caso se omite, de tal manera que no existen elementos probatorios que permitan darle credibilidad a dicha afirmación. Asimismo, este argumento lejos de probar que la conclusión a la que arribó este órgano contralor sobre el trámite incorrecto seguido para modificar el Reglamento de Organización y Servicios de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas es errónea, más bien, confirma el hallazgo señalado en el informe, pues por este medio los directivos de JUDESUR reconocen que la reforma por ellos realizada al reglamento, aún no ha sido aprobada por el Poder Ejecutivo. Incluso, se admite que el aval del Poder Ejecutivo es indispensable para poder realizar una modificación al Reglamento de Organización y Servicios de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas, sin el cual cualquier reforma resultaría improcedente, situación que aconteció en el caso que nos ocupa y que constituye la falta señalada por este órgano contralor en el informe en discusión. Por otra parte, este alegato refuerza el criterio vertido por esta Contraloría General en el sentido de que los nombramientos de los directivos de JUDESUR, señores Carlos Alberto Ramírez Araya y Minor Castro Aguilar se realizaron fuera del ordenamiento jurídico. Lo anterior, en virtud de que la citada modificación al artículo 6 en los incisos 3 y 6 del Reglamento de Organización y Servicios de JUDESUR pretendía cambiar el régimen de prohibición vigente para ocupar el cargo de miembro de la Junta Directiva de JUDESUR, la cual si no había sido aprobada por el Poder Ejecutivo, tal y como se reconoce en el presente recurso, no podría en consecuencia, poseer eficacia jurídica, ni permitir por lo tanto, los nombramientos citados. Ahora bien, aun cuando eventualmente se llegare a aprobar de parte del Poder Ejecutivo la modificación pretendida al Reglamento citado, ésta no podrá bajo el principio de irretroactividad de la ley, poseer efectos retroactivos, por lo que resultará de aplicación para los nombramientos de directivos posteriores a dicha

aprobación, y no para los directivos que actualmente ocupan dichos cargos, o que han sido nombrados en el pasado. En consecuencia, no solamente se debe rechazar por improcedente el presente alegato, sino que el mismo, reiteramos, es un reconocimiento tácito de los directivos de JUDESUR de la manera inadecuada en que se modificó el Reglamento de Organización y Servicios de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas y de la ilegalidad incurrida al momento de nombrar a los señores Carlos Alberto Ramírez Araya y Minor Castro Aguilar, por encontrarse vigente el régimen de prohibición establecido en el Reglamento de Organización y Servicios de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas.

II. Que no están de acuerdo con la disposición de solicitarle al sector cooperativo que renueva a su representante pues este sector coincide con el tema de “particulares” con los cuales no se posee vínculo de autoridad alguno, y por ende, consideran que es a la Contraloría General de la República a la que le corresponde trasladar dicha disposición. Alegan también que el sector cooperativo se rige por el principio de autonomía de la voluntad, que significa que pueden hacer todo lo que no les está prohibido, y se reitera, será la misma Contraloría la que debe generar la orden, y no “entregarnos en forma gratis” dicha competencia, que vulnera y extralimita las competencias públicas. Sobre el particular, este órgano contralor señala que le giró instrucciones a la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas en virtud de ser ésta institución pública la primera interesada en el respeto de su marco jurídico, máxime del cumplimiento de su propio Reglamento de Organización y Servicios, no pudiendo delegar dicha responsabilidad en terceros. JUDESUR como institución pública y sus funcionarios como responsables del deber de legalidad consagrado en el artículo 11 Constitucional, y 11 de la Ley General de la Administración Pública, deben velar por el respeto del marco de legalidad en general, y con mayor énfasis en el respeto de la normativa propia de la institución, de tal manera, que no resulta de recibo el alegato de que no les compete verificar que un tercero que participa en las gestiones propias de la institución, como lo es nombrar a uno de sus directivos respete el marco de legalidad, toda vez, que la primera institución obligada no sólo de respetar su normativa, sino de velar por que las demás partes involucradas lo hagan es JUDESUR. Al contrario, de lo señalado, JUDESUR pretende omitir una responsabilidad que es de su exclusivo resorte, al solicitar que sea este órgano contralor quien le gire instrucciones al sector cooperativo, cuando es dicha Junta la que debió cumplir con su responsabilidad desde el momento en que se le notificó la designación de los directivos cuestionados en el informe de repetida cita, por incumplirse con el régimen de prohibiciones establecido en el Reglamento de Organización y Servicios de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas. En consecuencia, no resulta de recibo la actitud omisiva de JUDESUR ante los nombramientos cuestionados, pues se encontraba en la obligación de velar por el adecuado cumplimiento de su marco normativo. Inclusive, se debe señalar que la violación a la normativa vigente al nombrar al directivo objeto de estudio en dicho informe fue cometida por el sector cooperativo al momento de designarlo, pero también, y aún más reprochable es esta vulneración al marco jurídico de parte de JUDESUR, cuando recibe la comunicación de un nombramiento alegado del ordenamiento jurídico y no advierte esta situación, de tal manera, que dicha institución es participe por su no actuar de esta ilegalidad. La instrucción girada es simplemente una orden para que JUDESUR realice aquello que debió hacer en su momento y no lo hizo; de tal manera, que no se

extralimita esta Contraloría General al disponerle a dicha institución hacer una tarea que debió realizar desde el momento en que se le comunicó el nombramiento del señor Minor Castro Araya como directivo de JUDESUR y representante del sector cooperativo. En consecuencia, resulta totalmente improcedente el alegato señalado por JUDESUR en el presente recurso y debe rechazarse. Con respecto al alegato de que el sector cooperativo pertenece al sector privado, y si bien, efectivamente el sector privado se rige bajo el principio de autonomía de la voluntad, se debe aclarar que este principio no es absoluto pues posee en sí mismo limitaciones, nótese que el numeral 28 Constitucional al consagrar el principio de autonomía de la voluntad le pone limitaciones, entre ellas, que dichas acciones no pueden ir en contra del ordenamiento jurídico, en lo que interesa dice: *“ARTÍCULO 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley”*. Destáquese la frase “que no infrinja la ley” la cual es una limitación expresa al principio de autonomía de la voluntad, pues si bien, el sector cooperativo es un ente de naturaleza privada, ello no significa que puede tomar acciones que van en contra del marco de legalidad, el principio de autonomía de la voluntad no les permite vulnerar las normas legalmente establecidas, tales como el régimen de prohibiciones señalado en el Reglamento de Organización y Servicios de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas, por lo tanto, el acuerdo mediante el cual se toma una decisión contra ley, resulta en una clara y evidente ilegalidad, y en ningún momento puede considerarse como el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Aunado a lo anterior, se debe tener presente que el actuar que se cuestiona es el nombramiento de un miembro de Junta Directiva de una institución pública, y no el ejercicio de una función privada de la cooperativa; de tal manera, que si bien el sector que representa dicho directivo es el sector privado, el cargo de Directivo es de naturaleza pública, y por lo tanto, a éste se le aplica todo el peso del régimen de legalidad consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública; en consecuencia, el sector cooperativo al momento de designar a su representante debe respetar toda la normativa vigente. En virtud de lo expuesto, se debe reiterar que el hecho que se discute en el Informe Nro. DFOE-EC-IF-02-2011, no es la potestad que posee el sector cooperativo de designar libremente a su representante, sino que el señor Minor Castro Araya, está legalmente imposibilitado de ocupar el cargo de directivo de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas por aplicarle el régimen de prohibiciones del Reglamento de Organización y Servicios de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas; en consecuencia, dicho nombramiento resulta fuera del ordenamiento jurídico, y por ende, se debe designar a un nuevo representante que no posea impedimento legal para ocupar dicho cargo. Derivado de lo expuesto se debe rechazar el presente alegato.

III. Que en caso de acogerse y estimarse que los nombramientos de los directores señalados son ilegales, se procederá en su momento a recuperar los dineros pagados a los mismos bajo los preceptos de ley. Consecuente con lo señalado en el informe en discusión los dineros cancelados por concepto de dietas a aquellos directivos que se encontraban ilegalmente nombrados deberán recuperarse por los medios que el ordenamiento jurídico establece. Derivado de lo anteriormente analizado se rechaza por improcedente el presente recurso de revocatoria.

POR TANTO

Con fundamento en las razones de hecho y derecho antes expuestas, **SE RESUEVE:**

- I. Declarar sin lugar el recurso de revocatoria presentado en contra del Informe Nro. DFOE-EC-IF-02-2011 sobre los resultados del estudio efectuado en la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur (JUDESUR), relacionado con el nombramiento de dos miembros de la Junta Directiva.
- II. Mantener en todos sus extremos las disposiciones emitidas en el informe en discusión y
- III. Trasladar al Despacho de la Contralora General de la República a fin de que resuelva el recurso de apelación correspondiente.

NOTIFIQUESE.

Lic. Manuel Corrales Umaña, M.B.A
Gerente de área

MJCU/MMC/JACH/mmd

ci: Expediente (G-2010002782, P-3)

NN: 04961

Ni: 6300