

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio No. **08396**

5 de setiembre de 2011
DJ-0983-2011

Licenciado
Harry J. Maynard F.
Auditor Interno
MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA

Estimado señor:

Asunto: Se atiende consulta sobre las condiciones en que debe establecerse una partida presupuestaria para ser usada en la defensa de los funcionarios de la Auditoría Interna, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley General de Control Interno.

Damos respuesta a su oficio DAI-1210-11 de fecha 21 de junio de 2011, mediante el cual solicita criterio en los siguientes términos:

a. Motivo de la consulta:

Indica que esa Dirección de Auditoría Interna solicitó a la administración de ese Ministerio, el establecimiento de una partida presupuestaria para ser usada en la defensa de los funcionarios de la Auditoría Interna, al tenor de lo establecido en el artículo 26 de la Ley General de Control Interno.

Señala que la administración les envió un pronunciamiento de la Dirección de Asuntos Jurídicos, que indica que la defensa le corresponde a la Procuraduría General de la República y que para establecer la partida presupuestaria debe efectuarse la consulta a este órgano contralor. Por lo anterior, es que solicita nuestro criterio sobre las condiciones en que debe establecerse y usarse esa partida presupuestaria.

b. Antecedentes de la consulta:

Adjunta con su gestión los siguientes documentos como antecedentes:

1. Copia del oficio DPI-1123-2011 de fecha 15 de junio de 2011, emitido por el Sr. Ricardo Vindas Valerio, Director de la Dirección de Planificación Institucional, mediante el cual le responde su solicitud de girar las instrucciones para incluir en el presupuesto 2012 de esa Dirección, un monto por un conflicto judicial en el cual se ve involucrado un funcionario de esa dependencia, esto en concordancia con lo establecido por el artículo 26 de la Ley General de Control Interno.

2. Copia del oficio DAJ-076-C-2011 de fecha 17 de mayo de 2011, que contiene el criterio emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, mediante el cual se hacen las siguientes conclusiones:
- La definición del contenido de materia presupuestaria deber ser analizado por la Contraloría General de la República, que es el órgano constitucional competente y cuyos dictámenes son vinculantes.
 - En cuanto a lo dispuesto en el numeral 26 de la Ley 8292, corresponde a esa Dirección, dar asesoría y seguimiento a los casos legales de los funcionarios de auditoría y coadyuvar en la labor de la Procuraduría, responsable de defender a los servidores de El Estado ante conflictos judiciales.

c. Criterio de la División:

En primer término, es pertinente señalar que en el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, regulada en el artículo 29 de la Ley Orgánica (Ley N° 7428 del 4 de setiembre de 1994) y la Circular N° CO-529 “Circular sobre la atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República”, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 107 del 5 de junio de 2000, se establecen los requerimientos para la presentación de las gestiones de consulta, de donde cabe destacar que el órgano contralor no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deban ser resueltas por la Administración.

Este proceder, se funda en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios del ámbito de competencia de la administración activa o en su caso, de la auditoría interna en el ejercicio de sus funciones de control, y evitar además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

Ahora bien, centrándose en su consulta, y para efectos de dar respuesta a la inquietud formulada, es imperioso indicar que éste órgano contralor, en el ejercicio de la función consultiva, se circunscribe a la emisión de criterios de carácter general sobre aspectos técnico-jurídicos.

Así las cosas, será responsabilidad de la Administración valorar la posición que a continuación se desarrolla y resolver de la forma más ajustada a Derecho los asuntos sobre los que tenga conocimiento.

Procede este Despacho a referirse a la consulta de interés. Como primer punto, cabe señalar que la Ley N° 8292¹ en su artículo 26, le otorga protección al personal de la auditoría, en lo siguiente: “Protección al personal de la auditoría. Cuando el personal de la auditoría interna, en el cumplimiento de sus funciones, se involucre en un conflicto legal o una demanda, la institución dará todo su respaldo tanto jurídico como técnico y cubrirá los costos para atender ese proceso hasta su resolución final.”

¹ Ley General de Control Interno, publicada en la Gaceta N° 169 del 4 de setiembre de 2002.

Sobre este aspecto, se debe deslindar las situaciones -con ocasión de los extremos en que plantea su consulta- para la utilización de una partida presupuestaria de conformidad con el artículo 26 antes citado.

En primer lugar, es menester indicar que en el caso del Gobierno Central, el inciso g) del artículo 3 de la Ley N° 6815, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 27 de setiembre de 1982 dispone:

“ARTÍCULO 3º.—ATRIBUCIONES:

Son atribuciones de la Procuraduría General de la República:

(...)

g) Defender a los servidores del Estado cuando se siga causa penal contra ellos por actos o hechos en que participen en el cumplimiento de sus funciones./En ningún caso podrá defenderse a servidores que hayan cometido delito contra los intereses de la Administración Pública o hayan violado los derechos humanos, o cuando se trate de ilícitos cuyo conocimiento corresponda a la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública.”²

De lo anterior, se desprende que en caso de que a un funcionario público, se le siga una causa penal dentro de los parámetros señalados en la norma anterior, podrá acudir en primera instancia a la Procuraduría General de la República, para que ésta se encargue de su defensa. Ello implicaría que la administración a la que pertenezca el funcionario, no requerirá utilizar ninguna partida de su propio presupuesto para destinarla a la defensa de dicho funcionario, siendo ese el marco de lo expresado por este órgano contralor en el oficio N° 08571 (DJ-03539-2010) del 22 de setiembre de 2010³.

En segundo lugar, en caso de que no corresponda la defensa a la Procuraduría General, porque se vincula con las excepciones contenidas en el inciso g) indicado, o bien, porque se refiera a un ámbito distinto de la materia penal a la que se refiere el mencionado inciso, corresponde analizar el caso concreto por parte de la Administración para proceder -de ser pertinente- con la defensa del personal de auditoría, con los recursos que la institución dispone.

Dicho esto, resulta oportuno transcribir lo dispuesto por la Contraloría General en el oficio N° 9428 (DI-CR-360) del 29 de agosto de 2003, con respecto al artículo 26 de interés, *“De la lectura de dicho artículo se desprende que el “respaldo” que debe brindar la administración, al personal de la auditoría interna, es en el evento de un conflicto legal en que pudiese verse involucrado éstos en el ejercicio de sus funciones, es decir, son aquellos conflictos legales en que los auditores se vean envueltos al realizar estudios de auditoría, al brindar asesorías al jerarca, o bien al advertir a los órganos sujetos a su fiscalización, entre otros”*.

² Así reformado por el artículo 1° de la Ley N° 8242 de 9 de abril del 2002, Ley de Creación de la Procuraduría de la Ética Pública.

³ “En resumen, podría concluirse que en el caso del Gobierno Central no es posible contratar abogados externos para la defensa del personal de auditoría ante una causa penal, toda vez que dicha representación corresponde realizarla a la Procuraduría General de la República, de conformidad con la norma antes citada.”

En apoyo de lo anterior, vale recordar a la Administración consultante, lo establecido en el artículo 32⁴, del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Auditoría Interna del Ministerio de Educación Pública, el cual concede a su vez protección al personal de la Auditoría, cuando en el cumplimiento de sus funciones se involucre en un conflicto legal o sea objeto de una demanda de índole penal.

Bajo ese supuesto, si luego de una valoración por parte de la Administración, ésta considera que las condiciones en las que el personal de auditoría se ha visto involucrado en el conflicto legal o una demanda –es decir que haya sido en el cumplimiento de sus funciones-, permitirían asumir la defensa de dicho personal, podrá hacerlo con sus propios recursos, ya sea por medio de su asesoría legal, en cuyo caso, ésta se ocuparía de la defensa correspondiente.

En el tanto, se cuente con dichos recursos internos con competencia para ello, y los cuales forman parte de la estructura organizacional de la Administración, podría decirse que el pago de los servicios que brinden los profesionales para la defensa, ya se encontrarían previstos en el presupuesto institucional, y por ello no existiría la necesidad de hacer uso de recursos adicionales para cubrir los servicios correspondientes.

En tercer lugar, solo en el tanto se agoten previamente las posibilidades anteriores y como alternativa de último recurso, podrá la Administración valorar la contratación de servicios externos para la defensa respectiva. En dicho caso, podrá disponer de la partida correspondiente dentro del presupuesto institucional, para sufragar los gastos que conlleven dicha contratación.

Sobre este punto, es atinente indicar lo dicho por esta Contraloría General, mediante oficio N° 10636 (DI-CR-412) del 25 de setiembre de 2003: *“(..)* es dable indicarle que la protección que indica el artículo 26 de la Ley General de Control Interno, es en razón del desempeño de sus funciones, principalmente para procesos judiciales y no procedimientos administrativos./Por último la designación del representante legal que indica el mencionado numeral, es un aspecto de resorte de la propia Administración en coordinación con el funcionario afectado, respetando como se indicó líneas atrás; y en caso pretenderse contratar a un profesional externo, lo estipulado en la Ley y Reglamento de Contratación Administrativa.”

En ese sentido, debe quedar claro, que de la lectura del numeral 26 de la Ley 8292, no se descarta la posibilidad de incorporar recursos dentro de una partida presupuestaria –según corresponda de acuerdo con la técnica- para contratar algún servicio externo a efectos de cumplir con la finalidad de esa norma, sin embargo, no debe entenderse que existe una obligación por parte de la Administración para proceder de este modo en todos los supuestos, ya que como se indicó anteriormente, podría contar con otras opciones para asumir la defensa que corresponda.

Para ello, como ya indicamos, la Administración debe partir del análisis de cada caso concreto, para lo cual podría considerar la capacidad instalada de la institución, la especialidad de la materia, la complejidad del caso y el costo del servicio, de manera tal que se garantice una

⁴ “Artículo 32.—Protección al personal de la Auditoría. Cuando el personal de la Auditoría Interna, en el cumplimiento de sus funciones, se involucre en un conflicto legal o sea objeto de una demanda de índole penal, el Ministerio brindará el apoyo jurídico y técnico necesario; todo de conformidad con el artículo 26 de la Ley General de Control Interno.” Publicado en la Gaceta N° 65 del 3 de abril de 2008, mediante Decreto N° 34427-MEP.

defensa oportuna de los servidores dentro de parámetros de razonabilidad en el uso de los fondos públicos.

Así, en caso de ser necesario, de no contar con recursos suficientes en la partida presupuestaria deberá reforzarse de previo a su ejecución, realizando los ajustes y/o modificaciones pertinentes, para responder a la necesidad específica que se tenga en el cumplimiento del mandato legal, que refiere la norma en comentario, y en observancia de los procedimientos estipulados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

En cuanto a este último extremo, a manera de orientación a la Administración, vale la oportunidad para apuntar lo dicho por este órgano contralor:

“(…) partiendo de que la Ley de Contratación Administrativa (LCA) y su Reglamento (RLCA) establecen los procedimientos ordinarios de contratación, sin embargo, esa misma normativa instituye una serie de supuestos que permiten apartarse de ellos, ya sea en virtud de la naturaleza del objeto a contratar o bien de situaciones específicas que producen la inconveniencia de efectuar un concurso.

Una de estas situaciones incompatibles con el concurso, corresponde a lo dispuesto en el artículo 131 inciso f) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en el cual se indica:

“Artículo 131.—**Objetos de naturaleza o circunstancia concurrente incompatibles con el concurso.** La Administración, podrá contratar de forma directa los siguientes bienes o servicios que, por su naturaleza o circunstancias concurrentes, no puede o no conviene adquirirse por medio de un concurso, así como los que habilite la Contraloría General de la República: (.../).

f) **Atención urgente de gestiones judiciales:** La contratación de servicios de abogacía, cuando corresponda atender de manera pronta e impostergable una gestión judicial, siempre y cuando no se cuente con funcionarios idóneos para la tramitación del asunto. Si no se requiere de la atención profesional inmediata deberá acudir al procedimiento ordinario correspondiente.”

El numeral 131 inciso f) ya citado, se enmarca dentro de los objetos, que por su naturaleza o circunstancia, el ordenamiento jurídico encontró que son incompatibles con los procesos licitatorios. Cuando se configura uno de estos supuestos, la Administración puede contratar directamente los bienes o servicios que la norma delimita, sin que sea necesario siquiera que la Contraloría General de ningún tipo de autorización.

La habilitación que da la norma reglamentaria para que la Administración contrate directamente esos bienes o servicios ahí mencionados, se da en virtud de que están de por medio situaciones en donde la práctica demostró que resulta inoperante llevar a cabo un concurso, o en cambio porque el concurso lejos de propiciar una adecuada satisfacción del interés público, en esas circunstancias particulares, lo desfavorece.

Sin embargo, son casos de excepción que se supeditan a esas condiciones y a los límites que la propia redacción reglamentaria estableció.

A partir del texto del artículo 131 inc. f), en oficios anteriores, esta Contraloría General ha concluido⁵:

1. La contratación debe darse para atender de manera pronta e impostergable una gestión judicial: efectivamente los asuntos que deben ser atendidos deben referirse a

⁵ Al respecto véase, entre otros, el oficio emitido por la Contraloría General de la República, División de Contratación Administrativa, No. 14885 (DCA-4238-2007) del 14 de diciembre de 2007.

casos eminentemente judiciales, con lo cual no es válido aplicar este supuesto extensivamente a aquellos asuntos jurídicos que se tramiten a nivel administrativo, aun cuando puedan éstos derivar eventualmente en un proceso judicial. Véase que la norma reglamentaria señala explícitamente que se refiere a gestiones judiciales, no jurídicas, con lo cual su ámbito de aplicación se encuentra circunscrito a los asuntos relativos a un juicio, a la administración de justicia o a la judicatura (según lo expresa la Real Academia Española de la Lengua).

2. La tramitación del asunto judicial deben ser pronta e impostergable. En ese sentido, se aclara que estamos frente a situaciones excepcionales en donde se recibe una notificación judicial que obliga a la entidad a involucrarse de manera inmediata —en cualquier condición procesal— al asunto que se ventila en los Tribunales de Justicia. No contempla esta causal, situaciones ordinarias, propias o derivadas del giro o de la función pública que desempeña la respectiva institución, como lo sería el caso de la contratación de servicios de abogados o notarios externos en un banco o cualquier dependencia, para atender diligencias de cobro judicial, escrituras por trámites crediticios, entre otros.

3. La contratación procede, en la medida en que no hay ningún funcionario en capacidad de tramitar el asunto: esto puede darse por un impedimento o por casos de inopia, por mencionar algunos ejemplos, pero debe acreditarse razonadamente esta imposibilidad material para atender el caso con recursos humanos propios.

4. El asunto debe requerir una atención inmediata, caso contrario debe acudir al procedimiento ordinario respectivo. Reiteramos, debe ser una gestión judicial que no puede dejar de ser atendida en un plazo cercano, lo que amerita que ante la falta de recurso humano propio, se deba acudir a la contratación directa, para garantizar la participación procesal oportuna de la entidad involucrada.

5. De tratarse de la atención ordinaria de cualquier tipo de proceso judicial que se derive de las actuaciones administrativas con ocasión del giro institucional, debe planificarse su diligenciamiento a través del recurso humano que labora internamente en la entidad o en su caso, contratar los servicios por las vías ordinarias del concurso que proceda por el monto.”⁶

Más aún, sobre este tema, conviene citar lo dicho por este órgano contralor en oficio N° 09663 (DAGJ-1028-2007) del 21 de agosto de 2007: *“Con relación al otorgamiento de este tipo de autorizaciones, debe advertirse en primer término, que la Contraloría General ha mantenido en esta materia, una línea de criterio si se quiere restrictiva, rechazando por regla general solicitudes tendentes a la contratación de asesoría legal para estos efectos, postura que únicamente ha encontrado variación, en casos muy calificados en los que la ponderación de situaciones fácticas particulares, ha motivado rendir una respuesta en otros términos. (...) Ahora bien, un aspecto que no puede ser obviado, es el carácter puntual que tiene cada solicitud, y con ella la situación fáctica subyacente, característica que hace única a cada gestión, y que de manera consecuente obliga a realizar un examen casuístico de sus particularidades, lo anterior tomando como base las razones y elementos de juicio que el solicitante logre acreditar al efecto.”*

Así las cosas, la Administración debe tomar en cuenta que el respaldo que debe brindar al personal de la auditoría interna, en casos meramente calificados procede siempre y cuando se

⁶ Contraloría General de la República, oficio N° 04904 (DJ-2049-2010) del 27 de mayo de 2010.

cumplan las siguientes condiciones, de conformidad con el oficio N° 5069 (DI-CR-226) del 14 de mayo de 2004:

“1. El apoyo de la Institución es para el funcionario que ha sido demandado y no demandante, ya que la norma tiene como finalidad brindar un apoyo a aquellos funcionarios que en el ejercicio de sus funciones se les ha seguido alguna acción legal en su contra.

2. El conflicto legal en que pudiesen verse involucrado éstos, debe estar directamente relacionado con el ejercicio de sus funciones o deberes que resultan de su competencia, de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 22 de la misma ley. Es decir, son aquellos conflictos legales en que los auditores se vean envueltos al realizar estudios de auditoría, al verificar el cumplimiento, la validez y suficiencia del sistema del control interno, al brindar asesorías al jerarca, o bien al advertir a los órganos sujetos a su fiscalización, entre otros.

3. Además, consideramos aplicable aquí lo establecido por este Órgano Contralor para los casos de la defensa penal de los funcionarios públicos en general, sea que en el evento de que el funcionario defendido con recursos públicos resulte condenado por actuaciones que –al final del juicio y una vez establecida la verdad real de los hechos– evidencien que su proceder se apartó del estricto cumplimiento de sus funciones o deberes de la función y ello sea la consecuencia de su condenatoria, deberá restituirle a la Institución los gastos en que ésta incurrió para atender el proceso. A tal efecto, la Administración debe asegurarse ese resarcimiento, en caso de una condenatoria en contra del funcionario. (al respecto véase Oficio No. 2491-1996)

4. Finalmente, tratándose de conflictos de carácter penal en los que el funcionario de auditoría se vea involucrado, resulta procedente incorporar aquí otro requisito que este Órgano Contralor ha establecido, cual es que el presunto delito no se haya cometido en contra de la propia Institución (al respecto véase oficio No. DGCA-1311-98).”

Finalmente, es dable indicarle a la Administración, que en los casos en que procede la previsión presupuestaria, en los términos ya explicados, debe tomar en cuenta, lo establecido en el artículo 27 de la Ley General de Control Interno, y estarse en el cumplimiento de la buena técnica presupuestaria en su correcta presupuestación y ejecución.

Resta mencionar, que es responsabilidad de la Administración activa velar por la correcta aplicación del artículo 26 de la Ley General de Control Interno, atendiendo no solo las observaciones formuladas en este memorial, sino también el bloque de legalidad globalmente aplicable.

d. Conclusiones:

1. El artículo 26 de la Ley General de Control Interno obliga a la administración a dar su respaldo tanto jurídico como técnico y cubrir los costos para atender ese proceso hasta su resolución final, cuando el personal de la auditoría interna, en el cumplimiento de sus funciones, se involucre en un conflicto legal o una demanda.

2. Cuando sea de la Administración Central, el personal de la auditoría podrá recurrir en primera instancia, a la Procuraduría General de la República, para la defensa ante una causa penal, ello implicaría que la administración a la que pertenezca el funcionario, no requerirá

utilizar ninguna partida de su propio presupuesto para destinarla a la defensa de dicho funcionario.

3. En caso de que no corresponda la defensa a la Procuraduría General, porque se vincula con las excepciones contenidas en el artículo 3 inciso g) de la Ley Orgánica de ese órgano asesor técnico-jurídico, o bien, porque se refiera a un ámbito distinto de la materia penal a la que se refiere el mencionado inciso, corresponde analizar el caso concreto por parte de la Administración para proceder –de ser pertinente- con la defensa del personal de auditoría, con los recursos que la institución dispone. Si luego de una valoración por parte de la Administración, ésta considera que las condiciones en las que el personal de auditoría se ha visto involucrado en el conflicto legal o una demanda –es decir que haya sido en el cumplimiento de sus funciones-, permitirían asumir la defensa de dicho personal, podrá hacerlo con sus propios recursos, ya sea por medio de su asesoría legal, en cuyo caso, ésta se ocuparía de la defensa correspondiente.

4. Si se cuenta con dichos recursos internos con competencia para la defensa del personal de auditoría, y los cuales forman parte de la estructura organizacional de la Administración, podría decirse que el pago de los servicios que brinden los profesionales para la defensa, ya se encontrarían previstos en el presupuesto institucional, y por ello no existiría la necesidad de hacer uso de recursos adicionales para cubrir los servicios correspondientes.

5. Solo en el tanto se agoten previamente las posibilidades anteriores y como alternativa de último recurso, podrá la Administración valorar la contratación de servicios externos para la defensa respectiva. En dicho caso, podrá disponer de la partida correspondiente dentro del presupuesto institucional –sin que exista obligación-, para sufragar los gastos que conlleven dicha contratación. En todo caso, de no contarse con recursos suficientes en la partida presupuestaria deberá reforzarse de previo a su ejecución, realizando los ajustes y/o modificaciones pertinentes, para responder a la necesidad específica que se tenga en el cumplimiento del mandato legal, que refiere la norma en comentario, y en observancia de los procedimientos estipulados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

6. El respaldo de la Administración es para el funcionario -en procesos judiciales y no procedimientos administrativos- que ha sido demandado y no demandante, ya que la norma tiene como finalidad brindar un apoyo a aquellos funcionarios se les ha seguido algún conflicto legal o demanda en su contra, directamente relacionado con el ejercicio de sus funciones o deberes que resultan de su competencia, de conformidad con las establecidas en el artículo 22 de la misma ley. Es decir, son aquellos conflictos legales en que los auditores se vean envueltos al realizar estudios de auditoría, al verificar el cumplimiento, la validez y suficiencia del sistema del control interno, al brindar asesorías al jerarca, o bien al advertir a los órganos sujetos a su fiscalización, entre otros.

7. Además, consideramos aplicable que para los casos de la defensa penal, sea en el evento de que el funcionario defendido con recursos públicos resulte condenado por actuaciones que –al final del juicio y una vez establecida la verdad real de los hechos- evidencien que su proceder se apartó del estricto cumplimiento de sus funciones o deberes de la función y ello sea la consecuencia de su condenatoria, deberá restituirle a la Institución los gastos en que ésta incurrió para atender el proceso. A tal efecto, la Administración debe asegurarse ese resarcimiento, en caso de una condenatoria en contra del funcionario.

8. Tratándose de conflictos de carácter penal en los que el funcionario de auditoría se vea involucrado, resulta procedente el respaldo cuando el presunto delito no se haya cometido en contra de la propia Institución.

De esta forma, dejamos atendida su gestión.

Atentamente,

Lic. Hansel Arias Ramírez
Gerente Asociado

Licda. Johanna Rodríguez Monestel
Fiscalizadora Asociada

JRM/HAR/ccb
Ci: Archivo Central
Ni: 11514
G: 2011001700-1