

Al contestar refiérase
al oficio N° **14679**

27 de noviembre del 2017
DCA-3167

MSc.
Ricardo Rodríguez Bonilla
Presidente Ejecutivo
INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL

Estimado señor:

Asunto: Se atiende oficio n°PE-1327-2017 del 26 de setiembre de 2017.

Se da respuesta al oficio n°PE-1327, del 26 de setiembre del año en curso, recibido en esta Contraloría General el 29 de setiembre siguiente, mediante el cual presenta una serie de cuestionamientos relacionados con el manejo de finiquitos y liquidaciones de diversos convenios que eventualmente tendrá que suscribir ese Instituto.

Al respecto indica que le generan duda los siguientes puntos:

“-Nuevas suscripciones de Convenios interinstitucionales, sin que medie liquidación de Convenios anteriores supeditado a límite para nuevas transferencias de fondos.

-Límites en el uso de los Fondos Públicos transferidos a otras Instituciones públicas.

-Discrecionalidad de uso de Fondos Públicos por parte de Instituciones Estatales.”

I-Potestad consultiva de la Contraloría General de la República.

La potestad consultiva de esta Contraloría General, se encuentra regulada en el artículo 29 de su Ley Orgánica (Ley 7428 del 4 de setiembre de 1994). En este sentido, el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas antes citado, establece las condiciones que rigen el trámite y la materia consultiva.

En relación con lo anterior, y aplicando el reglamento al contenido de su consulta hemos de indicarle, que el numeral 8 del reglamento de cita, contempla los requisitos de presentación y admisibilidad de las consultas dirigidas al Órgano Contralor, al respecto, en sus incisos 4) y 6) indica lo siguiente:

“Artículo 8-Requisitos para la presentación de las consultas. Las consultas que ingresen para su atención conforme el artículo 29 de la Ley 7428, deberán cumplir el siguiente requisito:

“2. Plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante.”

II- Antecedentes:

Se le realizan a esta Contraloría General los siguientes cuestionamientos:

“1. En el trámite de liquidación y finiquito de un convenio bilateral celebrado entre dos entes públicos, si se presenta un incumplimiento en el objeto del Convenio, debido a la compra de bienes o activos no previsto en éste. ¿Debe la Institución que incumplió devolver la totalidad de los fondos públicos transferidos o realizar la devolución de los bienes que compró de manera irregular?”

2. ¿Pueden dos Instituciones Públicas suscribir un nuevo convenio bilateral, supeditando la ejecución del segundo o la liquidación y finiquito del primero?”

3. ¿Es legalmente posible que un Órgano de Descentralización (sic) Máxima sujeto a un convenio con una Institución del Estado, de un uso diferente a los fondos

transferidos o pueda incluirlos como patrimonio propio dentro de su presupuesto ordinario?

4. Hasta dónde llega la discrecionalidad en el uso de fondos públicos transferidos por disposición de un convenio bilateral suscrito entre dos Entidades Públicas? ¿permite dicha discrecionalidad la compra de bienes o activos no expresamente pactados en un convenio bilateral?"

Asimismo, adjunto a su consulta, el oficio AJ-140-17 de fecha 15 de mayo de 2017, mediante el cual expone en forma concreta, el convenio interinstitucional entre el INTA y el INDER, suscrito el 14 de julio de 2008.

Por lo anterior y en cumplimiento al Reglamento de Consultas antes citado, con el presente criterio jurídico no se está ofreciendo una respuesta específica a un caso concreto, ni se pretende sustituir en la toma de decisiones que le compete a la Administración Pública Activa; sin embargo, el mismo se emite con carácter vinculante y en forma general, con el fin que pueda servir de insumo a la Administración, permitiendo orientar la toma de decisiones en relación a la situación desarrollada en su consulta.

III-Criterio del Despacho.

a.- Convenios con sujetos públicos según el ordenamiento Jurídico en materia de Contratación Administrativa.

La figura del convenio interadministrativo ya ha sido analizado por parte de esta Contraloría General. Al respecto, en el oficio n°07140 (DJ-00712) del 23 de junio de 2017 se indicó lo siguiente:

“Si bien es cierto que el marco jurídico conformado por el artículo 182 de la Constitución Política, la Ley de Contratación Administrativa (Ley N°.7494) y el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (Decreto N° 25038-H), establece -en principio- que toda la actividad pública de adquisición o intermediación de bienes y/o servicios se encuentra sujeta a las regulaciones que establezcan las normas especificadas anteriormente, lo cierto del caso es que “(...) no toda relación que se genere entre dos administraciones públicas debe tenerse como un contrato en sentido estricto, pues bien puede tratarse de un convenio administrativo (...)”. Un convenio, según lo estipulado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su resolución 1019-F-2006,

es un “(...) mecanismo bilateral utilizado por las unidades públicas para conseguir la coordinación interadministrativa, mediante relaciones jurídicas de colaboración y cooperación entre ellas. De ahí que en este tipo de acuerdos, al buscar un objetivo común, un interés compartido, se presenta un equilibrio entre lo que se da y recibe cada una de las entidades u órganos involucrados (...)”. Así las cosas, para que exista un convenio entre dos Administraciones Públicas debe haber un objetivo en común que persigan ambas partes, así como un balance entre las prestaciones a las que se obligan tales entidades, en caso de que aquellos elementos no se encuentren presentes, no existirá, entonces un convenio.”

Asimismo, mediante el oficio 15562 (DCA-2950 del 28 de noviembre de 2016 este órgano contralor indicó:

“La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha emitido algunos votos en los que analiza el principio de coordinación interadministrativa, por el cual, ese Tribunal encuentra sustento para que los sujetos públicos realicen entre sí las acciones de cooperación necesarias para favorecer la satisfacción del interés público que por competencia, le ha sido asignado a cada uno de ellos. En el Voto 2012-08892 de las dieciséis horas y tres minutos del veintisiete de junio del dos mil doce, resolvió la Sala Constitucional lo siguiente: “VI. Sobre el principio de coordinación interadministrativa.

Uno de los principios rectores de la organización administrativa lo constituye la coordinación que debe mediar entre todos los entes y órganos públicos al ejercer sus competencias y prestar los servicios que el ordenamiento jurídico les ha asignado. La coordinación, en cuanto asegura la eficiencia y eficacia administrativas, es un principio constitucional virtual o implícito que permea el entero ordenamiento jurídico administrativo y obliga a todos los entes públicos.

Esta puede ser interorgánica –entre los diversos órganos que conforman un ente público no sujetos a una relación de jerarquía– o intersubjetiva, esto es, entre los entes públicos, cada uno con personalidad jurídica, presupuesto propio, autonomía y competencias específicas. La autonomía administrativa o de otro grado de cuya titularidad gozan los entes públicos los obliga a coordinar sus acciones, puesto que, no pueden estar sometidos recíprocamente a relaciones de jerarquía por su naturaleza interorgánica. La

coordinación administrativa tiene por propósito evitar las duplicidades y omisiones en el ejercicio de las funciones administrativas de cada ente público, esto es, que sean desempeñadas de forma racional y ordenada; y se logra a través del establecimiento de niveles o canales fluidos y permanentes de información entre los entes públicos, todo lo cual se puede lograr a través de reuniones, informes o la creación de instancias formales de coordinación.”

Ahora bien, el numeral 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone en cuanto a la actividad contractual desarrollada entre sujetos de Derecho público lo siguiente:

“...Los convenios de colaboración suscritos entre entes de derecho público, en ejercicio de sus competencias legales, no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa.”

Como se aprecia, se diferencia lo relativo a contrataciones entre sujetos públicos y lo relativo a convenios interadministrativos con fines colaborativos. Lo relativo a las relaciones originarias de contrataciones administrativas deben cumplir con una serie de condiciones que ya han sido señaladas por este órgano contralor en el oficio 10262 del 21 de octubre de 2011:

“De las normas transcritas (sic) se extrae que la actividad contractual que se desarrolle entre sujetos de Derecho Público está exenta de la aplicación de los procedimientos de contratación administrativa, pero en el entendido de que la misma se desenvuelve bajo el cumplimiento de una serie de supuestos o requisitos, dentro de los cuales destacan los siguientes:

- Que en atención a la naturaleza jurídica de las partes que celebren las contrataciones, se esté en presencia de sujetos de derecho público.
- Que la actividad desplegada por cada uno de los entes se enmarque dentro de sus respectivas esferas de competencia.
- Que exista equilibrio y razonabilidad en cuanto a los derechos y obligaciones de cada una de las instituciones.
- Los convenios de colaboración suscritos entre entes de derecho público en ejercicio de sus competencias legales, no está sujeto a las disposiciones de la LCA.”

Es importante que el Instituto consultante considere que los aspectos reseñados del oficio transcrito, fueron ampliados recientemente con la reforma realizada al artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, mediante el Decreto Ejecutivo 40680 del 30 de agosto de 2017, con la cual se fortalece los aspectos que deben regir las relaciones contractuales entre sujetos públicos.

Por otra parte, en el caso del INDER, debe rescatarse que el artículo 36 de la Ley n°9036 “Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER)” establece que: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior y atendiendo a razones de conveniencia pública y de orden práctico, el Inder podrá suscribir convenios o alianzas estratégicas con instituciones públicas o privadas, cuando ello favorezca el cumplimiento de los fines y objetivos de esta ley.”* Por tal motivo, expresamente esa legislación faculta al Instituto a celebrar convenios interadministrativos, en el tanto se respeten los destinos de esa Ley, como se indica en el numeral 35¹.

b.- Obligación de respetar el ordenamiento jurídico en la celebración y ejecución de los convenios interadministrativos

Toda la actividad que realiza la Administración debe respetar el principio de legalidad, por lo que no debe contraponerse al ordenamiento jurídico, es así que debe estar autorizada, previamente por la legislación. Al respecto, la Sala Constitucional ha dicho en varios de sus pronunciamientos, que el principio de legalidad postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, según la cual toda autoridad o institución pública solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, que únicamente le está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado.

El numeral 11 tanto de la Constitución Política, así como el artículo 11 Ley General de la Administración Pública, recogen la esencia de este principio, explicándolo la Sala Constitucional en el Voto n° 897-1998 del 11 de febrero de 1998 de la siguiente manera:

“El artículo once de la Constitución Política consagra el principio de legalidad. Este principio significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa,

¹ “Artículo 35.- Previsiones de Ley. Los bienes y los recursos que constituyen el patrimonio del Inder solo podrán ser aplicados para los fines previstos en esta ley”.

desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos especialmente; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración". En este sentido es claro que, frente a un acto ilícito o inválido, la Administración tiene, no solo el deber sino la obligación, de hacer lo que esté a su alcance para enderezar la situación."

Ahora bien, la Procuraduría General de la República emitió la Opinión Jurídica n°164-J del 04 de setiembre del 2003 señalando:

"...la Administración Pública se rige en su accionar por el principio de legalidad. Con base en él, los entes y los órganos públicos sólo pueden realizar los actos que están previamente autorizados por el ordenamiento jurídico (todo lo que no está permitido está prohibido). En efecto, señala el artículo 11 LGAP, que la Administración Pública debe actuar sometida al ordenamiento jurídico y sólo puede realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

Por su parte, la Sala Constitucional, en el voto N° 440-98, ha sostenido la tesis de que, en el Estado de Derecho, el principio de legalidad postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, "...toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que este constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general; el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto."

Continúa indicando la Procuraduría General en la Opinión Jurídica de cita:

"Ahora bien, en el ámbito de la Hacienda Pública al principio de legalidad se le denomina principio de legalidad financiera. En esta sentido, en el dictamen C-162-2003 de 6 de junio del 2003, señalamos lo siguiente:

"Como es bien sabido, en el manejo, la administración, el destino y la custodia de los recursos públicos rige el principio de legalidad financiera. En esta dirección, la Ley n.º 8131 de 18 de setiembre del 2001, Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, en su artículo 5, que regula los principios presupuestarios, al conceptualizar el principio de gestión financiera indica que la administración de los recursos financieros del sector público se orienta a los intereses generales de la sociedad, atendiendo los principios de economía, eficacia y eficiencia, **CON SOMETIMIENTO PLENO A LA LEY**. Por su parte, su numeral 107, al referirse al principio de legalidad, señala que los actos y contratos administrativos dictados en materia de administración financiera, deben conformarse **SUSTANCIALMENTE** con el ordenamiento jurídico, según la escala jerárquica de sus fuentes. Asimismo, el artículo 110 que regula los hechos generadores de responsabilidad administrativa, indica, como un caso típico de ella, el empleo de los fondos públicos sobre los cuales el funcionario tenga facultades de uso, administración, custodia o disposición, con finalidades diferentes de aquellas a las que están **destinados por ley**, reglamento o acto administrativo singular, aun cuando estas finalidades sean igualmente de interés público o compatibles con los fines de la entidad o el órgano de que se trate." (el resaltado no es nuestro).

Como se puede desprender de lo antes señalado, toda actividad que realice la Administración Pública en el cumplimiento de sus competencias, tanto constitucionales como legales, se deben ajustar a lo dispuesto en el bloque de legalidad. Ello aplica con mayor razón cuando estas decisiones que se adopten involucra aspectos vinculados con la Hacienda Pública. Cada sujeto que posea fondos públicos, se encuentra obligado a destinarlos conforme a los fines previstos en la legislación que le sea aplicable, tomando en cuenta las competencias asignadas a cada Administración.

Cuando es necesario satisfacer el interés público con la participación de dos o más sujetos públicos, la gestión de los fondos públicos que se empleen, sea porque lo dispone expresamente alguna norma o porque se hubiera suscrito algún convenio interadministrativo, es imperioso que cada Administración involucrada estructure sus respectivos sistemas de control interno para garantizar la satisfacción de las necesidades y fines públicos para los que se destinaron los recursos, conforme al marco legal que regula a cada uno de ellos.

Un incumplimiento al establecimiento o seguimiento de los controles para el adecuado manejo de fondos públicos por parte de las autoridades de las administraciones que celebren un convenio interadministrativo, puede ocasionar responsabilidades al amparo de lo dispuesto por la Ley General de Control Interno. Sobre este punto, nos permitimos transcribir en forma parcial, el

Dictamen C-76-2014 de 10 de marzo de 2014 la Procuraduría General de la República que indicó:

“Diversas normas del ordenamiento instauran un régimen de responsabilidad del funcionario público en relación con la Hacienda Pública. Responsabilidad que es administrativa, civil y puede ser penal.

“La responsabilidad que así se establece no implica una participación directa en un desvío de los recursos públicos por parte del funcionario público. Por el contrario, este es responsable como consecuencia de un ejercicio indebido, doloso o gravemente culposo, de los controles establecidos o que debieron haber sido establecidos para asegurar que la entidad beneficiada cumpliera el fin asignado al beneficio correspondiente. Lo que no es más que la consecuencia del deber del funcionario público de velar porque los fondos que transfieren se destinen al fin establecido legalmente.”

Continúa indicando la Procuraduría General en el dictamen de cita que:

“Importa recordar que la Ley General de Control Interno sienta el principio de responsabilidad civil y administrativa no solo del jerarca y titulares subordinados sino de todo funcionario por el incumplimiento de los deberes en orden al control interno. Este control comprende las acciones de la Administración activa que tengan como objeto, entre otras la protección y conservación del patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal, artículo 8 de dicha Ley. Patrimonio público constituido por los fondos públicos (incluidos créditos) y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública (artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Por ende, puede considerarse que el sistema de control interno abarca la actuación de la Administración Pública dirigida a verificar que los fondos públicos sean utilizados para los fines legales correspondientes y, en el caso de la transferencia de fondos a sujetos privados, que estos los empleen para satisfacer el interés público que fundamenta su transferencia. Pero también puede considerarse que control interno comprende las acciones para

recuperar recursos públicos que han sido erogados indebidamente. El debilitamiento del sistema de control interno o la omisión de decisiones para aplicar el existente puede generar la responsabilidad administrativa del funcionario público, la que es regulada por el numeral 39 de la Ley de Control Interno, que preceptúa:

“Artículo 39.—Causales de responsabilidad administrativa. El jerarca y los titulares subordinados incurrirán en responsabilidad administrativa y civil, cuando corresponda, si incumplen injustificadamente los deberes asignados en esta Ley, sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios.

El jerarca, los titulares subordinados y los demás funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad administrativa, cuando debiliten con sus acciones el sistema de control interno u omitan las actuaciones necesarias para establecerlo, mantenerlo, perfeccionarlo y evaluarlo, según la normativa técnica aplicable.

Asimismo, cabrá responsabilidad administrativa contra el jerarca que injustificadamente no asigne los recursos a la auditoría interna en los términos del artículo 27 de esta Ley.

Igualmente, cabrá responsabilidad administrativa contra los funcionarios públicos que injustificadamente incumplan los deberes y las funciones que en materia de control interno les asigne el jerarca o el titular subordinado, incluso las acciones para instaurar las recomendaciones emitidas por la auditoría interna, sin perjuicio de las responsabilidades que les puedan ser imputadas civil y penalmente.

El jerarca, los titulares subordinados y los demás funcionarios públicos también incurrirán en responsabilidad administrativa y civil, cuando corresponda, por obstaculizar o retrasar el cumplimiento de las potestades del auditor, el subauditor y los demás funcionarios de la auditoría interna, establecidas en esta Ley.

Cuando se trate de actos u omisiones de órganos colegiados, la responsabilidad será atribuida a todos sus integrantes, salvo que conste, de manera expresa, el voto negativo.”

De acuerdo con lo cual el funcionario público que incurra en una infracción de las indicadas al régimen de control interno puede ser sancionado con amonestación escrita, amonestación escrita comunicada al colegio profesional cuando corresponda, suspensión sin goce de salario de ocho a quince días hábiles e incluso, separación del cargo sin responsabilidad patronal, artículo 41 de la Ley General de Control Interno.”.

Así las cosas, y como bien lo dice la Sala Sala Constitucional en el Voto 940-1998 del 13 de febrero de 1998, de existir la posibilidad de que se haya hecho un uso indebido de los fondos públicos, debe la autoridad iniciar el o los procedimientos administrativos correspondientes, a fin de averiguar la verdad real y determinar si existe algún tipo de responsabilidad.

De lo expuesto, deberán las autoridades del INDER ponderar la actuación realizada por sus funcionarios, así como las Administraciones con quien haya suscrito convenios interadministrativos, para efectos de delimitar si los recursos para los fines que por la vía legal o convencionalmente fueron destinados. De igual forma, son responsables de verificar si los controles previstos para mitigar los riesgos de no cumplir con tales fines se cumplieron.

En caso de identificar situaciones irregulares o apartadas del ordenamiento jurídico, corresponderá a las autoridades del INDER y de las Administraciones involucradas velar por la protección, resguardo o recuperación de los fondos públicos involucrados y de establecer las responsabilidades que correspondan siguiendo el debido proceso respectivo.

IV- Conclusiones:

1- Los sujetos Públicos podrán llevar a cabo contrataciones entre sí, sin sujeción a los procedimientos de contratación administrativa, siempre y cuando la actividad que despliegan se encuentre dentro de sus competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico.

2- El principio de legalidad es el que rige el accionar de la Administración Pública, por lo que todo acto realizado fuera del ordenamiento jurídico carece de validez.

3- La Administración otorgante de algún beneficio patrimonial a otro ente público, debe en aplicación de la Ley de Control Interno, procurar la preservación y salvaguarda de los bienes a través de acciones que aseguren su protección, esto con el fin verificar que los fondos públicos sean utilizados dentro de los fines legales correspondientes. El ejercicio indebido, culpable o doloso de los controles y de las medidas de correctivas, generará responsabilidades al o los funcionarios infractores.

4- Tanto la Administración otorgante como el ente beneficiado con un bien perteneciente a la Hacienda Pública deberán en caso de uso indebido del bien, tomar la acciones necesarias para su respectiva recuperación.

Finalmente, le recordamos la importancia de registrarse y utilizar el Sistema de la Potestad Consultiva, de manera que podamos brindarle un servicio más oportuno y eficiente en la atención de su gestión. El mismo lo encuentra en nuestro sitio web www.cgr.go.cr

De esta forma se da por atendida su gestión.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Ingrid Brenes Guevara
Fiscalizadora Asociada

IBG/AUR/apus
Ci: Archivo Central
NI:24593
G: 2017003121

