Al contestar refiérase
al oficio N° 05426

15 de abril, 2020
DFOE-EC-0315

Ingeniero
Fernando Araya Alpízar
Director Ejecutivo
SERVICIO FITOSANITARIO DEL ESTADO
direccion.ejecutiva@sfe.go.cr

Estimado señor:

Asunto: Criterio sobre la clasificación del superávit del Fondo de Emergencias establecido en el artículo 66 de la Ley de Protección Fitosanitaria, N° 7664 y la contratación de bienes y servicios con cargo a ese Fondo.

Se atiende la consulta efectuada mediante el oficio DSFE-0177-2020, en el cual solicita el criterio de la Contraloría General sobre la clasificación del superávit del Fondo de Emergencias establecido en el artículo 66 de la Ley de Protección Fitosanitaria, N° 7664, así como sobre la contratación de bienes y servicios con cargo a dicho Fondo.

I. MOTIVO DE LA GESTIÓN

En la citada consulta el Director Ejecutivo del Servicio Fitosanitario del Estado (SFE), indica que a partir de los objetivos asignados a esa Institución Pública, específicamente en cuanto a la tarea de tomar las acciones y previsiones necesarias para impedir la introducción de plagas que amenacen la seguridad alimentaria y la actividad económica sustentada en la producción agrícola, en el artículo 66 de la Ley N° 7664 se establece que esa entidad "... *dispondrá de un fondo para emergencias que será utilizado, exclusivamente, en el combate de plagas nuevas o existentes que puedan ocasionar daños graves a la agricultura nacional".* Además, en el artículo 31 del Reglamento de la Estructura Organizativa, Técnica y Administrativa del Servicio Fitosanitario del Estado, Decreto Ejecutivo N° 30111-MA, se dispone que: *"... de lo destinado para este fondo, se podrá utilizar hasta un treinta por ciento (30%) para la prevención de las plagas".*

Al respecto, se consulta lo siguiente:

1. ¿Puede considerarse el superávit del Fondo de Emergencias del SFE, creado por el artículo 66 de la Ley No. 7664, como un superávit específico? / 2. ¿De considerarse un superávit específico estaría o no sujeto a algún tipo de imposición?

Asimismo, respecto a la contratación de bienes y servicios en caso de una emergencia y con cargo al Fondo de Emergencias, esa Administración no tiene certeza sobre el procedimiento de contratación que debe seguir, por lo que el interesado consulta lo siguiente:

1) ¿Es jurídicamente viable regular la adquisición de bienes y servicios con cargo al Fondo de Emergencias (artículo 66 de la Ley No. 7664) mediante una regulación interna (Procedimiento DAF-PR-PO-12) o dicha contratación administrativa debe regularse por medio de un Decreto Ejecutivo? / 2) Ante una emergencia declarada el SFE debe adquirir bienes y servicios. ¿Podrá sujetarse al procedimiento de contratación directa establecido en el artículo 139, inciso K) del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa o debe sujetarse al procedimiento de Urgencia establecido en el artículo 140 del citado Reglamento?

Sobre el particular, y en orden con las consultas, el interesado considera que el dinero del referido Fondo de Emergencias no puede tener otro fin ajeno a los que indica la Ley, por lo que su superávit debe ser considerado específico y no afecto a ningún tipo de imposiciones.

Por su parte, de acuerdo con el criterio externado por la Asesoría Legal del SFE, se estima que la adquisición de bienes y servicios con cargo a ese Fondo de Emergencias puede realizarse mediante una regulación interna establecida por esa Institución; no obstante, se indica que la misma debe contar con la aprobación de la Contraloría General y, finalmente, señala que ante una emergencia declarada el procedimiento a seguir para la contratación de bienes y servicios corresponde al estipulado en el artículo 140 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En primer término, se señala que el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se encuentra regulado en el artículo 29 de su Ley Orgánica N° 7428 y el *Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (R-DC-197-2011).*

Según lo dispuesto en la normativa citada, el Órgano Contralor emite criterios vinculantes en el ámbito de su competencia cuando la temática tenga relación con los componentes de la Hacienda Pública y en general con el ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública; así como que la consulta haya sido planteada por los sujetos pasivos de fiscalización de la Contraloría General, según definición presente en el artículo 4 de la Ley N° 7428. Deben entenderse incluidos el auditor y subauditor interno de las instituciones públicas.

Asimismo, considerando que la Contraloría General, conforme su naturaleza de contralor externo y vigilante de la Hacienda Pública y de los fondos públicos, no tiene por norma referirse a casos y a situaciones concretas que se producen en los sujetos pasivos sometidos a su fiscalización y control, se estima importante aclarar que este criterio se emite en términos generales y haciendo abstracción de cualquier situación particular, toda vez que no procede conocer o resolver por esta vía consultiva los casos concretos[1].

Dicho proceder, obedece a la finalidad propia del proceso consultivo, que no pretende sustituir a la administración en la toma de decisiones respecto de las

[1] Inciso 2) del artículo 8 del Reglamento sobre la Recepción y Atención de Consultas dirigidas a la Contraloría General de la República.

competencias que le han sido asignadas en el ordenamiento jurídico, a la vez que se trata de evitar el riesgo que genera la emisión de un criterio vinculante sobre la base de supuestos fácticos y jurídicos que no se conocen a plenitud, y por ende, puede generar un pronunciamiento errado en sus conclusiones.

Así las cosas, a juicio del Órgano Contralor, el asunto sometido a conocimiento se ajusta al anterior supuesto; no obstante, siendo que el tema expuesto por el consultante resulta relevante y no existiría obstáculo alguno para referirse al tema consultado, se atiende la consulta haciendo la aclaración que el tema será analizado de forma genérica, a efectos de orientar al consultante en su proceder. En ese sentido, se emite a continuación el presente criterio vinculante para que sea utilizado en el análisis sobre la legalidad de las conductas administrativas que serán adoptadas por el sujeto competente, a quien corresponde tomar las decisiones que se ajustan a derecho.

III. CRITERIO DEL ÓRGANO CONTRALOR

1. Clasificación del superávit

De conformidad con las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público N-1-2012-DC-DFOE[2] el superávit se clasifica como *libre* cuando el exceso de los ingresos sobre los gastos ejecutados al final de un ejercicio presupuestario es de libre disponibilidad en cuanto al tipo de gastos que puede financiar; y, como *específico* cuando el exceso de ingresos sobre los gastos ejecutados al final de un ejercicio presupuestario, por disposiciones especiales o legales, tiene que destinarse a un fin específico.

En ese sentido, el superávit específico responde a una ley o disposición especial, donde se define el fin que debe dársele a los recursos; y por lo tanto, se constituye en la normativa que limita su disponibilidad para otros fines[3]. Cabe indicar, que el uso de los fondos públicos con finalidades diferentes a aquellas a las que están destinados por ley, reglamento o acto administrativo singular, eventualmente puede generar responsabilidad administrativa, según lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131.

Sobre el particular, en el artículo 66 de la Ley de Protección Fitosanitaria, N° 7664, se establece que: *"El Servicio Fitosanitario del Estado dispondrá de un fondo para emergencias que será utilizado, exclusivamente, en el combate de plagas nuevas o existentes que puedan ocasionar daños graves a la agricultura nacional. Los recursos del fondo provendrán de empréstitos, donaciones, asignaciones a la cuenta especial u otras fuentes legales de financiamiento. Para depositarlos se abrirá una cuenta en uno de los bancos del Sistema Bancario Nacional";* lo que advierte una finalidad específica para el uso de esos recursos; a saber, combate de plagas nuevas o existentes que pueden ocasionar daños graves a la agricultura nacional.

Por otra parte, respecto a si esos recursos se encuentran o no sujetos a algún tipo de imposición, deviene oportuno señalar la existencia y tipología de diversas regulaciones

[2] Resolución R-DC-064-2013 emitida por el Despacho Contralor.
[3] Ver oficio DFOE-ST-0055 (03075) emitido por el Órgano Contralor el 1 de abril de 2011.

especiales[4], según el ámbito en el que se pretendan ejecutar; por lo que, el eventual sometimiento de un superávit, sea libre o específico, a esas regulaciones debe ser analizado por la administración interesada.

Así las cosas y de acuerdo con lo indicado en el acápite II. *Consideraciones Preliminares* de este documento, los recursos con fundamento en lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley N° 7664 tienen como finalidad el combate de plagas nuevas o existentes que pueden ocasionar daños graves a la agricultura nacional, lo que advierte un destino específico; no obstante, conforme a las disposiciones normativas[5] que regulan esos recursos, corresponde al SFE realizar el análisis que permita identificar el marco regulatorio aplicable y tomar las decisiones conforme a las competencias que le han sido asignadas en el ordenamiento jurídico.

2. Adquisición de bienes y servicios con cargo al Fondo de Emergencias del artículo 66 de la Ley N° 7664

De conformidad con el artículo 182 de la Constitución Política, la licitación es el medio idóneo mediante el cual las instituciones públicas se encuentran facultadas para realizar la adquisición de los bienes y servicios que requieran para cumplir su cometido. En razón de ello, al momento de efectuar un procedimiento de contratación administrativa, la Administración, en tesis de principio, se encuentra en la obligación de observar los procedimientos ordinarios de contratación que el ordenamiento jurídico contempla. Sin embargo, en algunas situaciones muy particulares, ese mismo cuerpo normativo permite separarse de los procedimientos ordinarios, si tal medio es el más apto para atender una necesidad determinada.

Es ese sentido, el artículo 139 inciso *k)* del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), estipula una excepción a los procedimientos ordinarios de contratación administrativa, toda vez que hace referencia a una situación imprevisible que afecte o amenace gravemente la continuidad de los servicios públicos esenciales.

Por medio de la indicada excepción, la Administración podrá contratar directamente, sin necesidad de contar con la autorización de la Contraloría General, cuando se enfrenten situaciones imprevisibles que afecten la continuidad de la prestación de los servicios públicos esenciales y bastará con que en el expediente respectivo se deje constancia de la imposibilidad de prever una solución distinta, todo bajo la responsabilidad exclusiva de la Administración; lo anterior, sin detrimento de la fiscalización posterior facultativa del Órgano Contralor.

Ahora bien, otro supuesto de excepción a los procedimientos ordinarios de contratación es el regulado en el artículo 140 del RLCA, a través del cual se conceden potestades a la Contraloría General para autorizar la prescindencia de una o todas las formalidades de los procedimientos de contratación, en aquellos casos en que se

[4] Entre otros, en el ámbito presupuestario, fiscal, técnico y económico-social; como por ejemplo, lo dispuesto en los artículos 15 y 17 de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N° 9635.

[5] A modo de ejemplo, cabe señalar que, de acuerdo con el principio de universalidad e integralidad, los recursos correspondientes al Fondo de Emergencias del SFE deben incorporarse a la corriente presupuestaria y ejecutarse acorde con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley N° 7664.

enfrenten situaciones calificadas como urgentes, entendidas como aquellos hechos sobrevinientes o imprevisibles que amenacen afectar el interés público o provocar daños graves en las personas o irreparables a las cosas, cuya solución o pronta atención requiera justamente el obviar el procedimiento ordinario y aplicar el procedimiento excepcional.

Sobre la excepción de urgencia regulada en el indicado artículo 140 del RLCA el Órgano Contralor, mediante oficio N° 00622-2018 del 17 de enero de 2018, señaló lo siguiente:

> *"... aquellas situaciones que debe enfrentar la Administración y que colocan en posición de riesgo inmediato el interés público y respecto al cual no resulta pertinente la aplicación de un procedimiento con mayores formalidades, podría conculcar con este y afectar a los usuarios directos del bien o servicio requerido; por lo cual es competencia de esta Contraloría, analizar que los hechos descritos por la Administración encuadran en una situación de urgencia para poder autorizar la contratación con fundamento en la norma referida. (...) Es criterio de este Despacho que el procedimiento establecido en el referido artículo 140 RLCA refiere a aquellas condiciones de atención inmediata y actuales en las que no resulta pertinente dilación alguna por parte de un procedimiento de contratación por más sencillo que este sea, a efectos de impedir una lesión o daño irreparable que resulten absolutamente inmediatos o próximos en caso de no ser autorizado y que además, impliquen tal grado de gravedad que justifiquen la prescindencia de cualquier mecanismo de selección".*

Así las cosas, ante una emergencia declarada, el SFE puede adquirir bienes y servicios mediante el procedimiento de contratación directa establecido en el inciso *k)* del artículo 139 del RLCA y, no requerirá autorización de la Contraloría General o bien, mediante el procedimiento de urgencia establecido en el artículo 140 del citado Reglamento, para lo cual sí requerirá de esa autorización.

Para determinar lo anterior, la Administración dentro del ámbito de su competencia deberá valorar la mejor forma de resguardar los servicios públicos que presta ante la amenaza o emergencia declarada institucionalmente, de forma que no exista una afectación del servicio que presta.

En ese sentido, corresponde a la administración interesada valorar y determinar la procedencia, técnica y jurídica, para establecer regulaciones internas sobre la adquisición de bienes y servicios; y que, con base en el análisis integral de los supuestos y aspectos que pretenda regular, determine el mecanismo que le permita atender el interés público de la mejor forma, velando por el resguardo del principio de eficiencia aplicable al efecto.

IV. CONCLUSIONES

1. Los recursos originados conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley N° 7664 tienen como finalidad el combate de plagas nuevas o existentes que pueden ocasionar daños graves a la agricultura nacional, lo que advierte un destino específico.

2. Corresponde al SFE determinar las disposiciones normativas que regulan la ejecución de los recursos bajo su administración.

3. Ante una emergencia declarada, el Servicio Fitosanitario del Estado puede adquirir bienes y servicios mediante el procedimiento de contratación directa establecido en el inciso k) del artículo 139 del RLCA y, no requerirá autorización de la Contraloría General o bien, mediante el procedimiento de urgencia establecido en el artículo 140 del citado Reglamento, para lo cual sí requerirá nuestra autorización.

4. La procedencia de establecer regulaciones internas para efectos de la adquisición de bienes y servicios, es un aspecto, técnico y jurídico, que corresponde a la administración valorar y determinar; mecanismo que deberá permitirle atender el interés público, velando por el resguardo del principio de eficiencia aplicable al efecto.

Atentamente,

Firmado digitalmente por JESSICA VIQUEZ ALVARADO
Fecha: 2020-04-15 16:56

Licda. Jessica Víquez Alvarado
Gerente de Área

Firmado digitalmente por FLOR DE MARIA ALFARO GOMEZ
Fecha: 2020-04-15 16:05

Licda. Flor de María Alfaro Gómez
Asistente Técnica

Firmado digitalmente por ALEXA GONZALEZ CHAVES
Fecha: 2020-04-15 14:18

Licda. Alexa González Chaves
Fiscalizadora - Abogada

ddv

G: 2020001532-1
Ce: Lic. Allan Ugalde Rojas, Gerente de la División de Contratación Administrativa de la CGR.
Ni: 6445