



**MUNICIPALIDAD DE ACOSTA
AUDITORÍA INTERNA MUNICIPAL
“La imparcialidad nos hace objetivos”**

Acosta, 19 julio de 2021

Advertencia A.I.009-2021

ADVERTENCIA

Señor

Norman Hidalgo Gamboa

Alcalde Municipal

Municipalidad de Acosta

Cordial saludo:

ADVERTENCIA: CONTRATACIÓN DIRECTA 2021CD-000001-01 POR ¢1,500,000.00 (UN MILLÓN QUINIENTOS MIL 00/100), CONTRATACIÓN DE ASESOR LEGAL PARA SERVICIOS PROFESIONALES EN DERECHO PARA ATENCIÓN DE CASO JUDICIAL.(ALEX GEN PALMA)

La advertencia realizada, cuenta con asidero legal en el artículo 22, inciso d) de la Ley General de Control Interno, el cual establece como competencia de la Auditoría Interna, **“advertir a los órganos pasivos que fiscaliza sobre las posibles consecuencias de determinadas conductas o decisiones, cuando sean de su conocimiento”**.

De acuerdo con el artículo 21 de la Ley General de Control Interno, N.º 8292, la auditoría interna es la actividad que debe proporcionar seguridad al ente u órgano estatal, procurando validar y mejorar sus operaciones y contribuir a que se alcancen los objetivos institucionales. Asimismo, le brinda a la ciudadanía una garantía razonable de que la actuación del jerarca y la del resto de la administración, se ejecuta conforme al marco legal y técnico y a las prácticas sanas.

“De la palabra a la acción prevengamos la corrupción”

Teléfono: 2410-7279

auditoria@acosta.go.cr



MUNICIPALIDAD DE ACOSTA
AUDITORÍA INTERNA MUNICIPAL
“La imparcialidad nos hace objetivos”

SITUACIÓN ADVERTIDA:

“CONTRATACIÓN DIRECTA 2021CD-000001-01POR ₡1,500,000.00 (UN MILLÓN QUINIENTOS MIL 00/100), CONTRATACIÓN DE ASESOR LEGAL PARA SERVICIOS PROFESIONALES EN DERECHO PARA ATENCIÓN DE CASO JUDICIAL.(ALEX GEN PALMA)”

Esta Advertencia se realiza a partir de la solicitud realizada por la Señora Katherine Mora Delgado, Administradora Encargada del Mercado, donde solicita Contratación del Servicio Jurídico por medio de la excepción señalada en el Reglamento de Contratación Administrativa en el artículo 139, inciso f) Atención urgente de gestiones judiciales, para el proceso 20-001055-1027-CA-7 en el Tribunal Contencioso Administrativo, segundo Circuito Judicial de San José.

De dicha solicitud, se procede y se contrata al Señor Alex Benjamín Gen Palma, para que actúe como Abogado del caso mencionado.

Por lo consiguiente es de conocimiento de este ente fiscalizador, que el Abogado mencionado, guarda un vínculo profesional previo existente entre el Señor Norman Hidalgo Gamboa (Alcalde Municipal), según prueba adjunta, se logra cerciorar que el Señor mencionado representó al Señor Hidalgo Gamboa, en un procedimiento administrativo realizado por la Contraloría General de la República, el cual aún no ha concluido, bajo el N° CGR-PA-2019006863.

En vista de que la contratación directa fue realizada, donde se eligió al Señor Gen Palma y, según Oficio DTM-077-021 de fecha 19 julio 2021 recibido por parte del Señor Marco Tulio Segura Arias (Tesorero Municipal) al Abogado no se le ha realizado erogación alguna, es conveniente que se valore con base a las facultades concedidas a la Administración, que se estime a considerar una medida cautelar en sede administrativa, con el fin de asegurar el resultado final del mismo y con esto evitar lesiones al interés público.

Al respecto la Sala Constitucional ha indicado:

“De la palabra a la acción prevengamos la corrupción”
Teléfono: 2410-7279

auditoria@acosta.go.cr



MUNICIPALIDAD DE ACOSTA
AUDITORÍA INTERNA MUNICIPAL
“La imparcialidad nos hace objetivos”

“V.- Sobre la naturaleza de las medidas cautelares. La tutela cautelar, flexible y expedita, es un componente esencial del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, puesto que, los órganos administrativos deben garantizar la eficacia de la resolución definitiva en aras de proteger los intereses públicos. La Sala Constitucional ha hecho referencia a la función de la tutela cautelar al señalar que:

“...Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptuar como un “conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver el fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final”. (Sentencia No 7190-94 de las 15:24 hrs del 6 de diciembre de 1994, criterio reiterado en el Voto No 3929-95 de las 15:24 hrs del 18 de julio 1995).

Dentro de las características de toda medida precautoria figuran la instrumentalidad y provisionalidad, lo primero significa que es accesoria respecto del procedimiento principal y lo segundo que tiene eficacia limitada o rebuc sic stantibus, esto es, se extingue cuando se dicta el acto final. Otra característica es la urgencia que permite, en ocasiones especiales e intensa, la derogación de las reglas generales del proceso. Finalmente, se tiene la cognición sumaria o summaria cognitio, que parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa, lo que presupone la verificación por parte del órgano administrativo del periculum in mora y del fumus boni iuris” (Sala Constitucional, Resolución N°10290-2004 de las 16:59 horas del 21 setiembre de 2004).

Siguiendo en el orden de ideas, los artículos 14 y 146 de la Ley General de la Administración Pública, indican:

“Artículo 14.1. Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración,

“De la palabra a la acción prevengamos la corrupción”
Teléfono: 2410-7279

auditoria@acosta.go.cr



MUNICIPALIDAD DE ACOSTA
AUDITORÍA INTERNA MUNICIPAL
“La imparcialidad nos hace objetivos”

2.-Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular.

3- El juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones.”

“Artículo 146: 1. La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, validos o anulables, aun contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar.

2- El empleo de los medios de ejecución administrativa se hará sin perjuicio de las otras responsabilidades en que incurra el administrado por su rebeldía.

3. No procederá la ejecución administrativa de los actos ineficaces o absolutamente nulos y la misma, de darse, producirá responsabilidad penal del servidor que la haya ordenado, sin perjuicio de las otras resultantes.

4. La ejecución en estas circunstancias se reputará como abuso de poder.

La Ley de Contratación Administrativa, dispone en sus numerales 22 u 22bis, una serie de prohibiciones en la participación de sujetos privados, en el marco de las relaciones especiales, reguladas por dicho cuerpo normativo.

El artículo 22 dispone lo siguiente:

“Artículo 22.- Ámbito de aplicación. La prohibición para contratar con la Administración se extiende a la participación en los procedimientos de contratación y a la fase de ejecución del respectivo contrato.

“De la palabra a la acción prevengamos la corrupción”
Teléfono: 2410-7279

auditoria@acosta.go.cr



MUNICIPALIDAD DE ACOSTA
AUDITORÍA INTERNA MUNICIPAL
“La imparcialidad nos hace objetivos”

Existirá prohibición sobreviniente, cuando la causal respectiva se produzca después de iniciado el procedimiento de contratación y antes del acto de adjudicación. En tal caso, la oferta afectada por la prohibición no podrá ser adjudicada; se liberará al oferente de todo compromiso con la Administración y se le devolverá la respectiva garantía de participación.

Cuando la prohibición sobrevenga sobre un contratista favorecido con una adjudicación en firme, la entidad deberá velar con especial diligencia porque se ejecute bajo las condiciones pactadas, sin que puedan existir en su favor tratos distintos de los dados a otros contratistas en iguales condiciones.

El funcionario sujeto a la respectiva prohibición deberá abstenerse de participar, opinar o influir, en cualquier forma en la ejecución del contrato.

El incumplimiento de esta obligación se reputará como falta grave en la prestación del servicio.

Existirá participación directa del funcionario cuando, por la índole de sus atribuciones, tenga la facultad jurídica de **decidir, deliberar, opinar, asesorar o participar de cualquier otra forma en el proceso de selección y adjudicación de las ofertas, o en la etapa de fiscalización posterior, en la ejecución del contrato.**

La participación indirecta existirá cuando por interpósita persona, física o jurídica, se pretenda eludir el alcance de esta prohibición. Para demostrar ambas formas de participación se admitirá toda clase de prueba.

Por su parte, el numeral 22 bis indica, en lo que interesa:

“Artículo 22 bis.- Alcance de la prohibición. En los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a esta Ley, tendrán prohibido participar como oferentes, en forma directa o indirecta, las siguientes personas:

...

“De la palabra a la acción prevengamos la corrupción”
Teléfono: 2410-7279

auditoria@acosta.go.cr



MUNICIPALIDAD DE ACOSTA
AUDITORÍA INTERNA MUNICIPAL
“La imparcialidad nos hace objetivos”

d) Los funcionarios públicos con influencia o poder de decisión, en cualquier etapa del procedimiento de contratación administrativa, **incluso en su fiscalización posterior**, en la etapa de ejecución o de construcción.

Se entiende que existe injerencia o poder de decisión cuando el funcionario respectivo, por la clase de funciones que desempeña o por el rango o jerarquía del puesto que sirve, pueda participar en la toma de decisiones o influir en ellas de cualquier manera. Este supuesto abarca a quienes deben rendir dictámenes o informes técnicos, preparar o tramitar alguna de las fases del procedimiento de contratación, o fiscalizar la fase de ejecución.

Cuando exista duda de si el puesto desempeñado está afectado por injerencia o poder de decisión, antes de participar en el procedimiento de contratación administrativa, el interesado por su cuenta podrá realizar la consulta a la Contraloría General de la República y le remitirá todas las pruebas y la información del caso, según se disponga en el Reglamento de esta Ley.

e) Quienes funjan como asesores de cualquiera de los funcionarios afectados por prohibición, sean estos internos o externos, a título personal o sin ninguna clase de remuneración, respecto de la entidad para la cual presta sus servicios dicho funcionario.”

Es deber de todos los órganos, entes públicos y funcionarios de todos los niveles, velar por el adecuado uso y disposición de los bienes y recursos públicos, así como las normas de orden público, teniendo incluso deber de denuncia ante los hechos sancionables civil, penal y disciplinariamente, máxime, si en el ejercicio de sus funciones tienen noticia de la posible comisión de una conducta sancionable o cuestionable, en cuanto contravenga el ordenamiento jurídico.

Tal como se desprende de los hechos mencionados, el Abogado Alex Benjamín Gen Palma es asesor legal personal del señor Norman Hidalgo Gamboa, dado que ha ejercido su representación administrativa, en al menos un procedimiento administrativo instaurado en su contra, como se demuestra la prueba que se adjunta.

“De la palabra a la acción prevengamos la corrupción”
Teléfono: 2410-7279



MUNICIPALIDAD DE ACOSTA
AUDITORÍA INTERNA MUNICIPAL
“La imparcialidad nos hace objetivos”

En ese contexto es claro que ambos eran conscientes de esa relación cliente-abogado que los ha unido, dado que se encuentra ampliamente documentado en la prueba que se adjunta.

Que esa circunstancia previa, verifica el supuesto de prohibición de contratar con la administración municipal, respecto del señor Alex Benjamín Gen Palma, concretamente, el inciso e) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, dado que fungió como asesor legal personal del Alcalde Municipal, que gestionó, recomendó y aprobó su contratación, todo ello con pleno conocimiento de la relación entre ambos antes indicada.

Adicionalmente, debe indicarse que el Alcalde Municipal en esta contratación, es parte de los órganos de fiscalización de dicha contratación administrativa, por estar ello dentro del ámbito de sus competencias de acuerdo con la Ley General de Control Interno y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, igualmente se comprueba esto con el oficio AM-263-2021 del 11 de junio del 2021 emitido por la Alcaldía Municipal, donde argumenta lo siguiente “...reitero que en este municipio todos los funcionarios están bajo fiscalización de un superior...”, fiscalización superior para el caso que nos ocupa del Departamento de Proveeduría es el Alcalde Municipal.

ASPECTOS A CONSIDERAR

Así las cosas, es una obligación de los Jerarcas Institucionales, valorar proceder a tomar las acciones precautorias correspondientes, con el fin de evitar una lesión mayor a los fondos públicos municipales, al ordenamiento jurídico y al mismo sistema de control interno, que pudo haberse vulnerado con el actuar reseñado, por lo cual se estima que es proporcional y razonable, ordenar, de forma provisional y hasta tanto no se tengan mayores elementos de conocimiento sobre este asunto, ordenar la paralización de las erogaciones de este proceso de contratación señalado.

“De la palabra a la acción prevengamos la corrupción”
Teléfono: 2410-7279

auditoria@acosta.go.cr



MUNICIPALIDAD DE ACOSTA
AUDITORÍA INTERNA MUNICIPAL
“La imparcialidad nos hace objetivos”

Solicito informar al respecto las acciones que se tomarán con el asunto advertido, **en el plazo de cinco días** de conformidad con el inciso b) artículo 33, Ley General de Control Interno N°8292.

Cordialmente,

Lic. Pedro M. Juárez Gutiérrez
Auditor Interno

Cc/Archivo/Concejo Municipal

Se adjunta Expediente certificado de la Contratación Directa 201CD-000001-01 (folios 1 al 17), copia del poder especial extendido por el Señor Norman Hidalgo Gamboa al Abogado Alex Benjamín Gen Palma (folio 18), Personería Jurídica nombramiento del Alcalde Municipal (folio 19) y copia del correo remitido por el Señor Marco Tulio Segura Arias (folio 20), Oficio DTM-077-2021 del 19 julio 2021 de la Tesorería Municipal (folio 21).

“De la palabra a la acción prevengamos la corrupción”
Teléfono: 2410-7279

auditoria@acosta.go.cr