

San José, 7 de marzo de 2017

AI-ADV-001-2017

Señor
Mario Antonio Álvarez Rosales
Director
Dirección Administrativa
Ministerio de Economía, Industria y Comercio

ASUNTO: Servicio preventivo de advertencia sobre pago de pluses salariales, verificación oportuna y adecuada de los requisitos legales de cada funcionario que goce de éstos.

Estimada señor:

Como parte de los servicios preventivos que presta esta Auditoría Interna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22, inciso d) de la Ley General de Control Interno, nos permitimos hacer de su conocimiento lo dispuesto por la Directriz-065-P del 23 de febrero del 2017, emitido por el señor Presidente de la República, en cuanto el pago de Pluses Salariales recibidos por el personal de cada institución, verificando la Administración que dicha erogación se ajuste a los requisitos legales correspondientes.

Asimismo, dispone tal directriz que en caso de detectar un incumplimiento o anomalía en la recepción de incentivos salariales, los jefes deberán iniciar de oficio con los procedimientos administrativos para la recuperación de las sumas pagadas en exceso, así como adoptar medidas internas necesarias para evitar que tales errores se repitan.

Por otra parte, y con el ánimo de coadyuvar a la Administración y a las Direcciones competentes para el caso que dispone la directriz de rito, se le aporta el oficio de Contraloría General de la República número CGR/DJ-314 del 10 de marzo del 2016 (3459), en donde en forma concreta señala a quién o quienes les toca el pago de prohibición, haciendo aclaraciones puntuales, y fundamentando ampliamente desde el punto jurídico, todo lo relativo al pago de prohibición, en ese sentido, se le adjunta a esta advertencia, dicho oficio, para la revisión por parte de esa Dirección, en lo que considere pertinente y de valor agregado, para la implementación de procesos de control y fiscalización en lo referente al tema de interés, no sin antes extraer algunos comentarios relevantes, que esta Auditoría Interna, considera oportuno destacar, y que están contemplados en lo dicho por Contraloría, a saber:

- 1) En primer orden, importa tener presente que la prohibición al ejercicio liberal de la profesión constituye una restricción impuesta legalmente a quienes ocupan determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación completa del servidor a las labores y responsabilidades públicas que le han sido encomendadas,

- evitando que su interacción con el ámbito privado ponga en riesgo su atención efectiva, merced al surgimiento de conflictos de intereses reales o potenciales
- 2) Desde el punto de vista de su contenido, debe tomarse en cuenta que la prohibición entraña una limitación a una libertad fundamental ya que impide el ejercicio de la profesión en el ámbito privado, **rasgo que se pierde de vista cuando se le toma como un mero incentivo económico o se intenta aplicar a cargos públicos sin fundamento legal alguno, pasando por alto la naturaleza restrictiva de la figura y que, tanto su interpretación como aplicación, deben darse en términos igualmente restrictivos.**
 - 3) Por implicar una limitación a una libertad fundamental, se tiene que la prohibición -y su respectiva compensación- corresponden a un régimen legal, de manera que **quien ocupe un cargo público tendrá prohibición sólo cuando una norma legal así lo establezca de manera expresa.**
 - 4) La aplicación de la prohibición dispuesta en el numeral 14 de la Ley N° 8422, contempla **tres presupuestos necesarios para que proceda el reconocimiento** y aplicación de dicho régimen, como **son el funcional, el académico y el profesional.**
 - 5) El primer presupuesto –requisito funcional- responde a un acto formal de nombramiento y desempeño efectivo de uno de los cargos alcanzados por prohibición a que refiere el artículo 14 citado. El segundo –académico- implica poseer un grado académico que acredite a la persona como profesional en determinada rama del conocimiento y, finalmente, el tercer requerimiento responde a la incorporación profesional respectiva, lo anterior en caso que dicha corporación exista y que la incorporación se exija como condición necesaria y suficiente para el ejercicio profesional.
 - 6) La compensación económica se da a favor de quienes están en posibilidad de ejercer una profesión de manera liberal, por lo que si el servidor respectivo no reúne los requisitos académicos universitarios y profesionales necesarios para ser considerado profesional y estar en capacidad de ejercer de manera privada los conocimientos adquiridos, no podrá ser acreedor a dicha compensación.
 - 7) Los requisitos son indispensables y concomitantes de cumplir para que el reconocimiento de prohibición resulte válido
 - 8) El reconocimiento improcedente de un beneficio salarial a quien no le corresponde, no solo atenta contra el fin público que persigue ese régimen, sino que además lesiona la Hacienda Pública al haberse desviado fondos públicos para gastos que carecen de un fundamento jurídico. (Esto puede generar responsabilidad para quién lo otorga sin corroborar el cumplimiento de requisitos, así como para quién lo recibe en forma indebida).
 - 9) Existen tres supuestos que eventualmente podrían cubrir la prohibición en el ejercicio de un cargo de “director” o de “subdirector”. Así, un primer caso, sería el de directores y subdirectores a nivel administrativo, un segundo supuesto sería el de los directores o subdirectores (jefes o encargados) de las proveedurías del sector público, y un último escenario estaría conformado por los directores y subdirectores generales de los órganos desconcentrados. De tal manera, que la normativa de marras no cubre a cualquier puesto de “dirección o subdirección” que se desempeñe en la Administración Pública, sino que por el contrario, únicamente se incluyen a aquellos puestos

relacionados con la función administrativa, de proveeduría o, de mayor jerarquía en el caso de los órganos desconcentrados. Ahora bien, resulta importante aclarar que una interpretación literal de lo dispuesto por artículo 14 de la Ley No. 8422 en cuanto a que: “No podrán ejercer profesiones liberales (...) así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público” podría llevar a confusión en cuanto al espíritu del legislador, por cuanto los directores y subdirectores de departamento están referidos exclusivamente a las proveedurías y no a cualquier otra dependencia.

- 10) El puesto de ‘director administrativo’ a que hace referencia el artículo 14 citado, debe interpretarse quienes ocupen los puestos de mayor jerarquía –director y subdirector o sus equivalentes–, pero relativos a la función administrativa, por lo que bajo esa tesis quedarían excluidos del régimen de prohibición quienes ostenten puestos de dirección o similares pero a nivel financiero, legal, de recurso humanos, etc., (salvo que les sea aplicable la prohibición en razón de otras leyes); pues a pesar de que podrían existir otros cargos a nivel de jefatura, en secciones o dependencias, que si bien no son en principio las encargadas de gestionar las labores administrativas del ente u órgano respectivo, sí ejercen de forma accesoria funciones administrativas, la norma no fue concebida para un alcance de tal magnitud. Lo anterior por cuanto, si el legislador en su momento consideró una serie de altos cargos públicos que por su propia naturaleza resultaban en principio vulnerables al surgimiento de conflictos de intereses entre la función pública y el ejercicio privado de la profesión, no cabría entender que la prohibición aplica también para todo aquel servidor público que ostente un cargo.
- 11) Únicamente cabría considerar sujeto a la prohibición **establecida por el artículo 14, en cuanto al “director administrativo” y al “subdirector administrativo” a quienes ocupen los puestos de mayor jerarquía, que tengan como principal misión, encargarse de las labores administrativas a nivel general de la entidad**, sin que pudiera extenderse el sentido de la norma a quienes ejerzan dicha función de forma accesoria (...).
- 12) Es importante recalcar que ha sido criterio reiterado del órgano fiscalizador de la Hacienda Pública que, por la vía de interpretación normativa, no es posible incluir otros puestos diferentes a los que expresamente establece el articulado, salvo que el cargo guarde identidad con las características, funciones, labores y responsabilidades inherentes a uno de los puestos incorporados en el listado taxativo del artículo 14 de la LCCEI, y que por aspectos propios de la nomenclatura utilizada por el ente u órgano tenga una denominación jurídica diferente.
- 13) Resulta importante advertir que el ordinal 14 de la Ley N° 8422 no prohíbe a los jefes de departamentos, áreas o procesos, ejercer libremente su profesión; regla cuya única excepción recae en los jefes -o titulares- de proveeduría. En efecto, los jefes de las proveedurías de toda la Administración Pública y de las empresas públicas están afectos a la prohibición del ejercicio liberal de la profesión. De acuerdo con el texto en el caso de las proveedurías la prohibición cubre a quienes ocupen los cargos de mayor jerarquía quedando excluidos el resto del personal de dicha proveeduría
- 14) Así las cosas, debemos destacar que cualquier otro puesto administrativo de jefatura, como podrían ser a nivel financiero, legal, de recursos humanos, etc. quedaría excluido

del régimen de prohibición establecido en el ordinal 14 de la Ley N° 8422 y del artículo 27 de su reglamento, toda vez, que tales puestos no están contemplados en la normativa señalada. **No obstante lo anterior, es importante dejar claro que es criterio de Contraloría General de la República, afirmar que son las autoridades de cada Administración, a quienes les corresponde, bajo su exclusiva y entera responsabilidad, determinar, en cada caso, cuáles de sus funcionarios se encuentran cubiertos o no por dicha restricción.**

- 15) Un funcionario con prohibición podría dedicarse a otro tipo de actividad privada fuera de su horario de trabajo, siempre que esa actividad comercial no involucre en modo alguno el ejercicio de las profesiones que posea, de tal suerte que si el funcionario en su tiempo libre ocupara algún otro tipo de empleo privado desempeñando labores técnicas, manuales, comerciales, etc., que nada tengan que ver con su grado profesional, igualmente se trataría de actividades personales privadas que el régimen de prohibición no podría impedirle realizar, en ejercicio de sus derechos fundamentales.
- 16) Cualquier actuación contraria a lo dispuesto por la Ley No.8422 sea corregida, ello evidentemente en apego a las garantías del debido proceso, al principio de inderogabilidad de los actos propios y en respeto a las posibles situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos que pudieran presentarse. En tal sentido, de haberse dado algún tipo de pago indebido, corresponde a las máximas autoridades, proceder con las acciones cobratorias que resulten necesarias, sujeto todo al control posterior de la Contraloría General
- 17) Queda claro que es responsabilidad de la administración activa definir y tomar las acciones que correspondan para recuperar los dineros pagados por concepto de prohibición en forma irregular, para lo cual se garantiza al investigado el respeto al debido proceso y al principio de inderogabilidad de los actos propios.
- 18) Corresponderá al órgano decisor en sede administrativa o a los Tribunales de Justicia en caso que se opte por esta otra sede, determinar en cada caso concreto, la existencia o no de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, previo otorgamiento del debido proceso y el derecho defensa a la persona que se vea afectada con la decisión final.
- 19) Determinar cuáles son los servidores alcanzados por el régimen de prohibición a que hemos hecho alusión líneas atrás, es un aspecto que compete y es responsabilidad exclusiva de cada Administración, de cara a un ejercicio que implica tener por acreditado que los funcionarios respectivos cumplen los requisitos funcionales, académicos y profesionales que correspondan según el caso, pues de lo contrario aquellos pagos por concepto de prohibición que lleguen a darse de manera irregular podrían generar responsabilidad administrativa e incluso penal.

Así las cosas, es prudente advertir a la Administración la importancia de que ajuste sus actividades, actos y contratos, presentes y futuros, a los requerimientos de ley y las formas y formalidades que ésta autoriza, toda vez, que los funcionarios públicos, somos simples depositarios de la autoridad, estando obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en esta.

Por lo anteriormente expuesto y en cumplimiento de nuestras funciones de asesoría y advertencia superior, manifestamos nuestra preocupación por la exposición al riesgo que representa no tomar las acciones que correspondan para revisar las actuales y futuras erogaciones de estos rubros.

Para concluir, no omitimos indicar el deber que le asiste a esa Dirección, de implementar acciones correctivas sobre situaciones o debilidades que ponga en su conocimiento la Auditoría Interna y evitar que pudiera afectarse la Hacienda Pública.

Por último recalcamos que el servicio de carácter preventivo que se proporciona mediante este documento es de carácter preventivo y constructivo, orientado a apoyar la gestión en apego al deber de probidad, ordenamiento jurídico y técnico, sanas prácticas y al sistema de control interno. Además, es una forma en que la Auditoría Interna agrega valor, para el logro de los objetivos del sistema en el cumplimiento del marco normativo y protección del erario público.

Agradecemos, que de las acciones que se dispongan por esa Dirección, respecto al presente documento, remita copia a esta Auditoría Interna para efectos de nuestro seguimiento.

Dejándolo informado, para la toma de decisiones, se suscribe.

Atentamente,

LUIS ARAYA CARRANZA, CPA
AUDITOR INTERNO

C: Señora Giannina Dinarte Romero – Ministra
Archivo

Adjunto: CGR/DJ-314 (Oficio N° 3459) del 10 de marzo de 2016