



DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN OPERATIVA Y EVALUATIVA
ÁREA DE SECRETARÍA TÉCNICA

Al contestar refiérase
al oficio No. **11051**

16 de octubre, 2014
DFOE-ST-0051

Señor
Harry James Maynard Fernández
Auditor Interno
MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA

Estimado señor:

ASUNTO: Sobre la participación de funcionarios de la auditoría interna como representantes de la seccional de la ANEP-MEP.

Damos respuesta a la consulta que usted plantea mediante oficio AI-1021-14, de fecha 1 de septiembre de 2014, en el cual expresamente solicita "criterio legal sobre el posible conflicto de intereses que puede presentarse cuando un funcionario de la auditoría interna es integrante de la seccional ANEP-MEP".

I. MOTIVO DE LA GESTIÓN

El citado oficio presenta inicialmente un recuento de las normas de la Ley General de Control Interno (LGCI, N.º 8292) sobre las que se sostiene la competencia, funciones y deberes relativos al ejercicio de la función de auditoría interna. Puntualmente, hace referencia al principio de independencia y objetividad con el que debe desarrollarse la función de auditoría, el deber de guardar confidencialidad de la información que se utilice, la potestad de libre acceso a la información para efectos del desempeño de las atribuciones y las prohibiciones que dispone el numeral 34 de la mencionada ley.

De seguido hace referencia a la figura de los sindicatos, sobre la cual indica que son grupos de intereses que defienden intereses gremiales de sus afiliados y que en tanto en el sector público el Estado funge como patrono "por definición la relación es de confrontación". Agrega que debe considerarse que el ámbito de las luchas de los sindicatos ya no están referidas únicamente a las luchas tradicionales sino que se han ampliado a temas de política pública, corrupción y otros.

Con base en lo anterior, afirma que surge la preocupación de si podría considerarse que exista conflicto de intereses cuando un funcionario de la auditoría interna se desempeña al mismo tiempo como representante sindical. Solicita al respecto el criterio del órgano contralor.

II. CRITERIO DEL ÁREA

Es pertinente señalar, en primera instancia, que en el ejercicio de la potestad consultiva atribuida a la Contraloría General de la República (CGR) mediante el artículo 29 de su Ley

Orgánica (Ley N.º 7428 del 4 de setiembre de 1994), actualmente regulada en el Reglamento sobre la Recepción y Atención de consultas dirigidas a la CGR, resolución N.º R-DC-197-2011 del 13 de diciembre de 2011, publicado en La Gaceta N.º 244 del 20 de diciembre de 2011, este órgano contralor no puede referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la administración respectiva.

En virtud de lo anterior, debe advertirse que el criterio que ahora pasamos a rendir, se emite en términos generales y será el funcionario correspondiente y la propia administración activa quienes deban analizar el caso concreto y determinar los cursos de acción que corresponda según sus competencias, todo de conformidad con el ordenamiento jurídico.

A. Sobre la libertad de sindicalización

Nuestra Constitución Política en su numeral 25 consagra, de modo general, la libertad de asociación para fines lícitos y, adicionalmente, en el numeral 60 pero de manera más puntual, reconoce y garantiza una de sus manifestaciones denominada libertad sindical, disposición a favor de trabajadores y patronos que les brinda la posibilidad de unirse con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales.

De tal relevancia resultan los derechos bajo mención que múltiples instrumentos internacionales se han ocupado de su reconocimiento y protección, tal es el caso por ejemplo de los artículos 22 tanto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de sindicalización. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo ha reconocido la libertad sindical en sus Convenios N.º 87 y 98, el primero relativo a la Libertad Sindical y al Derecho de Sindicación y el segundo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, incorporado al ordenamiento jurídico nacional mediante Ley N.º 2561 del 11 de mayo de 1960.

A raíz de la protección nacional e internacional mencionada, ambas libertades se han considerado como derechos humanos y fundamentales, en tal sentido y a modo de ejemplo ha afirmado la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia que *"El derecho de asociación, en el tanto constituye un derecho humano y un pilar de la democracia, ha sido tutelado expresamente por distintos instrumentos internacionales, así como por el artículo 25 de la Constitución Política. Ese derecho fundamental, en materia laboral, contiene una tutela específica, que les garantiza a los trabajadores y a los patronos su derecho a sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y de conservar beneficios económicos, sociales o profesionales (artículo 60 de la Constitución Política)"*¹

Por su parte, la Sala Constitucional al referirse a la libertad sindical ha detallado su contenido manifestando que *"tal derecho –considerado por ende como una libertad individual y colectiva– se integra tanto por la facultad que poseen los trabadores (sic) de constituir una organización gremial, como para adherirse a ella."*²

¹ Resolución número 2001-00177 de las nueve horas treinta minutos del veintidós de marzo del dos mil uno.

² Voto 13126-2011 de las diecisiete horas y cero minutos del veintisiete de setiembre del dos mil once.

DFOE-ST-0051

3

16 de octubre, 2014

Para definir dichas organizaciones gremiales la Procuraduría General de la República (PGR) ha indicado que el *"sindicato constituye el grupo de personas –trabajadores, patronos, profesionales o quienes detentan un oficio- que tienen como finalidad última representar los intereses de un sector determinado, dentro del ámbito laboral."*³

Por su parte, la CGR se ha manifestado sobre el derecho a la libertad sindical en diferentes oficios, tal es el caso por ejemplo del oficio 7903 (DAGJ-0912-2011) del 22 de agosto de 2011, en el que se indicó -de relevancia para el presente asunto- lo siguiente:

"La libertad sindical, en su vertiente individual, es un concepto complejo, compuesto por un haz de derechos concretos, que según Bolaños Céspedes² es de contenido cuádruple: "a) la libertad de constituir organizaciones sindicales; b) la libertad de ingresar a una organización sindical; c) la libertad de dejar de pertenecer a una organización sindical; y d) la libertad de participación democrática del afiliado dentro de su respectivo sindicato", todos los cuales son indispensables para el normal desarrollo de la actividad sindical.

Por su parte, el mencionado Convenio no. 87 de la OIT en su artículo 2 establece que la libertad sindical debe ser ejercida "sin ninguna distinción", lo que incluye a los empleados al servicio del Estado y sus instituciones, aún y cuando el artículo 1 del Convenio No.151 de la OIT sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública, admite que la legislación nacional exceptúe de sus disposiciones a los empleados públicos "de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos a los empleados, cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial", lo que admite restricciones calificadas a nivel interno de los Estados respecto del ámbito de aplicación subjetiva de la norma.

De conformidad con lo antes expuesto, los funcionarios de la auditoría cuya situación se consulta, tienen como parte de sus derechos fundamentales el de libertad sindical, el cual como se indicó líneas atrás, incluye el de pertenecer a ese tipo de organizaciones de trabajadores."

Por lo que no existe duda alguna de la protección, reconocimiento e importancia que nuestro ordenamiento ha otorgado al derecho del que gozan patronos y trabajadores, tanto para ejercer su derecho a la libertad sindical uniéndose o creando estas agrupaciones gremiales, como para defender sus intereses y derechos laborales mediante dichos grupos. Dentro de la categoría de trabajadores, se encuentran comprendidos aquellos que laboran para las auditorías internas de las instituciones del sector público, quienes por tanto gozan del mencionado derecho fundamental, sin perjuicio de las excepciones derivadas de la legislación nacional.

B. Sobre la función de auditoría interna

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 8 de la LGCI, el sistema de control interno consiste en las acciones diseñadas y ejecutadas por la administración activa, para dar seguridad en la protección y conservación del patrimonio público, en la confiabilidad y oportunidad de la información, la eficiencia y eficacia de las operaciones así como el cumplimiento del ordenamiento jurídico y técnico.

³ Procuraduría General de la República en dictámen C-112-2012 del 11 de mayo de 2012

La auditoría interna por su parte, se constituye en uno de los componente orgánicos de dicho sistema de control interno y su función se define como la actividad independiente, objetiva y asesora, que proporciona seguridad al ente u órgano, puesto que se crea para validar y mejorar sus operaciones, de conformidad con los artículos 9 y 21 de la ley bajo mención.

Ahora bien, para efectos del adecuado ejercicio de la función de auditoría y en vista de su alta relevancia para asegurar el buen desempeño del sistema, el legislador dispuso a cargo de los funcionarios de la auditoría interna el deber de ejercer sus atribuciones con total independencia funcional y de criterio respecto del jerarca y de los demás órganos de la administración activa (artículo 25 de la LGCI).

El cumplimiento de dicho principio de independencia y objetividad se refuerza mediante las disposiciones contenidas en la normativa técnica que el órgano contralor ha emitido para regular el ejercicio de la auditoría en el sector público y de la auditoría interna de modo particular.

Así, el numeral 104 de las Normas Generales de Auditoría para el Sector Público⁴ dispone el deber que recae sobre el personal que ejecuta el proceso de auditoría, de mantener y mostrar una actitud de criterio independiente en el desarrollo de su trabajo, y actuar de manera objetiva, profesional e imparcial, en los hechos y en la apariencia.

En ese mismo manual técnico, la norma 105 que regula los impedimentos a la independencia y objetividad, es de suma importancia para los efectos de la presente consulta, ya que evidencia la concurrencia de responsabilidades tanto del jerarca como del personal que ejecuta las auditorías en el cumplimiento del principio de independencia y objetividad.

En ese sentido la norma mencionada obliga a la organización a contar con políticas y directrices que permitan prevenir y detectar situaciones internas o externas que comprometan la independencia y la objetividad del personal que realiza el proceso de auditoría en el sector público pero, adicionalmente, refuerza la responsabilidad del sujeto que realiza la auditoría al indicar que éste es responsable de informar a la instancia competente cualquier impedimento que pueda tener que afecte su independencia y objetividad, para que se tomen las medidas correspondientes; además, se deberá abstener de tratar asuntos relacionados con esa situación.

Adicionalmente, la disposición 1.1.3 de las Normas para el ejercicio de la auditoría interna en el Sector Público⁵, también emitidas por la CGR, reitera que los servicios que presta la auditoría interna deben ser ejercidos con independencia funcional y de criterio, conforme a sus competencias.

⁴ Aprobado mediante Resolución del Despacho de la Contralora General de la República, Nro R-CO-94-2006 del 17 de noviembre, 2006. Publicado en La Gaceta Nro. 236 del 8 de diciembre, 2006

⁵ Aprobado mediante resolución del Despacho de la Contralora General de la República, Nro. R-DC-119-2009.— Despacho Contralor.—Contraloría General de la República.—San José, a las trece horas del dieciséis de diciembre de dos mil nueve. Publicado en La Gaceta

Las múltiples regulaciones para proteger y asegurar el cumplimiento del principio de objetividad e independencia en el ejercicio de las competencias de la auditoría interna es coherente con la relevancia que esa función tiene dentro del sistema de control interno. En efecto, dicho sistema es indispensable para el desempeño adecuado de las funciones y actividades de cada institución, y la auditoría interna por su parte tiene por disposición legal la obligación de contribuir a que se alcancen los objetivos institucionales, para ello no puede admitirse que se ponga en riesgo el ejercicio independiente y objetivo de su función.

C. Sobre la participación de los funcionarios de la auditoría interna como representantes sindicales

De lo dicho hasta este punto, es posible afirmar que se reconoce a favor de los trabajadores y patronos, incluidos los funcionarios de las auditorías internas, el derecho fundamental a la libertad de asociación y, como materialización de ésta, el derecho fundamental a la libertad de sindicalización.

Adicionalmente, se indicó que los instrumentos internacionales de protección de dicho derecho reconocen la posibilidad de que del derecho interno de cada país se deriven excepciones al ejercicio del derecho a la libertad sindical.

Según lo desarrollado en el punto anterior, se identificó el principio de independencia y objetividad como el pilar sobre el que se sostiene el ejercicio de la función de auditoría interna que, a su vez, se presenta como uno de los componentes indispensables que aseguran el funcionamiento del sistema de control interno.

Según se desarrolló, el principio mencionado no se limita a fungir como una línea orientadora en el actuar de las auditorías internas, sino que se consagra a nivel legal y a nivel técnico como un deber ineludible a cargo de los funcionarios de la auditoría interna y de las propias organizaciones a las que estos pertenecen.

Es por lo anterior que el principio de independencia y objetividad, se convierte en un parámetro de obligatorio acatamiento para los funcionarios de las auditorías internas, al momento de ejercer su derecho a la libre sindicalización, en tanto les impone una obligación de abstenerse de participar en actividades a lo interno de los sindicatos que pueda lesionar o al menos poner en riesgo el cumplimiento de dicho principio y del deber de ejercer la función de auditoría interna con objetividad e independencia.

En efecto, si se toma en consideración que de conformidad con la LGCI las competencias de la auditoría interna incluyen el control de las operaciones y actividades de la Institución a la que pertenece, y que dentro de ese margen se incorporan aquellas operaciones y actividades que la institución realice en virtud de la relación que la liga con el o los sindicatos correspondientes, es posible concluir que puedan presentarse situaciones donde el funcionario de la auditoría se enfrente a un conflicto de intereses o a una eventual lesión al principio que se viene mencionando.

Lo anterior toma mucho mayor relevancia si se piensa en un funcionario de la auditoría interna que se desempeña al mismo tiempo como representante sindical. Dicha figura goza de

DFOE-ST-0051

6

16 de octubre, 2014

una serie de prerrogativas según las disposiciones contenidas en la Ley N.º 5968 que a su vez ratifica el Convenio N.º 135 de la Organización Internacional del Trabajo denominado "Protección y Facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la Empresa".

Estas protecciones se aseguran en virtud del papel que desempeña el representante dentro de las relaciones con el patrono y la respectiva defensa de los intereses de los trabajadores: dichas protecciones van desde aseguramiento de espacios para la participación en actividades propias de la función de representante hasta restricciones al patrono para efectos del despido de trabajadores que ostenten esta categoría.

Ante tal panorama es aún más clara la posibilidad de que un funcionario de la auditoría interna que sea su vez representante sindical pueda por esa doble condición colocarse en situaciones que pongan en riesgo el principio de independencia y objetividad al que se ha hecho mención.

La CGR⁶ se ha manifestado respecto de dicha situación en los siguientes términos, luego de aceptar el reconocimiento del derecho de libertad sindical a favor de los trabajadores de las auditorías internas:

"Lo anterior, sin perjuicio del acatamiento de los principios genéricos de transparencia y buena fe que deben observar todos los funcionarios públicos y aún más los de la auditoría interna en el ejercicio de sus funciones de fiscalización y control. Por ello, independientemente de la existencia de un régimen de prohibición, dichos servidores deben abstenerse de ejercer actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público."

Por lo anterior, y sin perjuicio del reconocimiento del derecho que les asiste a los funcionarios de la auditoría interna, es criterio de la CGR que, de frente al ejercicio de la libertad sindical, el ordenamiento impone a cargo del funcionario de auditoría la obligación de verificar en cada caso que su condición de sujeto asociado a un sindicato o su condición de representante sindical no comprometan o pongan en riesgo su deber de independencia y objetividad dispuesto por el ordenamiento jurídico nacional.

Adicionalmente, en razón de lo dispuesto por el numeral 10 de la LGCI, la administración activa, específicamente su jerarca y titulares subordinados, deberán asegurar el cumplimiento del mencionado principio por parte de los funcionarios de la auditoría interna, en virtud de su responsabilidad sobre el buen funcionamiento del sistema de control interno.

III. CONCLUSIONES

1. La libertad de sindicalización se reconoce a nivel nacional e internacional como un derecho humano y fundamental del que gozan los patronos y trabajadores.

⁶ Ver a modo de referencia los oficios No. 07903 (DJ-0912-2011) del 22 de agosto de 2011 y 08354 (DFOE-DL-0756) del 16 de agosto, 2012

DFOE-ST-0051

7

16 de octubre, 2014

2. Los instrumentos internacionales reconocen la posibilidad de que el ordenamiento jurídico interno de cada Estado pueda establecer excepciones al ejercicio de la libertad de sindicalización.
3. Los funcionarios de la auditoría interna, en su calidad de trabajadores, gozan también del reconocimiento de las libertades de asociación y de sindicalización como un derecho fundamental a su favor.
4. La auditoría interna, desde un punto de vista orgánico se constituye en uno de los componentes básicos del sistema de control interno, y desde un punto de vista funcional se define como la actividad que proporciona al ente u órgano seguridad en virtud de la validación y mejora de sus operaciones y la contribución que brinda a la realización de los objetivos institucionales.
5. Por disposición de la LGCI y en virtud del desarrollo que ha realizado la CGR por medio de la normativa técnica que ha emitido en la materia, el ejercicio de la auditoría interna debe regirse por el principio de independencia y objetividad que se constituye a su vez como un deber a cargo del funcionario de la auditoría y de la administración activa, en cabeza del jerarca y titulares subordinados.
6. Al ejercer su derecho a la libertad sindical, un funcionario de la auditoría interna está obligado a verificar, en cada caso, que su condición de sujeto asociado a un sindicato o su condición de representante sindical no comprometan o pongan en riesgo su deber de independencia y objetividad dispuesto por el ordenamiento jurídico nacional.
7. El jerarca y los titulares subordinados, en su calidad de responsables del buen funcionamiento del sistema de control interno, están obligados a asegurarse de que los funcionarios de la auditoría interna no violenten o pongan en riesgo el principio de independencia y objetividad.

De esta forma dejamos evacuada su consulta.

Atentamente,


Daniel Sáenz Quesada
GERENTE DE ÁREA




Falon Stephany Arias Calero
FISCALIZADORA

FSAC/DSQ/kpv

NI: 20846-2014
GP: 2014002472
Ce: Expediente
Ci: Archivo Central