

**Al contestar refiérase
al oficio N° 17732**

3 de diciembre, 2015
DFOE-PG-0511

Licenciada
Loreley Solano Salas
Inspectora Judicial Instructora
TRIBUNAL DE LA INSPECCIÓN JUDICIAL
CORREO: lsolanosa@poder-judicial.go.cr

Estimada señora:

Asunto: Emisión de criterio sobre la aplicación del artículo 24 de la Ley General de Control Interno en un procedimiento disciplinario del Tribunal de la Inspección Judicial.

Se procede a dar respuesta a su consulta efectuada por correo electrónico, mediante nota sin número de oficio de fecha 21 de octubre de 2015, en el que solicita el criterio de la Contraloría General sobre la aplicación del artículo 24 de la Ley General de Control Interno en un procedimiento disciplinario del Tribunal de la Inspección Judicial.

I. MOTIVO DE LA GESTIÓN

La consulta se dirige a que se aclare si el Tribunal de la Inspección Judicial del Poder Judicial, de previo al dictado de una sanción disciplinaria a un funcionario que se desempeña como Auditor de Tecnología e Información en la Auditoría Judicial, debe consultar al Auditor Interno esa decisión, tomando en consideración que el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley General de Control Interno, Ley Nro. 8292, establece que el nombramiento, traslado, la suspensión, remoción, concesión de licencias y demás movimientos de personal deberán contar con la autorización del auditor interno.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En primer término, se señala que el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se encuentra regulada en el artículo 29 de la Ley Orgánica (Ley N.º 7428 del 4 de setiembre de 1994) y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (Resolución n.º R-DC-197-2011), publicado en el Diario Oficial La Gaceta n.º 244 del 20 de diciembre de 2011.

Según lo dispuesto en la normativa citada, el Órgano Contralor emite criterios vinculantes en el ámbito de su competencia, cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- a) 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.
- b) Cuando la consulta la hayan planteado los sujetos pasivos de fiscalización de la Contraloría General, según definición presente en el artículo 4 de la Ley Nro. 7428. Deben entenderse incluidos el auditor y subauditor interno de las instituciones públicas.

Ahora bien, por cumplir la presente consulta con los criterios anteriores, procede formular las siguientes consideraciones y observaciones, mediante la emisión del 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 finalmente tomar las decisiones que considere más ajustadas a derecho.

III. CRITERIO DEL ÓRGANO CONTRALOR

a) Sobre el Tribunal de la Inspección Judicial y la Ley General de Control Interno

El artículo primero de la Ley General de Control Interno (LGCI), define quiénes están sujetos a su ámbito de aplicación, en este sentido indica:

“Artículo 1º-Contenido y ámbito de aplicación. Esta Ley establece los criterios mínimos que deberán observar la Contraloría General de la República y los entes u órganos sujetos a su fiscalización, en el establecimiento, funcionamiento, mantenimiento, perfeccionamiento y evaluación de sus sistemas de control interno.”

Debe determinarse, en consecuencia, si el ámbito de aplicación de la LGCI engloba a dicho Tribunal. La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), Ley Nro. 7333, es el marco legal de referencia que regula la estructura organizativa de ese Poder de la República.

El Tribunal de la Inspección Judicial es un órgano dependiente del Consejo Superior del Poder Judicial de conformidad con el artículo 84 de la LOPJ, y la Auditoría del Poder Judicial depende del Consejo, según el artículo 89. De esta forma, tenemos que el Tribunal de la Inspección Judicial forma parte del Poder Judicial y, en consecuencia está sometido a las regulaciones del ordenamiento jurídico costarricense, en los términos indicados por el artículo 154 de la Constitución Política y artículo 2 de la LOPJ, que establecen de consuno que el Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la Ley. En consecuencia está sometido a las regulaciones de la Ley General de Control Interno, Nro. 8292.

Al ser el Poder Judicial un órgano fundamental del Estado, está sujeto a las normas de fiscalización en el establecimiento, funcionamiento, perfeccionamiento y evaluación de sus sistemas de control interno, en donde se incluye todo lo referente al concepto de dependencia orgánica y regulaciones administrativas aplicables al auditor y subauditor internos.

b) Análisis sobre los alcances del artículo 24 de la LGCI en relación con la potestad disciplinaria del Tribunal de la Inspección Judicial

La Contraloría General de la República, referente al artículo 24 de la LGCI indicó que¹ el artículo 24 de la LGCI determina criterios para la gestión de las regulaciones administrativas aplicables al auditor y subauditor internos de las entidades sujetas a la LGCI, así como para la aplicación de movimientos del personal de la auditoría interna y el análisis de situaciones en las cuales las regulaciones administrativas aplicables a éste puedan afectar negativamente el desarrollo de la actividad de auditoría interna.

La norma en mención fue planteada por el legislador buscando un modelo de organización para los dos componentes orgánicos del sistema de control interno institucional, el cual se conforma por el jerarca y los titulares subordinados como parte del primero de esos componentes, y por otro lado la auditoría como apoyo a la administración en los esfuerzos para fortalecer dicho sistema y asegurar razonablemente el logro de los objetivos institucionales.

En ese sentido, el artículo 24 de cita, por un lado recoge la condición jerárquica del auditor y subauditor internos respecto del jerarca, quien los nombra y determina las regulaciones administrativas que les resultan de aplicación; y por otro lado impone la obligación del jerarca de no afectar negativamente la actividad de auditoría interna, la independencia funcional y de criterio del auditor y el subauditor interno y su personal en la implementación de las regulaciones y decisiones que se instauren en cada institución; las cuales deben ser propicias para el desarrollo de la actividad independiente, objetiva y asesora de la auditoría².

Para el aseguramiento de la protección de la función de auditoría interna, el legislador reguló un mecanismo particular que crea un fuero de protección a favor de los funcionarios de dicha unidad, que consiste en imponer la obligación al jerarca de obtener una autorización particular por parte del auditor interno de previo -entre otros supuestos- al ejercicio de su potestad disciplinaria. La regla general de que dicha competencia se ejerce de manera unilateral por parte de quien ostente el cargo de jerarca, se rompe en el caso de funcionarios de auditoría interna para implementar un requisito de validez, obligatorio para la emisión del acto final en un procedimiento administrativo cuando éste vaya a imponer las sanciones de "suspensión" o "remoción" de alguno de dichos funcionarios.

Ahora bien, como hemos indicado, el Tribunal de la Inspección Judicial depende del Consejo Superior (artículo 84 LOPJ), a quien corresponde ejercer la administración y disciplina del Poder Judicial (artículo 67 LOPJ). Como parte de esa dependencia, el Tribunal tiene potestades sancionatorias de naturaleza disciplinaria sobre los funcionarios del Poder Judicial, entendida aquellas como *"potestades de signo auténticamente represivo, que se ejercitan a partir de una vulneración o perturbación de reglas preestablecidas"*³.

¹Ver oficio Nro. 04495 (DFOE-ST-0015) de 7 de mayo de 2014. Contraloría General de la República.

²Oficio No. 08176 (DFOE-ST-0037) de 11 de junio de 2015. Contraloría General de la República.

³CANO CAMPOS (Tomás). Derecho Administrativo Sancionador, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, No. 43, enero-abril de 1995, p. 339.

Este ejercicio sancionatorio o disciplinario como potestad administrativa, es una competencia previamente determinada por el ordenamiento jurídico a cargo del Tribunal de la Inspección Judicial, que tiene como función mantener el cumplimiento fiel de los deberes que corresponden al funcionario público.

La potestad disciplinaria está referida al vínculo de servicio existente, llamada también como potestad de autoprotección o autotutela, ya que busca proteger la organización y orden administrativo a lo interno de cada institución, atinente al régimen de empleo y los servicios públicos. La Sala Constitucional ha indicado que *“la potestad disciplinaria tiene como objeto exclusivo sancionar las violaciones de los agentes públicos a sus deberes jurídicos funcionales, siendo que el contenido de las normas que la regulan constituye derecho penal disciplinario”*⁴.

En conclusión, el ordenamiento jurídico ha otorgado al Tribunal de la Inspección Judicial la potestad disciplinaria de los funcionarios del Poder Judicial, en lo relativo a las actividades del individuo en su carácter de agente o funcionario público, para asegurar, preventiva y represivamente, el cumplimiento de los deberes jurídicos del empleo, de la función o del cargo⁵.

Visto lo anterior, conviene preguntarse si la competencia de sanción disciplinaria del Tribunal sobre funcionarios de la auditoría interna debe contener, de previo a la imposición de la sanción en la etapa final de un procedimiento administrativo, la autorización del auditor interno del Poder Judicial. Al respecto, al analizar las conductas recogidas por el párrafo segundo del artículo 24 de la LGCI, se tiene que en los casos de “nombramiento”, “traslado”, “suspensión”, “remoción”, “concesión de licencias” y “demás movimientos de personal”, deberá contarse con la autorización del auditor interno.

Por otra parte, las *“Directrices sobre las Regulaciones Administrativas aplicables a los Funcionarios de las Auditorías Internas del Sector Público”* de la Contraloría General de la República, Resolución D-2-2015-DC-DFOE (publicada en La Gaceta N.º 155 de 11 de agosto de 2015), indican: ***“2.5 Autorización del Auditor Interno para la ejecución de movimientos y la aplicación de sanciones al personal de la Auditoría Interna: En el caso de los funcionarios de la Auditoría Interna distintos del Auditor y el Subauditor Internos, su nombramiento, traslado, suspensión, remoción, concesión de licencias y demás movimientos de personal, deberán contar con la autorización del Auditor Interno. El jerarca necesariamente deberá requerir, obtener y observar esa autorización como requisito de validez antes de la emisión del acto administrativo definitivo, por lo cual, el jerarca no podrá emitir el acto, sin contar con el criterio favorable del Auditor Interno.”***

Como se desprende de la Ley General de Control Interno y de las Directrices antes señaladas, sí resulta necesario y exigible como requisito de validez del acto administrativo que implique sanción o movimiento de personal de la Auditoría, contar con la autorización previa del Auditor Interno.

⁴Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución Nro. 1265-95 de las 15:36 horas del 7 de marzo de 1995.

⁵Dictamen Nro. C-159-2000 de 20 de julio del 2000. Procuraduría General de la República.

c) Sobre la especial ubicación del Auditor Interno en la estructura organizativa de la entidad pública

Mediante oficio N° 04330 (DAGJ-0564-2006) del 24 de marzo de 2006, la División Jurídica de la Contraloría General de la República, estableció un análisis sobre cuál es la especial ubicación de la Auditoría Interna en la estructura organizativa de una entidad pública.

Sobre ese punto advirtió que, un elemento común a las garantías de imparcialidad y objetividad en la función de la auditoría, es la exigencia de que la unidad de auditoría interna posea un nivel jerárquico dentro de la organización respectiva, lo suficientemente elevado de modo que tal status le permita mantener una relación apropiada con instancias de alto nivel, y así asegurar el apoyo y la cooperación que a las mismas les corresponde dispensar a fin de que las responsabilidades que ejerce una auditoría interna puedan tener éxito en beneficio de los objetivos de la organización.

Lo anterior, porque además el cargo de auditor interno corresponderá al máximo nivel de competencia, responsabilidad y autoridad de la auditoría interna. Por ende, las funciones que le son connaturales tienen características de orden sustantivo y estratégico, en el diseño, implementación, dirección, evaluación y mejora constante de la calidad de los procesos, procedimientos, productos y servicios que corresponden a esa unidad. El auditor interno responderá por su gestión ante el jerarca y, en lo conducente, ante la Contraloría General de la República, y realiza sus funciones con independencia funcional y de criterio.

Es importante señalar que mediante el oficio N° 12349, del 30 de octubre de 2003, la Contraloría General señaló lo siguiente:

“Como parte de las condiciones fundamentales para el ejercicio de la auditoría interna, se estipula legal, técnica y doctrinariamente la independencia funcional y de criterio, lo cual entre otros, se prevé con lo dispuesto en el citado artículo 24. La independencia funcional, en términos generales, se refiere a la posibilidad de cumplir los fines de la auditoría, sin que se den situaciones o restricciones que ubiquen al auditor y demás funcionarios de esa unidad en una relación de subordinación, de dependencia o similar, con respecto a alguno de los órganos sujetos a su fiscalización. Por otra parte, la independencia de criterio está referida a la independencia mental, a la objetividad e imparcialidad, con que se debe ejercer la actividad de auditoría interna. La afectación en la independencia funcional, entre otros, puede incidir directamente en la de criterio, pues se propicia la existencia de circunstancias que menoscaban o comprometen dicha objetividad y, en consecuencia, el cabal cumplimiento de sus fines.”

Igualmente, sobre este punto, mediante el oficio N° 11503-04 el Órgano Contralor señaló que:

“... la LGCI tiene diversas disposiciones de las que claramente se deduce la independencia del auditor, traducida en su libertad para proponer medidas correctivas, hacer advertencias, planificar su trabajo, organizar su unidad, autorizar los movimientos de su personal, acceder a la información administrativa, solicitar la colaboración a funcionarios de cualquier nivel

jerárquico o para plantear ante la Contraloría General, mediante el recurso del conflicto, su inconformidad con lo que resuelva el jerarca en relación con sus recomendaciones. Muy lejos está inferir que el jerarca de la institución tenga la potestad de dar órdenes, instrucciones y circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del auditor. Esta sola potestad de un superior respecto del inferior, sería suficiente para anular la posibilidad de que el auditor actuara con total independencia funcional y de criterio en el ejercicio de sus competencias, ni qué decir de las demás potestades del jerarca que invoca el citado artículo 102 de la LGAP. Por tanto, la dependencia orgánica que establece la LGCI entre el jerarca del ente u órgano y el auditor interno, no implica la relación de subordinación que en estricto sentido dispone la LGAP, ya que tiene un límite claramente demarcado por la independencia funcional y de criterio que establece aquella Ley para todos los funcionarios de la auditoría interna.”.

Asimismo, y atinente al caso de la presente consulta, mediante oficio N° 00138 del 8 de enero del 2004 la Contraloría General de la República indicó que:

“Es claro que el auditor, como jefe de unidad, debe tener conocimiento de las gestiones y acciones que se están realizando en la institución que tengan como consecuencia posibles movimientos de su personal, porque esos movimientos podrían tener un efecto directo en la productividad y eficacia del trabajo, de cuyos resultados es responsable, y como administrador de la auditoría interna tiene que tomar las previsiones necesarias para habérselas con las posibles dificultades que se puedan presentar.”⁶

Por lo analizado previamente, admitir que una sanción administrativa sobre personal de la auditoría interna que implique suspensión o remoción, pueda aplicarse sin la autorización previa del auditor interno, devendría en un ilegítimo detrimento del diseño que le es consustancial a la función de la auditoría interna en una organización y lesionaría las debidas garantías de imparcialidad y objetividad propias de sus delicadas funciones en materia de control.

IV. CONCLUSIONES

1) El Poder Judicial es un órgano fundamental del Estado y está dentro del ámbito de aplicación de la LGCI. Por tanto, al formar parte el Tribunal de la Inspección Judicial del Poder Judicial, de conformidad con el artículo 84 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también es sujeto de aplicación de la LGCI.

⁶En igual sentido ver oficios Nro 00138 (DI-CR-005) de 8 de enero de 2004; Nro. 407 (FOE-PGA-14) de 22 de enero de 2007 y Nro. 01238 (DI-CR-066) de 9 de febrero de 2004.

2) El artículo 24 de la Ley General de Control Interno, determina criterios para la gestión de las regulaciones administrativas aplicables al auditor y subauditor internos de las entidades sujetas a la LGCI, así como para la aplicación de movimientos del personal de la auditoría interna y el análisis de situaciones en las cuales las regulaciones administrativas aplicables a éste puedan afectar negativamente el desarrollo de la actividad de auditoría interna.

3) El ordenamiento jurídico ha otorgado al Tribunal de la Inspección Judicial la potestad disciplinaria de los funcionarios del Poder Judicial, en lo relativo a las actividades del individuo en su carácter de agente o funcionario público, para asegurar, preventiva y represivamente, el cumplimiento de los deberes jurídicos del empleo, de la función o del cargo.

4) De conformidad con el artículo 24 de la Ley General de Control Interno Nro. 8292, así como de las *"Directrices sobre las Regulaciones Administrativas aplicable a los Funcionarios de las Auditorías Internas del Sector Público"* de la Contraloría General de la República, Resolución D-2-2015-DC-DFOE; en los casos de sanción al personal de la Auditoría que implique suspensión o remoción, el jerarca necesariamente deberá requerir, obtener y observar la autorización del auditor interno como requisito de validez antes de la emisión del acto administrativo definitivo, por lo cual, el jerarca no podrá emitir el acto, sin contar con el criterio favorable del Auditor Interno.

5) Sí es necesario y exigible, como requisito de validez del acto administrativo que implique sanción o movimiento de personal de la Auditoría, contar con la autorización previa del Auditor Interno.

Atentamente,



Lic. José Luis Alvarado Vargas
GERENTE DE ÁREA

Licda. Marjorie Gómez Chavez
ASISTENTE TÉCNICO

Lic. Pablo Pacheco Soto
FISCALIZADOR

/ghj

Ce: División Jurídica CGR
Área de Secretaría Técnica, DFOE CGR
Archivo
G: 2015003604-1
NI: 28864 (2015)