

Al contestar refiérase
al oficio n.º **00403**

15 de enero, 2025
DFOE-CIU-0009

Señor
Álvaro Antonio Bermúdez Peña
Presidente Ejecutivo del Consejo Directivo
**INSTITUTO COSTARRICENSE DE
FERROCARRILES (INCOFER)**

Estimado señor:

Asunto: Emisión de criterio referente a la aplicación de normas de la Convención Colectiva en procesos de selección y nombramiento de auditor interno

Con la finalidad de que ponga en conocimiento el presente oficio al Consejo Directivo del INCOFER en la sesión inmediata a su debida notificación, se le comunica el resultado de la atención del oficio suscrito bajo numeral Incofer-CD-OF-0058-2024 del 13 de diciembre de 2024, mediante el cual, en cumplimiento del acuerdo INCOFER-CD-ACU-0242-2024 tomado por el Consejo Directivo de dicha entidad en sesión ordinaria 049-2024 del 09 de diciembre pasado, solicita criterio de la Contraloría General de la República respecto a “si aplica o no el artículo N.º 71 de la Convención Colectiva del INCOFER en lo que respecta al nombramiento del Auditor Interno.”

El artículo de la Convención Colectiva citado señala: “Para ascensos la empresa tomará en consideración la eficiencia, responsabilidad, años de servicio y demás consideraciones personales y de idoneidad debidamente comprobada, para el cabal desempeño del puesto superior. La empresa, para llenar plazas vacantes lo hará del conocimiento de los trabajadores por medio de circulares que contendrán los requisitos que indique el manual descriptivo del puesto. Los participantes tendrán derecho a conocer la calificación de sus pruebas y/o exámenes.// En caso de no haber candidatos elegibles, de acuerdo a las pruebas que se realicen, la Empresa podrá tomar el personal que necesite de cualquier fuente. // Se exceptúan de concursar los puestos de jefe de Departamento y niveles superiores”.

La Administración adjuntó el criterio Incofer-LE-OF-0203-2024, emitido por el Departamento Legal de dicho Instituto. Este criterio concluye que “no aplica la Convención Colectiva del Instituto debido a la existencia de una normativa técnica especial que rige este tipo de nombramientos.” Además, se incluyó en la gestión una copia de la Convención Colectiva vigente desde 1984.

I. CONSIDERACIONES DE ADMISIBILIDAD

De manera inicial, debemos señalar que la Contraloría General de la República ejerce la potestad consultiva cuando la temática que presenten los sujetos legitimados tenga relación con los componentes y el ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública, lo cual está regulado en el artículo 29 de su Ley Orgánica, n.º 7428 y en el “*Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República*” con el propósito de emitir criterios jurídicos que constituyen insumos para la toma de decisiones por parte de los sujetos consultantes, sin que ello exima al propio consultante de efectuar su valoración del tema, ni le limite o sustituya en la toma de decisiones en esferas que le son atinentes de manera exclusiva.

En el artículo 8 de la norma reglamentaria antes mencionada, se establece como parte de los requisitos que deben cumplirse al momento de remitir consultas a la Contraloría General, que éstas deben: “*...Plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante*”.

Este proceder es coherente con la finalidad propia del proceso consultivo, puesto que no se pretende sustituir a la Administración en la toma de decisiones sobre las 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, generan altos riesgos para el abordaje preciso de lo consultado generando eventualmente un pronunciamiento errado en sus conclusiones.

Ahora bien, la gestión pretende que en esta instancia se defina si en los procedimientos de nombramiento del auditor interno que se realizan en INCOFER aplica o no el artículo 71 de la Convención Colectiva, pretensión que por sí misma, presenta la resolución de un caso particular que no se ajusta a lo señalado en el artículo 8 incisos 1 y 2 del Reglamento sobre la Recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, debiendo estas temáticas concretas abordarse a la luz del ordenamiento jurídico vigente, no así a partir de una determinación concreta de este órgano contralor por vía de la potestad consultiva.

¹ Emitido mediante la resolución N.º R-DC-197-2011 del Despacho de la Contralora General de la República, dictada al ser las ocho horas del trece de diciembre de dos mil once.

Cuando una consulta no se plantea en términos generales, el Órgano Contralor está facultado para rechazarla y archivarla, según lo estipulado en el artículo 10 del citado Reglamento de Consultas. No obstante, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 9 del mencionado reglamento, la Contraloría General puede valorar circunstancias excepcionales relevantes, las cuales podrían justificar la admisión de la consulta y, en consecuencia, la emisión de un criterio u opinión no vinculante.

Así las cosas, a juicio del Órgano Contralor, el asunto sometido a consulta se ajusta al supuesto excepcional mencionado previamente, ya que la temática expuesta es relevante y puede abordarse no como una consulta, sino conforme al ejercicio de las competencias otorgadas a la Contraloría General como rector del sistema de control y fiscalización, según el artículo 12 de su Ley Orgánica n.º 7428. Por lo tanto, se procede a emitir las siguientes consideraciones generales como criterio vinculante, con el fin de contribuir a la debida implementación y ejecución del sistema de control interno.

Es importante aclarar que esta participación no supe, restringe ni condiciona la exclusiva responsabilidad del consultante y de los órganos institucionales implicados, de acuerdo con sus propias competencias en la toma de decisiones particulares y su eventual ejecución, en apego al principio de juridicidad derivado del artículo 11 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública n.º 6227.

II. CRITERIO VINCULANTE

a. Sobre la aplicación de normas de Convención Colectiva para auditor y sub auditor interno en el sector público

En la actualidad, existe un consenso tanto a nivel legal como jurisprudencial (judicial y administrativo) sobre el alcance limitado de los acuerdos asumidos en una negociación colectiva en la función pública.

Si bien es cierto, el artículo 62 de la Constitución Política permite que se concierten convenciones colectivas de trabajo entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados, y otorga a dichos acuerdos fuerza de ley, este derecho de negociación en el sector público está restringido a las empresas públicas y a las entidades que brinden servicios económicos del Estado. Para el resto de la Administración Pública, este derecho se limita únicamente a aquellos servidores públicos que no participan en la gestión pública administrativa, tal como lo establece el inciso 5) del artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública N.º 6227.

En este sentido, dicha restricción descrita a nivel legal, a partir de la reforma generada por el artículo 49 sub inciso f) de la Ley Marco de Empleo Público N.º 10159 del 08 de marzo de 2022, recoge y pone de manifiesto la interpretación prevalente que se

había externado tanto a nivel de la propia Sala Constitucional² y de la Sala Segunda³ ambas de la Corte Suprema de Justicia, así como de diversos criterios emitidos por la Procuraduría General de la República⁴ y la propia Contraloría General de la República⁵ que coinciden en distinguir la existencia de dos regímenes en materia laboral, uno regulado expresamente por el Código de trabajo y el otro, por normas de Derecho Público, siendo que la relación entre el Estado y los servidores públicos, como tesis de principio es una relación de empleo público o estatutaria. De este modo, el servidor del régimen de empleo público se encuentra en una relación de sujeción con la Administración. Por lo tanto, la Administración puede imponer unilateralmente las condiciones de la organización y prestación del servicio para garantizar el bien público.

Esta restricción para algunos funcionarios de acogerse a normas generadas a partir de una negociación colectiva no constituye un caso de discriminación, ni se opone a la Constitución Política ni a los instrumentos de derecho internacional. Esto se debe a la posición jerárquica de tales servidores, sus funciones y el conflicto de intereses que podría generarse por su participación en una convención colectiva.

Así, con la reforma introducida por la Ley N.º 9343 al artículo 112, inciso 5) de la Ley General de la Administración Pública, se reforzó el alcance de los derechos de sindicalización y de negociación colectiva de los empleados públicos. El legislador definió, con referencia a los puestos enumerados en los artículos 683 y 689 del Código de Trabajo vigente, aquellos que están excluidos de sindicalizarse y de celebrar convenciones colectivas en el sector público, precisamente por su participación directa en la gestión pública administrativa.

En el caso particular del auditor interno así como el del sub auditor dichos cargos se encuentran señalados en el artículo 689 del Código de Trabajo, razón por la cual se identifican excluidos para celebrar y que se le apliquen normas de convenciones colectivas, aspecto justificado a partir de la función que ejerce como agente de control de la actividad pública.

² Resoluciones N°s 3053-94 de las 09:45 horas del 24 de junio de 1994, 2000-4453 de las 14:56 horas del 24 de mayo del 2000 y 2000-9690 de las 15:01 horas del 1º de noviembre del 2000, 2015-007221 de las 09:45 hrs. del 20 de mayo de 2015 y 2015-010292 de 8 de julio de 2015.

³ Resoluciones números 2001-00513, 2007-000550, 2007-0548, 2007-000568, 2012-000018, 2015-000030 y 2015-000666 entre otras.

⁴ Criterios reiterados desde los dictámenes C-260-98, C-044-99, C-032-2002 y C-029-2004.

⁵ Ver entre otros los oficios DAGJ-1976-2006 del 08 de diciembre de 2006, DAGJ-1537-2008, DJ-0551-2014 y DFOE-PG-0286-2015, así como el oficio DJ-0325-2016 del 11 de marzo de 2016.

De ahí que el ejercicio de esas labores corresponden a un supuesto de gestión pública, al estar estas vinculadas íntimamente al desempeño de una función básica para garantizar la continuidad de un servicio a favor del público; asimismo, dichas funciones de control interno están reguladas exclusivamente por el Derecho Público⁶, lo cual determina que el régimen de empleo jurídicamente aplicable no es ni puede ser de índole laboral privado, lo que acarrea que quienes ostenten dichos cargos no puedan sacar provecho de lo pactado entre el empleador (en este caso un ente u órgano público) y una organización sindical.

Además, debe tomarse en consideración que la finalidad del sistema de control interno es garantizar la legalidad, la eficacia y la eficiencia de la función pública institucional. Por tanto, el ejercicio de la auditoría interna debe asegurar la independencia y objetividad en sus actuaciones y criterios, así como la relación propia con la Administración auditada. Debido a esto, al auditor interno y al subauditor de un órgano, entidad o empresa pública les está completamente prohibido formar parte de los trabajadores que gozan de los beneficios de una convención colectiva.

b. Sobre la norma especial que rige para la selección y nombramiento del auditor interno institucional

El proceso de selección y nombramiento del auditor interno institucional se rige por el artículo 31 de la Ley General de Control Interno N.º 8292. Ante la ausencia definitiva del titular, este artículo establece que es competencia exclusiva del jerarca nombrar por tiempo indefinido al auditor y al subauditor internos, asegurando la selección de los candidatos idóneos mediante un proceso concursal. La norma indica que, antes de los nombramientos, la Administración debe obtener la aprobación de la Contraloría General de la República sobre el procedimiento concursal realizado.

Asimismo, esta norma legal permite nombrar de forma interina a quien ocupe el cargo por un plazo máximo de doce meses, contado a partir de la fecha en que la institución dejó de contar con el titular de auditoría. Es imperativo que dicho nombramiento interino sea autorizado de forma previa por la Contraloría General, a solicitud de la Administración.

⁶ Ley General de Control Interno N.º 8292, Normas Generales de Auditoría para el Sector Público emitidas bajo resolución R-DC-064-2014 del Despacho Contralor, a las quince horas del once de agosto de dos mil catorce. Normas de control interno para el sector público emitidas bajo resolución R-CO-9-2009. del Despacho de la Contralora General, a las nueve horas del veintiséis de enero de dos mil nueve, Lineamientos sobre gestiones que involucran a la auditoría interna presentadas ante la Contraloría General de la República emitidos bajo resolución R-CO-83-2018. dictada por el Despacho de la Contralora General de la República, a las ocho horas del nueve de julio de dos mil dieciocho.

Con la emisión de los “Lineamientos sobre gestiones que involucran a la auditoría interna presentadas ante la Contraloría General de la República,” el Órgano Contralor, en pleno ejercicio de su rol de rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores y en uso de su facultad para promulgar normativa técnica vinculante sobre control interno, según lo establecido en el artículo 3 de la Ley N.º 8292, precisa los requisitos y procedimientos para el nombramiento interino o a plazo indefinido del auditor interno o subauditor ante la ausencia temporal o permanente de quienes ocupan dichos cargos.

A partir del punto 2.2 de los citados Lineamientos, se regulan los procedimientos a seguir en caso de requerirse designaciones temporales para el puesto de auditor interno. Se identifica el orden para dichas designaciones, comenzando con la ausencia definitiva del auditor interno.

Inicialmente, se considera la posibilidad de nombrar como auditor al subauditor, en caso de que exista tal puesto internamente. Si no es así, se puede asignar la función a un colaborador de la auditoría interna o, en última instancia, a un funcionario externo a la unidad, siempre que cumpla con los requisitos básicos o mínimos de idoneidad establecidos en los Lineamientos (ver punto 2.1.2). Estos requisitos incluyen tener un título universitario de Licenciatura en Contaduría Pública o similar, estar incorporado al colegio profesional respectivo y contar con una experiencia mínima de tres años en el ejercicio de la auditoría interna o externa en el sector público o privado.

Cada Administración deberá definir en sus manuales de cargos y clases, o denominaciones similares, y reflejar en las bases de los concursos los requisitos adicionales que procedan según la naturaleza de la institución, la complejidad de sus funciones y del respectivo cargo, conforme a su propia normativa interna, con el fin de garantizar la capacidad, experiencia e idoneidad del auditor y subauditor internos.

En estos casos, el recargo o la sustitución podrán hacerse durante el tiempo de la ausencia temporal del titular, excepto si se determina que la duración de dicha ausencia justifica el nombramiento de un auditor o subauditor interno interino, según corresponda.

Cuando la ausencia del titular de la plaza de auditor o subauditor sea permanente, se deberá realizar un nombramiento interino. No obstante, durante el tiempo que se requiera para realizar dicho nombramiento, el jerarca institucional podrá recurrir al recargo o la sustitución siguiendo el orden de puestos indicado anteriormente. La suma del plazo de la sustitución o recargo y el nombramiento interino no deberá exceder los doce meses.

Para aquellos casos de ausencia permanente del auditor o subauditor interno en que la institución opte por realizar un recargo de funciones, una suplencia o sustitución no requerirá la autorización del Órgano Contralor. Sin embargo, esta circunstancia deberá comunicarse al Área de Fiscalización respectiva a más tardar el primer día hábil del inicio de funciones en el respectivo cargo.

El requerimiento de autorización para que la Administración efectúe el nombramiento interino de quien ocupe el cargo de auditor interno está regulado en las normas 2.2.2 y 2.2.3 de los Lineamientos, que recalcan que cuando la ausencia sea permanente, la institución deberá gestionar ante la Contraloría General antes de realizar el nombramiento interino, indicando los datos de la persona que se designará y demostrando el cumplimiento de los requisitos de idoneidad aplicables.

A partir del canon 2.3, se determina el proceso para el nombramiento a plazo indefinido de la persona que ejercerá el puesto de auditor interno, señalando los requisitos del proceso de concurso público, la integración de la terna o nómina, así como los requerimientos de la solicitud de aprobación de procesos que se debe presentar ante la Contraloría General de la República.

De igual manera, en los supra citados Lineamientos se regulan aspectos emergentes o eventuales, para los cuales se brindan posibles soluciones aplicables ante concursos de nombramientos fallidos (norma 2.4.1), o cuando por razones muy calificadas se invoque la inopia (norma 2.4.3)⁷ para el nombramiento interino o a plazo indefinido del auditor o subauditor interno.

Así, debido a la especialidad de la materia, derivada del principio de juridicidad al cual se encuentra sujeta toda actuación administrativa, toda entidad u órgano público debe evidenciar y garantizar el cumplimiento de la normativa antes señalada en cuanto a la regulación del proceso de selección y nombramiento de auditor y subauditor interno. Cualquier acto administrativo en esta materia que utilice otro tipo de regulaciones aplicables para otros tipos de nombramientos de funcionarios en cargos distintos a los de este órgano de control interno no podría ser considerado válido ni eficaz jurídicamente.

Se enfatiza que una norma derivada de una Convención Colectiva no es aplicable en los procesos de selección y nombramiento de auditor o sub auditor interno, ya que este tipo de norma, acordada entre el patrono y el sindicato, únicamente cobra vigencia para regular la relación laboral que se da con servidores públicos que no efectúan la gestión pública administrativa. En este caso particular la materia de control interno, incluida la actuación de los titulares de auditoría, es parte integral de la gestión pública administrativa, por ende, su regulación está únicamente sujeta a normas de Derecho Público.

⁷ Inopia considerada restrictivamente según los citados Lineamientos (1.2 glosario) como “Ausencia de candidatos con idoneidad comprobada para ocupar un determinado puesto, lo que conlleva que, ante la ausencia de personas que cumplan todos los requisitos para ingresar al puesto, y cuando las circunstancias de urgencia y necesidad para satisfacer el servicio público lo requieran, se obvian algunos requisitos del puesto para permitir el nombramiento”. De acuerdo a la norma 2.4.3 “No se podrá realizar el nombramiento por inopia, si antes la Administración no acredita la realización del proceso de selección, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la Ley General de Control Interno, en estos lineamientos y la restante normativa aplicable. El nombramiento por inopia será una contratación laboral a plazo determinado, el cual no podrá exceder de un año después de cumplido el período de prueba definido. Previo a que se venza el plazo permitido, la respectiva institución promoverá un nuevo concurso externo para el nombramiento definitivo del auditor o subauditor interno que cumpla con los requisitos mínimos establecidos en estos lineamientos y el nombramiento de quien ejerce el cargo por inopia cesará de inmediato.”

DFOE-CIU-0009

8

15 de enero, 2025

III. Conclusiones

1. El proceso de selección y nombramiento de auditor y sub auditor interno se regula exclusivamente en la Ley General de Control Interno y los lineamientos sobre gestiones que involucran a la auditoría interna presentadas ante la Contraloría General de la República.
2. Las normas generadas mediante convención colectiva no son aplicables a puestos y competencias de auditor y sub auditor interno, pues por sus competencias forman parte de la gestión pública administrativa, siendo dichos cargos excluidos de celebrar y beneficiarse de normativas de negociación colectiva, de acuerdo al marco legal vigente.

Atentamente,

Angie Mora Chacón
Gerente de Área a.i.

Ricardo A. Rodríguez Hernández
Asistente Técnico

José Francisco Monge Fonseca
Fiscalizador

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

/mrp

G: 2024005733

NI: 27191