
Miércoles 20 de noviembre de 2019
AD 005-2019

Realizado por:

María Elvira Navarro Sandí
Auditora Asistente

Aprobado por:

Mario Alberto Molina Bonilla
Auditor Interno

Asunto: Advertencia sobre situaciones no conformes con el marco de juridicidad relacionadas con la Asociación Solidarista de Empleados del Ministerio de Agricultura y Ganadería –ASEMAG-.

1. INTRODUCCIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22, inciso d) de la Ley General de Control Interno, se emite informe de advertencia relacionado con la Asociación Solidarista de Empleados del MAG -ASEMAG-. Específicamente se analizan tres aspectos:

- 1- Participación de empleados del Ministerio de Agricultura y Ganadería durante horario de trabajo en sesiones de junta directiva de la Asociación;
- 2- Préstamo de espacio físico a la organización;
- 3- Afiliación de funcionario público con cargo de Oficial Mayor y Director Administrativo Financiero

La advertencia tiene su origen al tomar conocimiento la Auditoría Interna de una denuncia, principalmente sobre el tiempo empleado por funcionarios del MAG en sesiones de junta directiva de la organización y otras labores afines.

En el transcurso del análisis inicial de la denuncia la Auditoría Interna tomó conocimiento de criterio de la Procuraduría General de la República sobre la imposibilidad de que el ocupante del cargo de Oficial Mayor y Director Administrativo Financiero esté afiliado a una asociación solidarista.

2. CRITERIOS

El marco de juridicidad considerado en el servicio de advertencia es el siguiente:

2.1 Normativa

1. Constitución Política de Costa Rica, del 07 de noviembre de 1949

(...)

ARTÍCULO 11.- Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.

(Así reformado por el artículo único de la ley N° 8003 del 8 de junio del 2000)

(...)

ARTÍCULO 25.- Los habitantes de la República, tienen derecho de asociarse para fines lícitos. Nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna.

(...)

ARTÍCULO 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

(...)

8) Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas;

(...)

20) Cumplir los demás deberes y ejercer las otras atribuciones que le confieren esta Constitución y las leyes.

(...)

Artículo 64.- El Estado fomentará la creación de cooperativas como medio para facilitar mejores condiciones de vida de los trabajadores. Asimismo, procurará el

desarrollo del solidarismo como instrumento de crecimiento económico y social de los trabajadores, tanto en el sector privado como en el sector público.

Asimismo, reconocerá el derecho de patronos y trabajadores a organizarse libremente en asociaciones solidaristas, con el fin de obtener mejores condiciones de vida y desarrollo económico y social.

(Así reformado por el artículo único de la ley N° 8952 del 21 de junio del 2011 y corregido mediante Fe de Erratas, y publicada en La Gaceta N° 188 del 30 de setiembre de 2011)

(...)

2. Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo No. 21 del 14 de diciembre de 1954

Las Licencias

Artículo 33

Podrán disfrutar de licencia ocasional de excepción, de conformidad con los requisitos y formalidades que en cada dependencia establezca el Reglamento Autónomo de Servicio, y sujetos a los siguientes procedimientos y condiciones:

- a) Los jefes podrán conceder licencia hasta por una semana con goce de sueldo en los casos de matrimonio del servidor, el fallecimiento de cualquiera de sus padres, hijos, hermanos o cónyuge. También podrán conceder este derecho a aquellos servidores padres de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. En este último caso solo cuando sean hijos reconocidos y en su función paternal.

Se concederá licencia de hasta un mes con goce de salario, en los casos de las y los funcionarios públicos con discapacidad y que por su condición requieran ausentarse de sus labores para capacitarse en el uso de un perro guía o cualquier otro Animal de Asistencia que requiera la persona. Los(as) funcionarios(as) que se acojan a este decreto deben presentar la documentación que garantice su participación en la capacitación, los cuáles deben contener la fecha de inicio y fecha final de la capacitación. Los(as) funcionarios(as) responsables de conceder permisos, que se nieguen injustificada e injustamente a otorgar el permiso con goce de salario indicado en el presente decreto, serán sancionados con la multa indicada en el artículo 62 de la Ley 7600 del 29 de mayo de 1996.

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 36293 de 27 de octubre de 2010)

- b) Todos los demás permisos con goce de sueldo, que de acuerdo con las disposiciones reglamentarias internas procedan, deberán ser deducidas del período de vacaciones, sin que el número de días de la licencia exceda el número de días de vacaciones que correspondan al servidor al momento

de otorgarse el permiso. Salvo el caso de los dirigentes y miembros de sindicatos que soliciten licencia para asistir a cursos de capacitación en el campo sindical o de estudios generales en el país o fuera de él, a quienes el jerarca podrá conceder licencia con goce de sueldo no deducible de su período de vacaciones, hasta por tres meses, cuando las necesidades de la oficina donde presta sus servicios así lo permitan.

Para estos efectos, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social enviará al jerarca que corresponda, un informe detallado sobre la importancia del curso o seminario, indicando además el cargo o función sindical que desempeña el servidor interesado.

(...)

3. Ley General de la Administración Pública No. 6227 del 02 de mayo de 1978

(...)

Artículo 11.-

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.

(...)

Artículo 13.-

1. La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que estos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente.

(...)

Artículo 25.-

1. El Presidente de la República y el respectivo Ministro ejercerán las atribuciones que conjuntamente les señala la Constitución Política y la ley.

2. Salvo lo que dispone la Constitución Política respecto del Poder Ejecutivo, el Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio, sin perjuicio de la potestad del Presidente de la República para avocar el conocimiento, conjuntamente con aquél, de cualquiera de los asuntos de su competencia.

(...)

Artículo 28.-

1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.

2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:

a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;

(...)

j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes.

(...)

Artículo 102.- El superior jerárquico tendrá las siguientes potestades:

a) Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente;

b) Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos;

c) Ejercer la potestad disciplinaria;

d) Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo;

e) Delegar sus funciones y avocar las del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de los límites y condiciones señalados por esta ley; y

f) Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan entre órganos inferiores.

(...)

Artículo 105.-

1. La potestad de ordenar y dirigir la conducta del inferior mediante órdenes, instrucciones o circulares será necesaria y suficiente para la existencia de la relación jerárquica, salvo limitaciones expresas del ordenamiento.

2. Las otras potestades arriba enumeradas podrán darse sin que exista la jerarquía, pero su presencia hará presumir ésta, salvo que de la naturaleza de la situación o de su régimen de conjunto se desprenda lo contrario.

(...)

4. Ley de Asociaciones Solidaristas No. 6970 del 07 de noviembre de 1984

De las asociaciones solidaristas

CAPITULO I

Disposiciones generales

ARTICULO 1º.-Las asociaciones solidaristas son organizaciones sociales que se inspiran en una actitud humana, por medio de la cual el hombre se identifica con las necesidades y aspiraciones de sus semejantes, comprometiendo el aporte de sus recursos y esfuerzos para satisfacer esas necesidades y aspiraciones de manera justa y pacífica. Su gobierno y su administración competen exclusivamente a los trabajadores afiliados a ellas.

(...)

ARTICULO 5º.-El derecho de asociación podrá ejercerse libremente por todos los trabajadores que laboren en una empresa, en tanto cumplan con los requisitos señalados en esta ley. Asimismo, los trabajadores podrán formar federaciones y confederaciones de asociaciones solidaristas. El reglamento de esta ley definirá cada uno de estos aspectos e indicará los procedimientos aplicables en cada caso.

(...)

ARTICULO 10.-Toda asociación solidarista al constituirse deberá adoptar un ordenamiento básico que regirá sus actividades, denominado estatutos y que deberá ser aprobado en la asamblea constitutiva.

Para que una asociación solidarista ejerza lícitamente sus actividades, los estatutos deberán ser aprobados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e inscritos en el Registro de Asociaciones Solidaristas que al efecto llevará ese Ministerio. Este

Auditoría Interna

además ejercerá la vigilancia y control estatutario y legal de las actividades que realicen todas las asociaciones creadas al amparo de esta ley.

La personalidad jurídica de la asociación, así como la de sus representantes, se adquirirá con la inscripción de la entidad.

(...)

ARTICULO 14.-Podrán ser afiliados a las asociaciones solidaristas, de acuerdo con el artículo 5º de esta ley, los trabajadores mayores de dieciséis años. No obstante, para ocupar cualquier cargo de elección será requisito indispensable ser mayor de edad.

En todo caso, la junta de cada asociación deberá integrarse únicamente con trabajadores, incluidos aquellos, que posean acciones o que tengan alguna participación en la propiedad de la empresa. No podrán ocupar cargo alguno en la junta directiva los que ostenten la condición de representantes patronales, entendidos éstos como directores, gerentes, auditores, administradores o apoderados de la empresa.

El patrono podrá designar un representante, con derecho a voz pero sin voto, que podrá asistir a las asambleas generales y a las sesiones de la junta directiva, salvo que éstas, por simple mayoría, manifiesten lo contrario.

(...)

CAPITULO IV De la junta directiva y del fiscal

ARTICULO 42.-La asociación será dirigida y administrada por una Junta Directiva compuesta al menos por cinco personas y deberá garantizar la representación paritaria de ambos sexos. Sin perjuicio de que puedan usarse otras denominaciones para los cargos, la Junta Directiva estará integrada por una presidencia, una vicepresidencia, una secretaría, una tesorería y una vocalía; estas personas fungirán en sus cargos durante el plazo que se fije en los estatutos, el cual no podrá exceder dos años, y podrán reelegirse indefinidamente. Dichos nombramientos deberán efectuarse en Asamblea General ordinaria. En toda nómina u órgano impar la diferencia entre el total de hombres y mujeres no podrá ser superior a uno.

En caso de ausencia definitiva de la persona que ocupe la presidencia, quien ocupe la vicepresidencia asumirá en propiedad ese cargo, salvo que la asamblea acuerde lo contrario. En caso de ausencias definitivas de las demás personas directoras, las personas miembros ausentes serán suplidas por otras de la misma Junta Directiva, mientras se convoca a Asamblea General para que ratifique ese nombramiento o, en su caso, para que nombre en propiedad a la persona sustituta. En caso de ausencia

Auditoría Interna

temporal de un director o una directora, la Junta Directiva podrá designar la sustitución por el tiempo que corresponda.

(Así reformado por el artículo 2° de la ley N° 8901 del 18 de noviembre de 2010, "Porcentaje mínimo de mujeres que deben integrar las Directivas de Asociaciones, Sindicatos y Asociaciones Solidaristas")

(Nota de Sinalevi: Mediante resolución de la Sala Constitucional N° 4630 del 02 de abril de 2014, se interpretó la ley N° 8901 del 18 de noviembre de 2010, "Porcentaje mínimo de mujeres que deben integrar las Directivas de Asociaciones, Sindicatos y Asociaciones Solidaristas", la cual reformó este numeral, en el sentido de que, los Órganos Directivos de las Asociaciones Civiles, Asociaciones Solidaristas, Asociaciones Comunales y Sindicatos, deben estar integrados respetando la paridad de género, de forma progresiva y siempre que ello sea posible conforme a la libertad ideológica, el derecho de asociación y según la conformación fáctica y proporcional que cada uno de los géneros lo permita en la asociación en cuestión.)

(...)

ARTICULO 46.-La junta directiva sesionará legalmente cuando se encuentre presente por lo menos la mitad más uno de sus miembros y sus resoluciones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes. En caso de empate, quien actúe de presidente decidirá con su doble voto. La convocatoria deberá ser hecha por el presidente o al menos por tres miembros de la junta directiva.

ARTICULO 47.-Los estatutos regularán la forma de convocatoria de la junta directiva, la frecuencia de las reuniones -que por lo menos será de una vez al mes- y los demás detalles que se estimen pertinentes sobre su funcionamiento.

ARTICULO 48.-Los directivos ejercerán sus funciones a partir de su elección y hasta por el período para el cual fueron elegidos, excepto que la asamblea general les revoque sus nombramientos.

ARTICULO 52.-Las facultades y obligaciones de los fiscales son las que establece el artículo 197 del Código de Comercio, en lo que sea aplicable a las asociaciones solidaristas.

ARTICULO 53.-Los fiscales serán responsables individualmente por el cumplimiento de sus funciones.

ARTICULO 54.-Los cargos de director y de fiscal no podrá ser remunerados.

5. Reglamento Ley Asociaciones Solidaristas, Decreto No. 20608 del 09 de julio de 1991

(...)

CAPITULO II De la constitución de la Asociación Solidarista

ARTICULO 2°.-En el acto constitutivo de una Asociación Solidarista deberá presentarse un compromiso incondicional, escrito y de plazo indefinido, del patrono

en el sentido de aportar los recursos que se convengan para el funcionamiento y organización dentro de los términos que señala el Estatuto de aquella. Este compromiso será exigido para el registro de la Asociación. El compromiso previsto en este artículo, deberá presentarse también en los actos de reforma a los estatutos, cuando estos se refieran al patrimonio y a los recursos económicos de la Asociación, a que alude el artículo 18, inciso b) de la Ley.

(...)

CAPITULO IV

De la junta directiva

ARTICULO 4º.-Las juntas directivas de las organizaciones solidaristas, estarán integradas al menos por cinco miembros, pero siempre deberá haber un número impar. Habrá un presidente, que ejercerá la representación judicial y extrajudicial de las organizaciones solidaristas, con las facultades de apoderado generalísimo, con o sin límite de suma, aspecto que se determinará en el estatuto de la Organización. Igualmente existirá un vicepresidente, un secretario, un tesorero y tantos vocales como establezca el correspondiente estatuto. Todo ello sin perjuicio de que se establezcan vía estatuto otras denominaciones a dichos miembros, en cuyo caso se hará expresa mención de quien ejercerá dicha representación. En caso de ausencia temporal de uno de sus miembros, la junta directiva podrá designar a su sustituto por el tiempo que corresponda. Las ausencias definitivas recaerán en miembros de la asociación o federación de la que provenga el ausente de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley. De todo ello se informará al registro respectivo, dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que se llenó la vacante. El plazo de vigencia de la junta directiva no podrá exceder de dos años, y sus miembros podrán ser reelectos indefinidamente.

(...)

6. Ley General de Control Interno No. 8292 del 31 de julio de 2002

(...)

Artículo 10.-Responsabilidad por el sistema de control interno. Serán responsabilidad del jerarca y del titular subordinado establecer, mantener, perfeccionar y evaluar el sistema de control interno institucional. Asimismo, será responsabilidad de la administración activa realizar las acciones necesarias para garantizar su efectivo funcionamiento.

(...)

Auditoría Interna

Artículo 12.-Deberes del jerarca y de los titulares subordinados en el sistema de control interno. En materia de control interno, al jerarca y los titulares subordinados les corresponderá cumplir, entre otros, los siguientes deberes:

- a) Velar por el adecuado desarrollo de la actividad del ente o del órgano a su cargo.
- b) Tomar de inmediato las medidas correctivas, ante cualquier evidencia de desviaciones o irregularidades.
- (...)
- d) Asegurarse de que los sistemas de control interno cumplan al menos con las características definidas en el artículo 7 de esta Ley.
- (...)

Artículo 13.-Ambiente de control. En cuanto al ambiente de control, serán deberes del jerarca y de los titulares subordinados, entre otros, los siguientes:

- a) Mantener y demostrar integridad y valores éticos en el ejercicio de sus deberes y obligaciones, así como contribuir con su liderazgo y sus acciones a promoverlos en el resto de la organización, para el cumplimiento efectivo por parte de los demás funcionarios.
- b) Desarrollar y mantener una filosofía y un estilo de gestión que permitan administrar un nivel de riesgo determinado, orientados al logro de resultados y a la medición del desempeño, y que promuevan una actitud abierta hacia mecanismos y procesos que mejoren el sistema de control interno.
- c) Evaluar el funcionamiento de la estructura organizativa de la institución y tomar las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de los fines institucionales; todo de conformidad con el ordenamiento jurídico y técnico aplicable.
- d) Establecer claramente las relaciones de jerarquía, asignar la autoridad y responsabilidad de los funcionarios y proporcionar los canales adecuados de comunicación, para que los procesos se lleven a cabo; todo de conformidad con el ordenamiento jurídico y técnico aplicable.
- e) Establecer políticas y prácticas de gestión de recursos humanos apropiadas, principalmente en cuanto a contratación, vinculación, entrenamiento, evaluación, promoción y acciones disciplinarias; todo de conformidad con el ordenamiento jurídico y técnico aplicable.

(...)

7. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública No. 8422 del 06 de octubre de 2004

(...)

Artículo 3º-Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.

Artículo 4º-Violación al deber de probidad. Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal.

(...)

8. Directriz 047-MTSS del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del 08 de marzo de 2006

(...)

Considerando:

1º—Que la Constitución Política de Costa Rica, en su artículo 25, prevé la libertad de los ciudadanos para asociarse con fines lícitos, así como el fomento de creación de cooperativas como medio para facilitar mejores condiciones de vida a los trabajadores, en su artículo 64.

2º—Que conforme a las leyes de creación de las organizaciones sociales, el Estado debe procurar el fomento y fortalecimiento de las actividades que estas desarrollan en tanto contribuyen al desarrollo social y económico de la sociedad costarricense, y particularmente de los trabajadores miembros de las mismas.

3º—Que la utilización de los recursos públicos para el fomento de las organizaciones sociales no menoscaban ni comprometen los recursos estatales, siempre y cuando cumplan las disposiciones institucionales, relacionadas con el control y fiscalización del uso de los mismos.

Auditoría Interna

4º—Que en ese contexto, las organizaciones sociales que operan en las instituciones públicas, deben, dentro de las posibilidades de las mismas instituciones, disponer de un espacio físico adecuado, para desarrollar las actividades administrativas y propias de su competencia, siendo que sus funciones están dirigidas al servicio y beneficio de sus agremiados. Por tanto,

Se emite la presente Directriz para dotar de un espacio físico en beneficio de las organizaciones sociales, tales como Asociaciones Solidaristas, Cooperativas, Sindicatos, del sector público, dirigida a los Ministros de Estado, Presidentes Ejecutivos, Gerentes Generales, Directores Generales y demás altos jefes de la Administración Pública, en los siguientes términos:

I.—Las Organizaciones Sociales podrán gestionar ante el jerarca de la institución respectiva, la utilización de un espacio físico dentro de las instalaciones del lugar de trabajo al que pertenezcan los afiliados, siempre y cuando las condiciones de infraestructura lo permitan.

II.—El espacio físico a utilizar será convenido entre el jerarca de la institución y los representantes de las Organizaciones Sociales del Sector Público, estableciéndose las condiciones que regirán la utilización del lugar pactado y cualquier recurso adicional convenido, conforme a la normativa jurídica vigente.

III.—Las Organizaciones Sociales deberán cumplir con las exigencias que establece la Ley General de la Administración Pública, La Ley de Control Interno, y demás normativa que regule la utilización de los recursos públicos.

IV.—Se firmará un convenio entre el Jerarca de la Institución y el representante legal de la Organización Social, el cual será sometido al refrendo interno por el Órgano competente designado por la Institución, ante la Contraloría General de la República, para este trámite.

(...)

9. Convenio de Cooperación para el préstamo de un espacio físico celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Ganadería y la Asociación Solidarista de Empleados del MAG (ASEMAG), CV 002-2006, aprobado y firmado el 30 de marzo de 2006

(...)

CONSIDERANDO

(...)

4. Que de conformidad con la directriz Número 047-MTSS de la Presidencia de la República y del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del veintitrés de setiembre del dos mil cinco, publicada en la Gaceta Número 48 del miércoles 8 de marzo del 2006, se establece que las organizaciones sociales que operan en las instituciones públicas, deben dentro de las posibilidades de las mismas instituciones, disponer de un espacio físico adecuado para desarrollar las actividades administrativas y propias de su competencia, siendo que sus funciones están dirigidas al servicio y beneficio de sus agremiados.

Con fundamento en lo anterior suscribimos el presente CONVENIO DE COOPERACION PARA EL PRESTAMO DE UN ESPACIO FISICO el cual se registrá por las siguientes cláusulas que a continuación se detalla:

PRIMERA: EL MAG facilita a LA ASOCIACION el préstamo gratuito de un espacio físico dentro de las instalaciones del Ministerio de Agricultura y Ganadería ubicadas en las Oficinas Centrales ubicadas en San José, antiguo Colegio La Salle, las cuales se ubican en el primer piso, mismas que se encuentran en buen estado de conservación, mantenimiento y funcionamiento. LA ASOCIACION se obliga a cuidar el espacio físico dado en préstamo realizando todas las acciones necesarias para su cuidado efectivo, de conformidad con el artículo 1336 del Código Civil. Asimismo se compromete a utilizarlo dándole solo el uso al que por su naturaleza está destinado.

SEGUNDA: LA ASOCIACION se compromete a utilizar dicho espacio físico para establecer el funcionamiento del área administrativa y financiera de dicha ASOCIACION, logrando con ello un mejor servicio a sus agremiados en cumplimiento de sus fines en beneficio de sus asociados. EL MAG a través de la Dirección de Bienes y Servicios se encargará de supervisar en forma periódica, el cumplimiento del fin que conlleva la suscripción del presente Convenio.

(...)

SEXTA: El presente convenio tendrá una vigencia de CINCO años calendario, contados a partir del Refrendo del Ente Contralor, pudiendo prorrogarse por periodos iguales o similares previo acuerdo de partes, el cual deberá de ser realizado bajo los mismos procedimientos que el presente. Queda a salvo la facultad de EL

Auditoría Interna

MAG, de rescindir el presente convenio, en el momento en que por motivos razonables de conveniencia y oportunidad, debidamente justificados requiera ocupar el espacio físico otorgado o facilitado, para lo cual deberá de dar aviso a LA ASOCIACION con un plazo mínimo de tres meses calendario, a la fecha, que se defina su finalización.

En fe de lo anterior y estando conformes las partes, lo aprobamos y firmamos en San José a las diez horas del día treinta del mes de marzo del año dos mil seis.

(...)

10.Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Agricultura y Ganadería y sus Órganos Adscritos de Desconcentración Máxima y Mínima, Decreto Ejecutivo No. 36765-MAG del 24 de octubre de 2011

CAPÍTULO II

De las obligaciones de los (las) servidores (as)

Artículo 4º-Son obligaciones de los (las) servidores (as) del Ministerio las siguientes:

a) Cumplir con las disposiciones normativas que regulan su relación de servicio, así como con todas aquellas de orden interno.

b) Ejercer sus funciones personalmente, en forma regular y continua de acuerdo con la jornada de trabajo y el lugar que se le indique por parte del Ministerio.

(...)

k) Mantener al día las labores encomendadas, salvo que motivos justificados lo impidan.

(...)

l) Notificar a su superior, de inmediato, de forma verbal o por escrito, la causa que le impide asistir a su trabajo. Este aviso no justifica la ausencia, por lo que el servidor deberá comprobar, dentro de los siguientes dos días hábiles de su regreso al trabajo, por escrito y ante su jefe inmediato, la causa de su ausencia aportando las pruebas que confirmen su justificación.

(...)

Auditoría Interna

r) Orientar su gestión a la satisfacción del interés público, demostrando rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la Ley y administrando los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficiencia, eficacia y economía, presentando una debida rendición de cuentas.

Artículo 5º-Además de las contempladas en el artículo anterior y las señaladas en el presente Reglamento, los (las) directores (as), jefes departamentales y coordinadores (as) de áreas tendrán las siguientes obligaciones:

(...)

c) Velar porque el personal bajo su dirección, coordinación y supervisión cumpla con las normas de disciplina establecidas y con el horario de trabajo asignado, así como con las obligaciones que le correspondan como funcionario(a) público(a).

(...)

j) Reportar, en el momento en que lleguen a su conocimiento, aquellas conductas de sus colaboradores (as) que sean contrarias al ordenamiento jurídico vigente.

CAPÍTULO IV De los derechos del personal

Artículo 7º-Además de los derechos que el ordenamiento jurídico otorga a los servidores de la Administración Pública, los (las) funcionarios (as) del Ministerio tienen los siguientes derechos:

(...)

d) Asistir a las asambleas ordinarias y extraordinarias de los diferentes sindicatos o asociaciones siempre que sean miembros activos de éstos, que hayan solicitado el permiso y se les haya autorizado por parte del superior jerárquico y que su ausencia al trabajo no altere la buena marcha del servicio institucional.

(...)

CAPÍTULO V De la jornada laboral, ordinaria y extraordinaria

Artículo 9º-El personal del Ministerio está obligado a desempeñar sus tareas durante todos los días hábiles y en el horario previamente establecido.

Auditoría Interna

Artículo 10¹.-La jornada ordinaria de trabajo para el personal del Ministerio es acumulativa y continua, de lunes a viernes. Se inicia a las ocho horas y concluye a las dieciséis horas. Dentro de esta jornada el personal disfrutará de cuarenta y cinco minutos para almorzar y de diez minutos en la mañana y diez minutos en la tarde para tomar un refrigerio.

Los (as) jefes serán responsables directos de que el personal a su cargo cumpla con esta jornada de trabajo.

(...)

CAPÍTULO VI

Del registro de asistencia, ausencias, llegadas tardías y omisiones

Artículo 16.-El registro de asistencia del personal se llevará por los medios que sean implementados por el Ministerio, o por la observación directa del (la) superior inmediato(a) del (la) funcionario(a) cuando éste(a) se encuentre exonerado(a) del registro de asistencia.

(...)

Artículo 18.-Todo (a) servidor (a), además de comunicar inmediatamente a su superior inmediato su ausencia al trabajo, cuenta con dos días hábiles después de su ingreso para aportarle las pruebas necesarias que justifiquen su ausencia. En el caso de llegada tardía el (la) funcionario(a) debe presentar la justificación de manera inmediata.

Artículo 19.-El (la) jefe(a) inmediato(a) deberá comunicar a Gestión Institucional de Recursos Humanos y a más tardar dentro de los cinco días hábiles una vez vencido el mes, las irregularidades presentadas por sus colaboradores (as) para que se proceda según corresponda. El (la) Jefe(a) que incumpliera con la presentación de este reporte incurrirá en falta grave.

CAPÍTULO VIII

De las licencias

Artículo 34.-El personal podrá disfrutar de licencia ocasional de conformidad con los requisitos y formalidades que establece el presente Reglamento y el Estatuto y Reglamento de Servicio Civil, según los siguientes casos y condiciones:

A.) Licencias con goce de salario: Éstas se regirán conforme a lo establecido en el artículo 33 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil.

¹ Con oficio circular GIRH-235-2017 de fecha 20/02/2017 se comunicó cambio de horario de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. a partir del 01/03/2017.

(...)

En todos los casos de licencia, con o sin salario, la autorización y comprobantes deberán ser remitidos a Gestión Institucional de Recursos Humanos para el control respectivo.

(...)

11. Certificación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Departamento de Organizaciones Sociales, de fecha 29 de julio de 2019

1. Que la organización social: ASOCIACION SOLIDARISTA DE EMPLEADOS DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA, con dirección en: SABANA SUR, Siglas: ASEMAG, cédula jurídica: 3-002-056020, se encuentra inscrita en los libros de registro que al efecto lleva este Departamento mediante resolución número 23, del día 18 de junio de 1985. TOMO I, FOLIO 168, ASIENTO 123, Código anterior: A-M019 Número de Expediente: 783-AS.

2. (...)

12. Estatuto de la Asociación Solidarista de Empleados del Ministerio de Agricultura y Ganadería

(...)

ARTÍCULO DÉCIMO: Son deberes de los asociados: a.- acatar y respetar las disposiciones del Estatuto, sus reglamentos y resoluciones de la Asamblea General y de la Junta Directiva, dictadas dentro de sus respectivas atribuciones, b.- contribuir con su esfuerzo al progreso de la Asociación y el cumplimiento de su misión y fines, c.- participar activamente en las Asambleas Generales ordinarias y extraordinarias debidamente convocadas, d.- cumplir con el aporte del ahorro obligatorio y cuotas extraordinarias que fije la Asamblea General, e.- desempeñar debidamente los cargos directivos, fiscalía, comisiones específicas y realizar las tareas o encargos que le asignen la Asamblea General o la Junta Directiva.

(...)

ARTÍCULO VIGÉSIMO SETIMO La dirección técnica, ejecutiva y administrativa de la Asociación estará a cargo de la Junta Directiva, compuesta de siete miembros directores que serán: Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero, prosecretario, pro-tesorero y un vocal.

(...)

ARTÍCULO TRIGÉSIMO La Junta Directiva sesionará ordinariamente al menos una vez al mes en el lugar y hora que se determine y podrá sesionar extraordinariamente cuando sea convocada por el presidente o por tres miembros suyos, por medio de carta circular, con una anticipación de por lo menos veinticuatro horas. El quórum se conformará con la mitad más uno de los miembros. En toda votación de la Junta Directiva si hubiera empate decidirá el presidente con doble voto.

(...)

2.2 JURISPRUDENCIA

a) Criterio de la Contraloría General de la República

Pronunciamiento No. 4598 (FOE-EC-144) del 26 de abril de 2005 de la Contraloría General de la República

Me refiero a sus oficios AU-059-2003 y AU-734-2004, mediante los cuales plantea una serie de interrogantes relacionadas con la naturaleza de los fondos de la Asociación Solidarista de Empleados de ese Instituto provenientes del aporte patronal, la aplicabilidad de las disposiciones de la Autoridad Presupuestaria a las inversiones de fondos de dicha asociación, la legalidad del pago de incentivos a los miembros de la junta directiva de dicha asociación, etc.

Procedemos a contestar sus interrogantes en el mismo orden en que fueron formuladas,

(...)

4.- Si es permitido a la Asamblea de o a la junta directiva de la asociación acordar el pago de un incentivo anual a los miembros de la junta directiva como reconocimiento por el buen ejercicio de su función como administradores de los fondos del aporte patronal y ahorro personal. Lo anterior considerando que algunos miembros de la junta directiva reciben por parte del INA, el beneficio de dedicación exclusiva o prohibición, **además de que las sesiones se realizan durante horas hábiles, lo que podría calificarse como superposición horaria.** Consulta si el mismo criterio es aplicable para las otras asociaciones laborales, ya sean sindicatos, cooperativas, etc.

(...)

En cuanto a la realización de sesiones de la junta directiva de durante horas hábiles, ciertamente este Despacho considera que ello no es posible pues implica

sustraer a los funcionarios de sus labores habituales para la atención de asuntos propios de la asociación.

(...)

b) Criterios de la Procuraduría General de la República

Pronunciamiento C-121-2015 del 27 de mayo de 2015 de la Procuraduría General de la República

(...)

II. SOBRE EL AUXILIO DE CESANTÍA Y LAS ASOCIACIONES SOLIDARISTAS.

La primera interrogante de la presente consulta, va encaminada en determinar si jurídicamente es procedente que las personas que ocupan cargos denominados gobernantes -ministros y viceministros- y puestos de confianza, o bien, que habiendo ocupado puestos regulares –regidos por Régimen del Servicio Civil- pasan posteriormente a ocupar un puesto de confianza que no forma parte del régimen; puedan afiliarse a una Asociación Solidarista. Esto en tanto, por disposiciones de materia laboral conexas, los mencionados cargos no tendrían derecho a recibir auxilio de cesantía.

(...)

III. SOBRE LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y LAS ASOCIACIONES SOLIDARISTAS: LOS PUESTOS DE GOBERNANTES Y PUESTOS DE CONFIANZA.

(...)

Ciertamente la Ley de Asociaciones Solidaristas (Ley N° 6970), no establece restricciones o limitaciones de afiliación para los funcionarios públicos, pues basta con que sea trabajador de la entidad pública en la que existe la asociación solidarista, independientemente del tipo de contrato o modalidad prestacional de servicios, a la que se encuentra sujeto. La duda surge, sobre todo, en relación con aquellos funcionarios que de conformidad con la legislación laboral no tendrían derecho a recibir el auxilio de cesantía.

El régimen de empleo público se fundamenta en dos principios básicos: el ingreso al régimen por idoneidad comprobada y la estabilidad en el empleo, según lo establecido por el artículo 192 de la Constitución Política.

Auditoría Interna

No obstante que este es el principio general, la propia Carta Política permite la creación de puestos dentro del Estado que no estén cubiertos por aquellos principios básicos. De esta manera, el artículo 140, inciso 1 de la Constitución Política, permite al Poder Ejecutivo nombrar y remover libremente a los empleados que sirvan puestos de confianza. De la misma manera, el artículo 192 Constitucional, al establecer la existencia del régimen público, indicó expresamente que podrían establecerse excepciones, tanto en el propia Carta Política como en la ley ordinaria...

(...)

La referencia a este tipo de empleados, como lo indica el Tribunal Constitucional se encuentra en la misma Constitución Política, tanto en el artículo 141 inciso 1, que como indicamos permite al Poder Ejecutivo nombrar y remover libremente a los funcionarios de confianza, como en el artículo 192, que establece la posibilidad de que el legislador excluya ciertas categorías de trabajadores en atención a las características especiales de las funciones realizadas.

En este punto, lo que queda es establecer si a la luz de la legislación existente, los cargos de confianza poseen las características suficientes para que se pueda considerar que estamos frente a una relación laboral, de empleo público, con el Estado o si por el contrario esto no sucede; para efectos de la afiliación a una asociación solidarista.

En este sentido, de primera entrada encontramos el Código de Trabajo que dispone en los numerales 2, 4 y 18, lo siguiente:

"ARTICULO 2º.- Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.

ARTICULO 4º.- Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros en virtud de un contrato de trabajo expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.

ARTICULO 18.- Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquél en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada en ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma.

Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe".

Por su parte, el Estatuto de Servicio Civil excluye de la relación estatutaria, los siguientes cargos:

....

Auditoría Interna

"C) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros" (artículo 3). (Resaltado no es del original).

Siendo así, cargos de confianza aquellos que ocupan los puestos descritos en el artículo 4, y que de seguido se enumeran:

(...)

e) *Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros.*

f) **Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil.**

g) **Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico".**

De lo expuesto se desprende que los funcionarios de confianza forman parte de un régimen especial, excluido del estatutario, en razón de las especiales características de la relación de empleo que ostentan. Así, tenemos los servidores de confianza directamente subordinados a los ministros y viceministros, cuyo nombramiento y remoción es facultad exclusiva del jerarca, ya que, para su elección, no se parte de los criterios de idoneidad comprobada, propio del sistema de méritos que se consagra constitucionalmente, sino que su escogencia se fundamenta en aspectos puramente subjetivos, de orden personal.

Aunado a ello, el Código de Trabajo considera en su numeral 585 que trabajador del Estado o de sus Instituciones es toda persona que preste a aquél o a éstas un servicio material, intelectual o de ambos géneros, en virtud del nombramiento que le fuere expedido por autoridad o funcionario competente, o por el hecho de figurar en las listas del presupuesto o en las de pago por planillas. Cualquiera de estas últimas circunstancias sustituye, para todos los efectos legales, al contrato escrito de trabajo. Sin embargo el artículo 586 exceptúa del pago de las prestaciones de preaviso y cesantía, a los puestos de elección popular, de dirección y de confianza:

"ARTICULO 586.- El concepto del artículo anterior comprende, en cuanto al pago de prestaciones que prevén los artículos 28, 29 y 31, [...].

El concepto del artículo anterior no comprende a quienes desempeñen puestos de elección popular, de dirección o de confianza, según la enumeración precisa que de esos casos de excepción hará el respectivo reglamento.

Auditoría Interna

Las personas que exceptúa el párrafo que precede no se registrarán por las disposiciones del presente Código sino, únicamente, por las que establezcan las leyes, decretos o acuerdos especiales.

Sin embargo, mientras no se dicten dichas normas, gozarán de los beneficios que otorga este Código en lo que, a juicio del Poder Ejecutivo o, en su caso, de los Tribunales de Trabajo, sea compatible con la seguridad del Estado y la naturaleza del cargo que sirven.

a) En el caso de haber causa justificada para el despido, los servidores indicados en el párrafo primero de este artículo no tendrán derecho a las indemnizaciones ahí previstas. La causa justificada se determinará y calificará, para los fines correspondientes, de conformidad con el artículo 81 de este Código y de acuerdo con lo que sobre el particular disponga las leyes, decretos o reglamentos interiores de trabajo, relativos a las dependencias del Estado en que laboran dichos servidores.

b) Los servidores que se acojan a los beneficios de este artículo no podrán ocupar cargos remunerados en ninguna dependencia del Estado, durante un tiempo igual al representado por la suma recibida en calidad de auxilio de cesantía. Si dentro de ese lapso llegaren a aceptarlo, quedarán obligados a reintegrar al Tesoro Público las sumas percibidas por ese concepto, deduciendo aquellas que representen los salarios que habrían devengado durante el término que permanecieron cesantes.

c) La Procuraduría General de la República procederá al cobro de las sumas que deban reintegrarse, por contravención a la prohibición que establece el inciso precedente, con fundamento en certificaciones extendidas por las oficinas correspondientes, tanto del acuerdo de pago como del nuevo nombramiento y pago de sueldos. Tales certificaciones tendrán el carácter de título ejecutivo para los efectos consiguientes.

Lo anterior, sin perjuicio de las responsabilidades penales o de otra índole en que incurriere el servidor, por contravención a las disposiciones aquí contenidas.

d) Se considerará prueba suficiente del tiempo servido la certificación extendida por la Sección de Personal de la dependencia que corresponda, con indicación de fecha y número de acuerdos.

Para efectos de cobro, se pedirá solamente la presentación de cuentas de Gobierno a las cuales debe acompañarse la certificación de la Sección de Personal.

e) Los trabajadores a que se refiere el párrafo primero de este artículo, sólo podrán ser despedidos sin justa causa, expidiendo simultáneamente la orden de pago de las prestaciones aquí establecidas. El acuerdo de despido y la orden de pago deberán publicarse en la misma fecha en el Diario Oficial en cada caso.

(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 2344 del 4 de mayo de 1959)

(Reglamentada por Decreto Ejecutivo No.4 de 27 de mayo de 1959, que define cuáles trabajadores se considerarán al servicio del Estado)". (Resaltado no es del original).

Auditoría Interna

En lo que respecta a los funcionarios de confianza, estima esta Procuraduría que verdaderamente existen las limitaciones legales supra citadas, no obstante, la posición tanto de la Sala Primera como de la Sala Constitucional se ha decantado por considerar que al no hallarse en la Ley de Asociaciones Solidaristas excepciones expresas de aplicación para estos puestos, y siendo que se trata de normativa especial, no procede distinguir donde la Ley no lo hace.

(...)

Ahora bien, en lo relativo a las personas que desempeñaban funciones regulares adscritas al Régimen del Servicio Civil y que luego pasan a ocupar un puesto de confianza, en vista de lo esbozado en líneas anteriores y no existiendo una excepción expresa en la Ley de Asociaciones Solidaristas que limite su ingreso a este tipo de organizaciones, no queda más que agregar que mantienen su derecho a asociarse libremente a estas. Incluso se ha señalado lo siguiente:

*"Actualmente es pacífica la tesis, según la cual, sí es procedente que el patrono público realice aportes a una asociación solidarista **en relación con servidores nombrados a plazo fijo. Ante esa situación, y volviendo al tema en consulta, debemos indicar que cuando un servidor, nombrado a plazo indefinido, pase inmediatamente a ocupar un puesto a plazo fijo, no es procedente que se le entreguen los aportes hechos por su patrono a la asociación solidarista.** Lo anterior es así, en primer lugar, porque el patrono va a seguir realizando aportes a la asociación solidarista por ese servidor, sin que sea óbice para ello que la nueva relación sea a plazo fijo; y, en segundo lugar, **porque en esas circunstancias no se produce el rompimiento de la relación de servicio, sino que, por el contrario, esa relación se mantiene vigente, solo que con condiciones distintas en lo relativo al plazo de su finalización**".(Dictamen C-022-2013 del 25 de febrero de 2013. Resaltado no es del original)*

La conclusión, sin embargo, debe ser diferente en el caso de los servidores gobernantes, pues en estos casos, no estamos ante una relación de empleo público.

Los ministros y viceministros, al igual que otros puestos de confianza, tampoco se encuentran sujetos al Régimen del Servicio Civil, pues se tratan de puestos políticos que lógicamente atienden a una ocupación derivada de la elección popular, esto al ser designados discrecionalmente por el Presidente de la República de conformidad con el artículo 139 inciso 1 constitucional. Además son cargos que se ejercen por tiempo determinado.

Estos puestos, son cargos cuyo nombramiento corresponde al Presidente de la República, por un plazo determinado que se encuentra afecto al periodo propio de mandato presidencial y que no encuentran afinidad con la figura del funcionario público.

(...)

En los casos de los funcionarios gobernantes, no estamos ante una relación de empleo, por lo que no podemos afirmar que dichos funcionarios sean trabajadores en el sentido exigido por los artículos 5 y 14 de la Ley de Asociaciones Solidaristas, por lo que no podrían acceder a este tipo de organización en razón de la naturaleza jurídica que los une con el Estado.

A- RECUPERACIÓN DE APORTES PATRONALES EFECTUADOS DE MANERA IRREGULAR A LA ASOCIACIÓN SOLIDARISTA.

Ha sido criterio de este Órgano Asesor, que el reconocimiento de este tipo de beneficios derivados de las asociaciones solidaristas, se plasma en un acto administrativo del que se derivan derechos subjetivos, en razón de trasladar a la cuenta individual de cada trabajador, el aporte correspondiente. Dichos aportes una vez transferidos adquieren naturaleza de fondos privados de origen público y como tales se encuentran sujetos a las normas de la Hacienda Pública, al respecto se ha dictaminado:

"B.- LA NATURALEZA DE LOS FONDOS APORTADOS

Las asociaciones o cooperativas que se constituyen al amparo de la Ley de Asociaciones Solidaristas y de la Ley de la Intermediación Financiera de las Organizaciones Cooperativas tienen entre sus fines lograr el mejoramiento socio-económico de sus asociados. Se trata de personas jurídicas privadas, con personalidad jurídica propia y, por ende, de centros de imputación de derechos y obligaciones. Los acuerdos sobre los montos que el empleador o patrono deberá girar a la asociación o cooperativa con el fin de cubrir el pago del auxilio de cesantía de los asociados se constituyen, entonces, en derechos del trabajador al amparo de la ley. Derechos éstos que son plenamente exigibles por el trabajador frente al empleador o patrono....

...

Motivo por el cual, tal y como se ha indicado en los dictámenes C-186-2010 del 31 de agosto de 2010 y C-230-2011 del 14 de setiembre de 2011, en aquellos casos en que el aporte patronal haya sido efectuado en contradicción con lo señalado por el ordenamiento jurídico, será necesario que la administración establezca por los procedimientos correspondientes, si el acto de reconocimiento de tal beneficio se encuentra viciado de nulidad.

(...)

Ahora bien, para el caso que nos ocupa, tal y como ha insistido este Órgano, si la Administración determina que el traslado de aportes patronales a la Asociación Solidarista, es un acto que podría estar viciado de nulidad absoluta al no existir un fundamento jurídico que permita dicho aporte, deberá acudir al procedimiento de lesividad contemplado en el artículo 174 de la Ley General de la Administración Pública en concordancia con los artículos 10 inciso 5 y 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo....

(...)

El otro supuesto que puede ser de aplicación, es el contemplado en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, que opera para los casos en que la nulidad absoluta sea además, evidente y manifiesta, y que permite que el acto administrativo sea anulado en la sede administrativa, luego de un procedimiento administrativo incoado para tal fin, con la plena participación del interesado y previo dictamen favorable, ya sea de la Procuraduría General de la República, o de la Contraloría General de la República en tratándose de asuntos relacionados con la Hacienda Pública.

En todo caso, el procedimiento de nulidad del acto absolutamente nulo, debe sujetarse al plazo de prescripción para intentar la acción anulatoria, plazo de prescripción que dependerá del momento de la adopción del acto administrativo....

(...)

CONCLUSIONES:

Con base en lo antes expuesto, este Órgano Asesor concluye lo siguiente:

1. Es posible que los servidores de confianza del Estado se afilien a las asociaciones solidaristas, toda vez que la naturaleza jurídica de estos trabajadores implica una verdadera relación de empleo público, independientemente de que el nombramiento sea a plazo fijo o por tiempo indefinido, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.
2. Los ministros y viceministros no ostentan una relación de naturaleza laboral con el Estado, razón por la cual, no cumplen con los presupuestos establecidos en los artículos 5 y 14 de la Ley de Asociaciones Solidaristas para ser incorporados a este tipo de asociación.
3. En aquellos casos en que exista duda sobre la posibilidad de que se efectuaran aportes patronales en forma no apegada al principio de legalidad, la Administración deberá efectuar el procedimiento de lesividad o de nulidad absoluta, evidente y manifiesta según sea el caso, a efectos de establecer si efectivamente dichos aportes fueron efectuados en forma no ajustada al ordenamiento jurídico, procedimiento en el cual necesariamente deberá llamarse tanto a la Asociación Solidarista como al trabajador involucrado.

Pronunciamento C-313-2018 del 14 de diciembre de 2018 de la Procuraduría General de la República

(...)

Por otra parte, es importante analizar la naturaleza jurídica de una Asociación Solidarista en atención al tema en consulta. La Ley 6970 del 07 de noviembre de 1984, Ley de Asociaciones Solidaristas y sus reformas, concretamente en los numerales 1, 3 y 4 dispone:

“ARTICULO 1º.-Las asociaciones solidaristas son organizaciones sociales que se inspiran en una actitud humana, por medio de la cual el hombre se identifica con las necesidades y aspiraciones de sus semejantes, comprometiendo el aporte de sus recursos y esfuerzos para satisfacer esas necesidades y aspiraciones de manera justa y pacífica. Su gobierno y su administración competen exclusivamente a los trabajadores afiliados a ellas.”

“ARTICULO 3º.-Podrán constituirse asociaciones solidaristas como organizaciones sociales idóneas para el cumplimiento de los fines señalados en esta ley, en beneficio de los trabajadores de regímenes de empleo tanto público como privado.”

“ARTICULO 4º.- Las asociaciones solidaristas son entidades de duración indefinida, con personalidad jurídica propia, que, para lograr sus objetivos, podrán adquirir toda clase de bienes, celebrar contratos de toda índole y realizar toda especie de operaciones lícitas encaminadas al mejoramiento socioeconómico de sus afiliados, en procura de dignificar y elevar su nivel de vida. En tal sentido podrán efectuar operaciones de ahorro, de crédito y de inversión, así como cualesquiera otras que sean rentables. Asimismo, podrán desarrollar programas de vivienda, científicos, deportivos, artísticos, educativos, y recreativos, culturales, espirituales, sociales, económicos, lo mismo que cualquier otro que lícitamente fomente los vínculos de unión y cooperación entre los trabajadores, y entre éstos y sus patronos.

Las asociaciones solidaristas podrán realizar las actividades señaladas en este artículo, siempre y cuando no comprometan los fondos necesarios para realizar las devoluciones y pagos de cesantía que establece esta ley.”

Con fundamento en lo dispuesto en las citadas normas, las Asociaciones Solidaristas son organizaciones sociales, constituidas con personalidad jurídica propia, cuyo gobierno y administración es de los trabajadores afiliados a ellas, independientemente del régimen al que pertenezcan, sea de empleo público o privado, siendo por ello, que el sector patronal no forma parte de la dirección de estas asociaciones, lo que significa que la Asociación Solidarista es una persona jurídica independiente del empleador –en este caso de la Municipalidad de-; y

Auditoría Interna

por ende, en tesis de inicio, no debería ese municipio conceder permiso con goce de salario para reunirse en horas laborales, a los miembros de la Junta Directiva de la Asociación que allí opera.

Bajo esta inteligencia, no cabe duda que, para el evento de que esa corporación municipal esté otorgando este tipo de permisos con goce de salario a los miembros de la Junta Directiva de la Asociación Solidarista de Empleados, conlleva, en primer orden, la interrupción del ejercicio de labores por parte del funcionario que se beneficia de este. En segundo lugar, su autorización no encuentra sustento en el ordinal 153 del Código Municipal; consecuentemente, debe valorar esa corporación municipal la posible afectación a la efectiva prestación al servicio público que brinda.

En este contexto, además, no puede desconocer esa Municipalidad lo dispuesto por la Sala Constitucional, al cuestionarse la constitucionalidad de las licencias con o sin goce de salario.

En relación con este tema, nuestro máximo Tribunal Constitucional estimó que tales beneficios no son inconstitucionales, siempre que los permisos que se otorguen estén directamente relacionados con los fines de la institución y se concedan bajo estrictos parámetros de control (sentencia n.º 7261-2006 de las 14:45 horas del 23 de mayo de 2006 y n.º 7966-2006 de las 16:59 horas del 31 de mayo de 2006). También resolvió que no se pueden otorgar permisos con goce de salario por razones personales, porque no corresponden a las necesidades de orden institucional (Sentencia n.º 7730-2000 de las 14:47 horas del 30 de agosto de 2000).

En todo caso, el otorgamiento de beneficios laborales como sería un permiso con goce de salario como el consultado, en general, debe darse con base en fundamentos razonables –debe cumplir con las exigencias de legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad-; esto es, que atienda a circunstancias particulares y objetivas que los justifiquen.

Finalmente, conforme lo ha señalado la Sala Constitucional, la gestión de fondos públicos debe sujetarse a los principios de moralidad, legalidad, eficiencia, austeridad y razonabilidad en el gasto público, lo que impone una prohibición de derrochar o administrar tales recursos como si se tratase de fondos privados, pues no existe discrecionalidad total de las Administraciones Públicas para crear fuentes de gasto. (Ver las resoluciones N° 2006-006347 de las 16:58 hrs. del 10 de mayo de 2006, 06728-2006 de las 14:43 hrs. del 17 de mayo de 2006 y 2012-003267 de las 16:01 hrs. del 7 de marzo de 2012).

CONCLUSIONES:

Con fundamento en todo lo manifestado, esta Procuraduría General concluye que:

(...)

4.- Las Asociaciones Solidaristas son organizaciones sociales, constituidas con personalidad jurídica propia, cuyo gobierno y administración es de los trabajadores afiliados a ellas, independientemente del régimen al que pertenezcan, sea de empleo público o privado, siendo por ello, que el sector patronal no forma parte de la dirección de estas asociaciones, lo que significa que la Asociación Solidarista es una persona jurídica independiente del empleador –en este caso de la Municipalidad de ...-; y por ende, en tesis de inicio, no debería ese municipio conceder permiso con goce de salario para reunirse en horas laborales, a los miembros de la Junta Directiva de la Asociación que allí opera.

(...)

Pronunciamento C-186-2019 del 04 de julio de 2019 de la Procuraduría General de la República

(...)

Con la aprobación del señor Procurador General de la República doy respuesta a su oficio DM-COR.CAE-0063-2018. Mediante dicho oficio se nos consulta dos temas relativos a la afiliación a la Asociación Solidarista por parte del Oficial Mayor y el Director Administrativo Financiero en el Ministerio de Comercio Exterior.

En primer lugar, de la posibilidad de asociación de dichos puestos a la luz de la Reforma Procesal Laboral, en específico según lo dispuesto en el artículo 683 inciso 3), en el cual se excluye del pago de prestaciones a quienes ocupen el puesto de Oficial Mayor y el Director Administrativo Financiero.

Un segundo cuestionamiento que se nos plantea, es lo relativo a la posibilidad del Ministro de realizar los aportes correspondientes a la Asociación Solidarista para los puestos de Oficial Mayor y Director Administrativo Financiero.

(...)

Partiendo de lo expuesto, procederemos seguidamente a analizar si el puesto de Oficial Mayor y de Director Administrativo Financiero, pueden estar asociados a una Solidarista y si por lo tanto puede realizarse el aporte patronal.

II. EN ORDEN A LA POSIBILIDAD DE ASOCIARSE DEL OFICIAL MAYOR Y EL DIRECTOR ADMINISTRATIVO FINANCIERO

Ciertamente la Ley de Asociaciones Solidaristas (Ley N° 6970), no establece restricciones o limitaciones de afiliación para los funcionarios públicos, pues basta

Auditoría Interna

con que sea trabajador de la entidad pública en la que existe la asociación solidarista, independientemente del tipo de contrato o modalidad prestacional de servicios, a la que se encuentra sujeto. Independientemente de que estos funcionarios reciban o no el auxilio de cesantía según lo dispuesto por el artículo 683 del Código de Trabajo.

En el caso del Ministerio de Comercio Exterior cabe indicar que basado en el Organigrama de dicho Ministerio, la labor de Oficial Mayor y de Director Administrativo Financiero recae sobre la misma persona. Por lo cual, en la presenta consulta nos referiremos a dicho cargo y a las posibilidades de asociarse del mismo bajo una misma figura.

El caso de los Oficiales Mayores y los Directores Generales, de acuerdo con el Estatuto del Servicio Civil, son funcionarios de confianza. Excluyéndolos el Estatuto de Servicio Civil de la relación estatutaria:

- “a) Los funcionarios de elección popular;
- b) Los miembros de la fuerza pública, o sea aquéllos que estén de alta en el servicio activo de las armas por la índole de las labores o funciones que ejecuten, excepto el personal de los Departamentos de Extranjeros y Cédulas de Residencia y de Migración y Pasaportes y el personal de las Bandas Militares; y
- c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros” (artículo 3).

Siendo así, cargos de confianza aquellos que ocupan los puestos descritos en el artículo 4, y que de seguido se enumeran

(...)

- e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros.
- f) Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil.
- g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán

Auditoría Interna

cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico”.

De lo expuesto se desprende que los funcionarios de confianza, tanto el Oficial Mayor como los Directores Generales, forman parte de un régimen especial, excluido del estatutario, en razón de las especiales características de la relación de empleo que ostentan. Que como expusimos en el acápite anterior no limita, por la mera naturaleza del puesto de confianza, la posibilidad de asociarse a la asociación Solidarista.

Por lo que debemos pasar a considerar no sólo si nos encontramos ante puestos de confianza sino además si nos encontramos ante puestos que ostentan una relación de empleo público.

Ya que es claro que el elemento fundamental para que una persona pueda integrarse a una asociación solidarista y, por ende, para que proceda el aporte patronal a dicha asociación, es que el servidor mantenga una relación de empleo con el Estado, en los términos de los artículos 5 y 14 de la Ley de Asociaciones Solidaristas. La naturaleza jurídica del aporte patronal y su finalidad, en cualquier caso, sigue siendo la misma: la de una contribución para constituir un fondo destinado al pago de cesantía.

El principio sería que quienes tienen derecho al pago de cesantía, según el Código de Trabajo, indudablemente tienen derecho a integrarse a una asociación solidarista; pero, además, quienes no tienen derecho al pago de cesantía según ese Código, y están ligados al Estado por una relación de empleo, también tienen derecho a formar parte de ese tipo de asociaciones. Ello implica, de alguna forma, que la Ley de Asociaciones Solidaristas amplió el alcance de los supuestos contemplados en el Código de Trabajo en los que procede el pago de cesantía.
(...)

Lo que si resulta un elemento determinante es la necesidad de que exista una relación de empleo para formar parte de una Asociación Solidarista lo que excluye de esa posibilidad a los funcionarios gobernantes (ver dictamen C-121-2015 citado), así como también a los funcionarios que están vinculados al Estado por una relación de dirección, como es el caso, por ejemplo, de los directores de las instituciones autónomas (ver, sobre este punto, los dictámenes sobre las características de las relaciones de dirección ver los dictámenes C-349-2005 del 10 de octubre del 2005, y el C-251-2007 del 27 de julio del 2007).

De acuerdo con el dictamen C-110-2019 se establece que:

“que en el caso del “presidente o la presidenta y los vicepresidentes o las vicepresidentas de la República”, “Las diputadas, los diputados, los alcaldes municipales, los regidores municipales y cualquier otro servidor público de

elección popular”, “Los ministros o las ministras, los viceministros o las viceministras y los oficiales mayores”, no existe la posibilidad de que las personas que ocupan esos cargos se afilien a una asociación solidarista, por tratarse de funcionarios gobernantes, que no están ligados al Estado por una relación de empleo (el resaltado no es del original)

Por lo que, en el caso que nos ocupa, lo referente al cargo del Oficial Mayor y Director Administrativo Financiero en el Ministerio de Comercio Exterior, ya ha sido dispuesto por este Órgano Consultivo, que no puede afiliarse a la Asociación Solidarista, no porque haya sido excluido del pago de cesantía por el artículo 683 del Código de Trabajo, sino porque se trata de un puesto gobernante que no ostenta una relación de empleo público, requisito indispensable para asociarse.

III. CONCLUSIÓN

Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría arriba a las siguientes conclusiones:

1. Los supuestos en los cuales un trabajador puede afiliarse a una asociación solidarista no necesariamente coinciden con aquellos en los cuales el Código de Trabajo admite el pago de cesantía.
2. (...)
3. La necesidad de que exista una relación de empleo para formar parte de una asociación Solidarista excluye de esa posibilidad a los funcionarios gobernantes, así como también a los funcionarios que están vinculados al Estado por una relación de dirección.
4. En el caso del Oficial Mayor y Director Administrativo Financiero en el Ministerio de Comercio Exterior, no existe la posibilidad de que las personas que ocupan dicho cargo se afilien a una asociación solidarista, por tratarse de funcionarios gobernantes, que no están ligados al Estado por una relación de empleo.

2.3 CRITERIO DE LA ASESORIA JURIDICA DEL MAG

1) Oficio MAG-AJ-0479-2019 del 09 de octubre de 2019 de la Asesoría Jurídica del MAG

(...)

a) Sobre el fondo:

En primer lugar, como quedó claramente establecido en el oficio MAG-AJ 368-2019, actualmente, en el MAG no existe dentro de la correspondiente estructura orgánica, el puesto de Oficial Mayor.

Por su parte, cabe aclarar que efectivamente el cargo de Director Administrativo Financiero de este Ministerio, es de los denominados "cargos de confianza", por lo que se excluyen de la relación estatutaria regulada a través del Estatuto de Servicio Civil, su Reglamento y normativa emitida por la Dirección General del Servicio Civil.

Así las cosas, ese cargo forma parte de un régimen especial, excluido del estatutario, en razón de las especiales características de la relación de empleo que ostentan, pero ello, no limita, por la mera naturaleza del puesto de confianza, la posibilidad de asociarse a la asociación Solidarista. (C-186-2019, PGR).

Ya que es claro que el elemento fundamental para que una persona pueda integrarse a una asociación solidarista y, por ende, para que proceda el aporte patronal a dicha asociación, es que el servidor mantenga una relación de empleo con el Estado, en los términos de los artículos 5 y 14 de la Ley de Asociaciones Solidaristas.

La naturaleza jurídica del aporte patronal y su finalidad, en cualquier caso, sigue siendo la misma: la de una contribución para constituir un fondo destinado al pago de cesantía. (C-186-2019, PGR).

Ello resulta relevante en el asunto en cuestión, pues, en el caso del actual Director Administrativo del MAG, su plaza en propiedad está afecta al régimen estatutario, manteniendo una relación de empleo con el Estado. Fue en esa condición que se afilió a la Asociación Solidarista del MAG. No obstante, posteriormente fue ascendido al puesto de Director Administrativo, mismo que ostenta al día de hoy.

Los funcionarios denominados por la doctrina "servidores públicos gobernantes", son: "...aquellos funcionarios que cumplen cargos de elección popular, o que tienen el carácter de servidores públicos "gobernantes", tal como los denomina la doctrina, por estar investidos en funciones de índole esencialmente político con respecto al órgano que los nombra, precisamente en el ejercicio también de potestades políticas, no son considerados trabajadores, puesto que su relación jurídica con el

Auditoría Interna

Estado no es de naturaleza laboral, ni estatutaria, y, en consecuencia, no resultan tutelados por la legislación laboral..." (Dictamen C-037-90, PGR). Estos, en la mayoría de ocasiones, cesan su relación con el Estado, ya sea por haberse cumplido el período gubernamental o por haber cesado antes del vencimiento.

Igual ocurre en el caso de los funcionarios que están vinculados al Estado por una relación de dirección, como es el caso, por ejemplo, de los directores de las instituciones autónomas (ver, sobre este punto, los dictámenes sobre las características de las relaciones de dirección ver los dictámenes C-349-2005 del 10 de octubre del 2005, y el C-251-2007 del 27 de julio del 2007).

Para mayor abundamiento, basta decir que existe un complejo organizativo que hoy componen las instituciones públicas, animado por un conjunto muy numeroso de personas físicas que en ellas trabajan, y dentro de este colectivo se pueden distinguir varios grupos.

"Sin pretender agotar en forma exhaustiva sus categorías, hemos afirmado que algunas de estas personas han sido elegidas por elecciones populares o que tienen el carácter de servidores públicos "gobernantes", por estar investidos en funciones de índole esencialmente política con respecto al órgano que los nombra, precisamente en el ejercicio también de potestades políticas; no son considerados trabajadores, puesto que su relación jurídica con el Estado no es de naturaleza laboral, ni estatutaria; se rigen principalmente por el derecho constitucional; otros son designados con base en una relación ideológica de confianza; hay también empleados públicos que están vinculados a la Administración mediante contratos de trabajo o bien de otro tipo (de servicios o de consultoría), como podrían estarlo en la empresa privada, y por ende, sus relaciones -ya sean laborales o profesionales- se rigen por el derecho privado (de trabajo o civil). Pero la mayor parte del personal que trabaja al servicio de las instituciones públicas lo hacen dentro de lo que se denomina el "régimen de empleo público", al cual ingresan mediante nombramiento de autoridad competente (acto administrativo), y por lo general después de superar tanto un proceso selectivo de mérito y capacidad, en virtud de criterios objetivos, como un período de prueba, y sus relaciones con la Administración se someten a un régimen regulado especialmente por el Derecho Administrativo, distinto al que corresponde a los demás trabajadores, y regido por principios esenciales y característicos del Derecho Público - legalidad, igualdad, imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad, etc." (C-333-2005, PGR. El destacado no es del original).

b) Conclusión:

De conformidad con lo indicado y al constituirse el puesto de Director Administrativo Financiero del Ministerio de Agricultura y Ganadería, un puesto de confianza

(gobernante) que no ostenta una relación de empleo público, requisito indispensable para pertenecer a un Asociación Solidarista, se recomienda suspender su afiliación con ASEMAG, en tanto quien ostenta actualmente el puesto de Director Administrativo Financiero, se mantenga en esa condición y hasta tanto no regrese a su puesto en propiedad cobijado por el régimen de Servicio Civil.

2.4 PERMISOS PARA LA PARTICIPACIÓN DE SERVIDORES DEL MAG EN SESIONES DE JUNTA DIRECTIVA EN HORAS LABORALES

1) Oficio DM 396 del 05 de mayo de 1996:

(...)

En atención a la solicitud formulada por esa Asociación Solidarista de empleados del Ministerio de Agricultura y Ganadería, respecto a la autorización para que los funcionarios de este Ministerio que conforman la Junta Directiva, así como los afiliados, puedan participar tanto en las sesiones como en las Asambleas Generales que programe esa Asociación, me permito manifestarle que luego del análisis de su solicitud y con fundamento en lo dispuesto en la Ley de Asociaciones Solidaristas y nuestro Código de Trabajo, que establece y declara a dicha Asociación como de interés público, en atención a las funciones y objetivos que cumplen para con los asociados en defensa de los trabajadores cuyo beneficio primordial es el beneficio de los mismos, con el fin de contribuir al sostenimiento y desarrollo laboral, económico y social de nuestro país, fomentando con ello la democracia costarricense.

Conforme lo señala nuestro Código de Trabajo en materia de Sindicatos, en su artículo 332 y 363 siguientes y concordantes que el espíritu de dichas regulaciones es la protección de los derechos colectivos de los trabajadores, sin constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos de los mismos, teniendo como actividades principales la participación de los trabajadores, garantizando para ello la defensa del interés colectivo y la autonomía en el ejercicio de las funciones sindicales, aplicado en forma analógica a este tipo de organizaciones y al amparo de las disposiciones existentes del Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Agricultura y Ganadería, resulta posible atender su solicitud.

En atención a lo anteriormente establecido y en el tanto la realización de las Asambleas y participación en la Junta Directiva por ustedes mencionadas, no atenten con la prestación efectiva de los servicios por parte del Ministerio y ello sea debidamente coordinado con las instancias y jefaturas respectivas, este Despacho Ministerial otorga la autorización correspondiente, a los efectos de que los funcionarios de este ministerio afiliados a dicha Asociación Solidarista, así como los integrantes de la Junta Directiva, puedan participar normalmente en las sesiones que sean debidamente programadas y comunicadas a las autoridades superiores, así como para la participación en las Asambleas Generales anuales de dicha Asociación.
(...)

2) Oficio DM MAG 427-2019 del 09 de mayo de 2019:

(...)

Este despacho ha sido informado sobre las diferentes solicitudes presentadas a los jefes de cada miembro de Junta Directiva de la organización que usted representa, solicitando permiso para sesionar de manera extraordinaria los días 10, 24 y 31 del mes de mayo.

Ante esa solicitud, deseamos aclarar, que si bien es cierto este Despacho concede permiso para que los funcionarios que forman parte de la Junta Directiva de ASEMAG participen de sesiones ordinarias dos veces al mes, sin que esto afecte el funcionamiento normal de las dependencias donde laboran, esta situación no faculta a la administración de otorgar más permisos con goce de salario para la atención de asuntos de esa organización como lo solicitado.

Por lo anterior, y por el compromiso que se asumió de tomar las medidas necesarias para garantizar el uso eficiente y eficaz de los recursos públicos, este Despacho no aprueba esta solicitud y recomienda a su representada que, en caso de ser necesarias sesiones extraordinarias, las mismas se realicen fuera de horario laboral.

(...)

3. CONDICIÓN

3.1 Denuncia presentada a la Auditoría Interna

Mediante nota de fecha 13 de mayo de 2019, persona denunciante pone en conocimiento de la Auditoría Interna del MAG que dos servidores de este Ministerio, que ocupaban puestos en la Junta Directiva de la Asociación Solidarista de Empleados del MAG (ASEMAG) aparentemente hacían abandono de trabajo debido a que permanecían gran cantidad de tiempo y con mucha frecuencia en las oficinas de la Asociación Solidarista; además de que las sesiones de junta directiva se llevaban a cabo desde las 7:30 a.m. hasta las 17:00 p.m., ocasionando con ello un uso indebido de tiempo de la jornada laboral.

3.2 Asociación Solidarista de Empleados del Ministerio de Agricultura y Ganadería (ASEMAG)

Según certificación emitida por el Departamento de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la Asociación Solidarista de Empleados del Ministerio de Agricultura y Ganadería (ASEMAG), se encuentra inscrita en los libros de registro que al efecto lleva ese Departamento mediante resolución número 23, del día 18 de junio de 1985. TOMO I, FOLIO 168, ASIENTO 123, Código anterior: A-M019 Número de Expediente: 783-AS.

3.3 Servidores del Ministerio de Agricultura y Ganadería con cargos en la Junta Directiva y fiscalía de ASEMAG del 23 de noviembre de 2018 al 20 de setiembre de 2019

Según oficio ASEMAG-ADM-76-2019 de fecha 03 de octubre de 2019 suscrito por la Directora Administrativa de ASEMAG los servidores del MAG que integraron la junta directiva y fiscalía de ASEMAG en el periodo comprendido entre el 23 de noviembre de 2018 y el 20 de setiembre de 2019, son los siguientes:

NOMBRE	CARGO	PERIODO	OBSERVACIONES
María Alexandra Urbina	Presidenta	Del 23/11/2018 al 20/09/2019	
Máximo Valverde Villalobos	Vicepresidente	Del 23/11/2018 al 01/02/2019	Licencia sin goce de salario del 01/02/2019 al 30/04/2022.
Maritza Garro Arias	Secretaria	Del 23/11/2018 al 20/09/2019	
María José Madrigal Cárdenas	Pro-Secretaria	Del 23/11/2018 al 20/09/2019	
Yessenia Rodríguez Navarro	Tesorera	Del 23/11/2018 al 20/09/2019	
Elián Sánchez Hernández	Pro-Tesorero	Del 23/11/2018 al 20/09/2019	

Auditoría Interna

NOMBRE	CARGO	PERIODO	OBSERVACIONES
Gerardo Castro Salazar	Vocal y Vicepresidente	Del 23/11/2018 al 01/02/2019	Cargo de Vocal del 23/11/2018 al 30/01/2019. Cargo de Vicepresidente del 01/02/2019 al 26/03/2019.
Marlon Fallas García	Fiscal	Del 23/11/2018 al 20/09/2019	
Ricardo Ramírez Brenes	Fiscal Adjunto	Del 23/11/2018 al 20/09/2019	
Carlos Chaves Sánchez	Vicepresidente	Del 26/03/2019 al 20/09/2019	
Carlos Rojas Solano	Vocal	Del 26/03/2019 al 20/09/2019	

3.3. Tiempo laboral utilizado por servidores del Ministerio de Agricultura y Ganadería con cargos en la Junta Directiva y fiscalía de ASEMAG durante el periodo del 23 de noviembre de 2018 al 20 de setiembre de 2019

Según oficio ASEMAG-ADM-76-2019 de fecha 03 de octubre de 2019 suscrito por la Directora Administrativa de ASEMAG y lo determinado por la Auditoría Interna, el tiempo utilizado por servidores del MAG, SFE y SENASA en reuniones de junta directiva de la Asociación Solidarista de Empleados del MAG, durante el periodo comprendido entre el 23 de noviembre de 2018 al 20 de setiembre de 2019, se muestra en el cuadro que se adjunta en el anexo.

3.4. Controles ejercidos por jefaturas de los servidores del MAG que participaron en órganos de ASEMAG

Según información suministrada por jefaturas de servidores del MAG que participaron en sesiones de junta directiva y fiscalía de ASEMAG, durante el periodo comprendido entre el 12 de noviembre de 2018 y el 20 de setiembre de 2019, los controles que ejercieron sobre las ausencias de sus subalternos fueron los siguientes:

NOMBRE	CARGO	CONTROL EJERCIDO POR JEFATURA
María Alexandra Urbina	Presidenta	El jefe del Departamento de Producción Agroambiental de la DNEA indica que esta servidora por su rol en la junta directiva de ASEMAG cuenta con el permiso respectivo del jerarca y su participación se puede verificar con las listas de asistencia llevadas por ASEMAG; por lo que no ejerce ningún control adicional.
Maritza Garro Arias	Secretaria	El jefe de Gestión Institucional de Recursos Humanos indica que no se cuenta con control de asistencia a las sesiones de junta directiva de ASEMAG por parte de su jefatura.
María José Madrigal Cárdenas	Pro-Secretaria	El Ministro indica que esta servidora coordina con su jefatura inmediata la asistencia de las reuniones de junta directiva en días programados.
Yessenia Rodríguez Navarro	Tesorera	La Directora Administrativa Financiera de SENASA indica que en SENASA se registra el control de asistencia del personal en el sistema BIOTRACK y el reporte que este genera se confronta con lista de participación suministrada por ASEMAG.
Elián Sánchez Hernández	Pro-Tesorero	El jefe de DIPOA-SENASA indica que en la Unidad Periférica # 12 donde labora dicho funcionario, se utiliza tarjeta de marcas para los funcionarios oficiales, registrándose las horas de ingreso y de salida de aquellos días donde hubo sesión de Junta Directiva de ASEMAG. Asimismo, se lleva un control cruzado con las listas de asistencia a las reuniones, donde se corrobora la presencia del funcionario y las horas de inicio y finalización de las mismas.
Marlon Fallas García	Fiscal	El Oficial Mayor y Director Administrativo Financiero indica que se registra la asistencia de este servidor en una base de datos y se confronta con lista de participación suministrada por ASEMAG.

Auditoría Interna

NOMBRE	CARGO	CONTROL EJERCIDO POR JEFATURA
Ricardo Ramírez Brenes	Fiscal Adjunto	El Director General de SENASA indica que este servidor coordina acciones atinentes a su trabajo con su jefe inmediato, Dr. Oscar Johanning Mora, así como la asistencia de las reuniones de junta directiva de ASEMAG, lo cual fue autorizado por el Ministro de Agricultura para su participación en las sesiones convocadas.
Carlos Chaves Sánchez	Vicepresidente	El Director de la Región de Desarrollo Chorotega indica que el servidor comunica a la Jefe de Extensión Agropecuaria en reunión de Extensión Agropecuaria los días lunes y recordatorio verbal los jueves anteriores a la reunión de junta directiva.
Carlos Rojas Solano	Vocal	El Jefe del Departamento de Emprendimiento Rural de la DNEA indica que existe una nota del señor Ministro que autoriza la asistencia a reuniones de junta directiva dos veces por mes y que el servidor presenta una programación con actividades a desarrollar en forma mensual en donde indica las reuniones a participar con Asemag.

3.5. Convenio de Cooperación para el préstamo de un espacio físico celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Ganadería y la Asociación Solidarista de Empleados del MAG (ASEMAG), CV 002-2006

El Ministro de Agricultura y Ganadería y la Presidenta de la Junta Directiva de la Asociación Solidarista de Empleados del MAG, suscribieron convenio CV 002-2006 para el préstamo gratuito de un espacio físico dentro de las instalaciones del Ministerio de Agricultura y Ganadería, el cual entró a regir a partir del 30 de marzo de 2006. El convenio estableció una vigencia de cinco años calendario contados a partir del Refrendo del Ente Contralor, pudiéndose prorrogar por periodos iguales o similares previo acuerdo de partes, el cual debe ser realizado bajo los mismos procedimientos que el primero.

Con oficio 06349 de fecha 22 de mayo de 2006 la Contraloría General de la República devolvió sin trámite el Convenio CV 02-2006, señalando lo siguiente:

(...)

Damos respuesta a su Oficio No. 070-ALSAL de 5 de abril del año en curso mediante el cual solicita el refrendo al Convenio de Cooperación para el préstamo de un espacio físico, celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Ganadería y la Asociación Solidarista de Empleados del Ministerio de Agricultura y Ganadería. Sobre el particular, debemos señalar lo siguiente:

El artículo 3, punto 1.a) del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública determina lo siguiente:

Auditoría Interna

“Artículo 3 Contrataciones excluidas del refrendo contralor por razón de su naturaleza

1. En razón de su naturaleza están excluidas del refrendo contralor las siguientes contrataciones:
 - a) Las concernientes, derivadas o complementarias de la relación de empleo, tales como permisos de estudio, becas, dedicación exclusiva y similares...”

De acuerdo con esa disposición, las contrataciones derivadas de la relación de empleo no estarán sujetas al trámite de refrendo, por lo que siendo la presente una relación en la que se tiene a brindar un espacio físico a una organización de funcionarios del Ministerio para el adecuado desarrollo de actividades de su competencia, no se encontrará afecta al refrendo contralor.

Según determinó la Auditoría Interna el Convenio CV-002-2006 no fue prorrogado razón por la cual perdió su vigencia. Además a fecha de la presente comunicación no se ha suscrito un nuevo convenio que permita el uso por parte de la Asociación de las instalaciones del Ministerio que actualmente usa dicha organización.

Con oficio ASEMAG-ADM-83-2019 de fecha 18 de octubre de 2019 suscrito por la Directora Administrativa de la Asociación Solidarista de Empleados del MAG (ASEMAG) se informó a esta Auditoría que en fecha 19 de setiembre del presente año, se remitió oficio ASEMAG-JD-139-2019 al Ministro para que se autorizara hacer los trámites respectivos para la renovación de un convenio que formalice el uso de las instalaciones del MAG por parte de esa organización, lo cual según verificación realizada no había sido resuelto por ese Despacho a fecha 18 de octubre del presente año.

3.6. Afiliación del funcionario con cargo de Oficial Mayor y Director de la Dirección Administrativa Financiera del MAG a la ASEMAG

Con oficio de la Asesoría Jurídica MAG-AJ-0479-2019 se señala que el cargo de Director Administrativo Financiero de este Ministerio es de los denominados “cargos de confianza”, por lo que se excluyen de la relación estatutaria regulada a través del Estatuto de Servicio Civil, su Reglamento y normativa emitida por la Dirección General del Servicio Civil y al constituirse el puesto de Director Administrativo Financiero del Ministerio de Agricultura y Ganadería en un puesto de confianza (gobernante) que no ostenta una relación de empleo público, requisito indispensable para pertenecer a un Asociación Solidarista, recomienda suspender la afiliación con ASEMAG a quien ostenta actualmente el puesto de Director Administrativo Financiero y se mantenga en esa condición hasta tanto no regrese a su puesto en propiedad cobijado por el régimen de Servicio Civil.

4. CONCLUSIONES DE LA AUDITORÍA INTERNA

Con fundamento en lo señalado en la condición, se concluye que:

1. La normativa que rige las relaciones entre el MAG y sus servidores obliga expresamente a los servidores de este Ministerio ejecutar las labores en forma regular y continua de acuerdo con la jornada y horario de trabajo con la mayor capacidad, dedicación, esmero, diligencia y probidad.
2. Aun cuando el Ministro de Agricultura y Ganadería otorgó permiso con goce de salario para que servidores de este Ministerio con cargos en la junta directiva de ASEMAG sesionen dos veces al mes, la normativa referente al otorgamiento de licencias con goce de salario no contempla el conceder permisos o licencias con goce de salario para que sus colaboradores puedan realizar actividades correspondientes a la Asociación Solidarista en horas laborales.
3. Criterios de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República son concordantes en que la Administración no debe conceder permiso con goce de salario para reunirse en horas laborales a los miembros de la Junta Directiva de la Asociación Solidarista, pues implica sustraer a los funcionarios de sus labores habituales para la atención de asuntos propios de la organización.
4. Durante el periodo comprendido entre el 23 de noviembre de 2018 al 20 de setiembre de 2019 servidores del Ministerio dedicaron en conjunto 776.22 horas en total equivalente a 97 días laborales para participar en las sesiones de la junta directiva en atención de asuntos privados de la Asociación Solidarista; tiempo que representa recursos públicos invertidos en actividades diferentes y ajenos del ejercicio laboral, lo cual podría contravenir lo que establece el artículo 3 de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública; artículo 33 inciso a) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil; y artículos 9, 10 y 34 del Reglamento Autónomo de Servicio del MAG y sus órganos adscritos de Desconcentración máxima y mínima; actuación que contrasta con el pronunciamiento de la Contraloría General de la República No. 4598 y C-313-2018 de la Procuraduría General de la República.
5. Las jefaturas inmediatas de servidores que conforman la junta directiva de ASEMAG no llevan controles homogéneos, oportunos ni suficientes sobre el tiempo que estos funcionarios destinan en actividades particulares de la Asociación Solidarista, para asegurar que los tiempos asignados a dichas actividades se ajusten a los permisos concedidos por el Ministro.

Auditoría Interna

6. Dicho lo anterior, es claro que la Administración Activa debe supervisar y ejercer los controles internos necesarios para que se respete y se cumpla lo establecido en el artículo 5° del Reglamento Autónomo de Servicio del MAG y sus Órganos Adscritos de Desconcentración Máxima y Mínima, de velar porque el personal bajo su dirección, coordinación y supervisión cumpla con el horario de trabajo asignado, así como con las obligaciones que le correspondan como funcionario público.
7. El Convenio de Cooperación para el préstamo de un espacio físico celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Ganadería y la Asociación Solidarista de Empleados del MAG (ASEMAG), CV 002-2006 se venció desde el 31 de marzo de 2011, lo que conlleva a que la Asociación Solidarista de Empleados del MAG -ASEMAG- tenga en uso parte de las instalaciones del MAG sin que exista un instrumento que así lo autorice, contraviniendo lo que establece la Directriz 047-MTSS en el que se señala sobre la obligación de firmar un convenio entre el Jerarca de la Institución y el representante legal de la Organización Social para la dotación de un espacio físico para el desarrollo de sus actividades.
8. Según lo señalado por la Procuraduría General de la República en criterio C-186-2019 no existe la posibilidad de que las personas que ocupan el cargo de Oficial Mayor y Director Administrativo Financiero se afilien a una asociación solidarista, por tratarse de funcionarios gobernantes que no están ligados al Estado por una relación de empleo. Asimismo, la Asesoría Jurídica de este Ministerio en oficio MAG-AJ-0479-2019, emitió su criterio de que al constituirse el puesto de Director Administrativo Financiero del MAG en un puesto de confianza (gobernante) que no ostenta una relación de empleo público, requisito indispensable para pertenecer a un Asociación Solidarista, debe suspender su afiliación con la ASEMAG.

5. ADVERTENCIA

En atención a las competencias de la Auditoría Interna establecidas en el artículo 22, inciso d) de la Ley General de Control Interno, N° 8292, que señala: "advertir a los órganos pasivos que fiscaliza sobre las posibles consecuencias de determinadas conductas o decisiones, cuando sean de su conocimiento" y considerando lo descrito anteriormente, se advierte al señor Ministro lo siguiente:

1. Analizar el marco de juridicidad aplicable al otorgamiento de permisos y licencias, y determinar si los permisos concedidos a la fecha para que funcionarios del MAG participen en días y horas hábiles en sesiones de junta directiva de la ASEMAG son conforme o no con dicho principio de juridicidad y adoptar las decisiones que en derecho corresponda.

Auditoría Interna

2. Establecer y mantener mecanismos de control interno que permitan seguridad razonable de que los permisos y licencias que conceda el jerarca a funcionarios del MAG sean conforme con el marco de juridicidad y que el tiempo empleado por los servidores con base en el permiso o licencia concedida corresponda con lo autorizado. En ese sentido deberá establecerse mecanismos de coordinación entre jerarca, Gestión Institucional de Recursos Humanos y jefaturas intermedias de los funcionarios, para el control a ejercer.
3. Analizar la situación actual en que la ASEMAG usa las instalaciones del MAG, sin que exista un convenio vigente para el préstamo del espacio físico y tomar las acciones que corresponda.
4. Gestionar con el o los servidores del MAG y con la Asociación Solidarista de Empleados del MAG, según lo señalado por la Procuraduría General de la República en criterio C-186-2019 y por la Asesoría Jurídica del MAG en oficio MAG-AJ-0479-2019, las acciones que en derecho sean procedentes, con relación a la afiliación a la organización de servidores públicos gobernantes, entre otros el cargo de Oficial Mayor y Director Administrativo Financiero.
5. Realizar las acciones que en derecho procedan para la suspensión y recuperación de aportes por auxilio de cesantía que ha realizado el MAG a la ASEMAG, que se llegue a determinar no corresponden con el bloque de legalidad, con relación a puestos gobernantes, atendiendo criterios de la Asesoría Jurídica del MAG y de la Procuraduría General de la República, entre otros puestos el de Oficial Mayor y Director Administrativo Financiero.