MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA
Departamento de Asesoría Legal
Teléfono 2232 8067 - Fax 2232 8748

San José, 27 de setiembre del 2011

MAG-AJ-707-2011

RECIBIDO

M. A. G.
AUDITORÍA INTERNA
28 SEP. 2011
RECIBIDO

Licenciado
Mario A. Molina Bonilla
Auditor Interno

Estimado señor:

En atención a su Oficio No. AI 0159-2011 de fecha 26 de agosto del 2011, mediante el cual nos solicita criterio con respecto a la: *"responsabilidad administrativa, civil y penal que le cabría al servidor público, por el ejercicio de un cargo a nivel profesional de devengar los subsecuentes emolumentos por concepto de pago de salario, dedicación exclusiva y carrera profesional, durante el período en que se encontraba suspendido del Colegio Profesional e inhabilitado para ejercer puestos profesionales"*, me permito manifestarle lo siguiente:

De la literalidad de la consulta se extrae que un exfuncionario del Ministerio, quien en su oportunidad ocupó los cargos de Asesor B (puesto de confianza) y de Profesional de Servicio Civil 2, especialidad Administración Generalista, se le canceló sumas por concepto de dedicación exclusiva y carrera profesional en el período que se encontraba suspendido por el Colegio Profesional de Ciencias Económicas de Costa Rica. Asimismo, que dicha suspensión conlleva a una sanción de inhabilitación para ejercer cargos profesionales en el área de la Ciencias Económicas, así como de recibir los beneficios de plus salarial que otorgan las instituciones públicas del Estado, en el período por el cual fue inhabilitado por el respectivo Colegio Profesional.

Al respecto debo indicarle, en el caso de los profesionales en Ciencias Económicas, la Ley No. 7105 determina el marco jurídico aplicable en el tema que nos ocupa. Sobre el ejercicio profesional, la referida ley determina en lo que interesa en los artículos 15 y 18, lo siguiente:

"(...) ... ARTICULO 15.- Solamente los miembros activos, los temporales, los asociados y los honorarios del Colegio podrán:

a) Ejercer la profesión en los campos de competencia de las Ciencias Económicas, tanto en el sector público como en el sector privado.

b) Ser nombrados en cargos, en entes o empresas públicas para los cuales se requieran conocimientos en materias propias de las Ciencias Económicas..."

ARTICULO 18.- Se aplicará el artículo 313 del Código Penal a quienes, sin pertenecer al Colegio, o a quienes estén suspendidos por éste, se anuncien como sus miembros o ejerzan las actividades contempladas en este capítulo, incluido el desempeño de cargos públicos..."

Sobre este mismo tema la Procuraduría General de la República en el Dictamen C-272-98 del 15 de diciembre del 1998, señalo:

"(...)... Asimismo la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que:

...En la medida, que no se cumpla con tal requisito (estar incorporado al Colegio) o se encuentre el profesional suspendido del ejercicio de la profesión, verbigracia por el no cumplimiento de su obligación de cubrir las cuotas ordinarias y extraordinarias que el Colegio fije (artículo 50 inciso b de la Ley No. 7105), y ejerce la profesión, enmarca su proceder en el tipo penal del referido artículo 313 del Código Penal, haciéndose acreedor a una pena privativa de libertad que podría estar -según se indicó líneas arriba- entre los tres meses a dos años de prisión, todo lo cual deberá ser investigado, analizado y resuelto por parte de los Tribunales Penales competentes.

Es por ello que, al encontrarse el profesional suspendido en el ejercicio de la profesión por estar moroso en el pago de las cuotas de colegiatura, existe una imposibilidad legal (inhabilitación) para que éste desempeñe su labor profesional (funciones propias de su profesión) tanto en el sector público como privado. De conformidad con el régimen jurídico específico de las clases profesionales, no se puede desempeñar un puesto

profesional si no se tiene la condición señalada para determinada clase o puesto. Esa condición profesional, legalmente prevista (principio de legalidad), es la que justifica el establecimiento mismo de la clase como una de las categorías de puestos dentro del escalafón de cada reparto administrativo. Aunado a lo anterior, debe tomarse en consideración que el artículo 18 en estudio es preciso en torno a la sanción que se aplica a quien nombre personas no colegiadas en puestos públicos, quedando como función del Fiscal en unión del Presidente del Colegio de Licenciados en Ciencias Económicas y Sociales la denuncia respectiva a quien ejerza ilegalmente la profesión (artículo 40 de la Ley del mencionado Colegio).

Se extrae de lo anteriormente transcrito, que el profesional en ciencias económicas que se encuentre suspendido en el ejercicio de la profesión por estar moroso en el pago de las cuotas de colegiatura, le asiste la imposibilidad legal (inhabilitación) para que éste desempeñe su labor profesional (funciones propias de su profesión) tanto en el sector público como privado, por lo que no podría entonces desempeñar un puesto profesional si no se encuentra habilitado para ejercer cargos público o privados. Siendo que quien ejerza la profesión estando inhabilitado configura un tipo penal.

Asimismo, al estar el profesional inhabilitado para ejercer cargos públicos, no correspondería entonces al pago de otros pluses salariales como lo son la dedicación exclusiva y carrera profesional. En donde, en el caso de la dedicación exclusiva se tiene como presupuestos para su aplicación que el funcionario ostente un grado académico que lo califique para ejercer una profesión liberal, que esté inscrito en el respectivo colegio profesional cuando ésta sea una ***exigencia*** para el ejercicio de la profesión, y que dicha profesión liberal sea una de las ***exigidas*** por el Manual de Puestos para desempeñar el cargo. Asimismo en caso del plus por carrera profesional es aplicable a los funcionarios de nivel profesional que posean como mínimo el grado académico de bachiller universitario, que ocupen un puesto que requiera como mínimo ese grado, por lo que sería necesario estar colegiado en el Colegio respectivo.

Ahora de bien, para determinar la Administración si existe responsabilidad administrativa, civil y/o penal del exfuncionario, deberá la Auditoría realizar la relación de hechos

correspondiente, para que se dé inicio al procedimiento administrativo respectivo, sin embargo, siendo que el exfuncionario, según se indica en su Oficio labora para otra institución de Estado, en cuanto a la responsabilidad administrativa- disciplinaria que se le podría achacar a éste, la facultad de ejecutar el poder sancionatorio está circunscrito a su campo de acción, no podría entonces el Jerarca del MAG, sancionar a un funcionario se encuentra ahora laborando en otra institución del sector público.

Sobre este mismo tema, con respecto a quien le corresponde sancionar al funcionario que se encuentra laborando en una institución diferente en la cual se realizó la supuesta falta, la Procuraduría General de la República, en consulta similar dispuso:

"...debemos indicar que si (como se acredito en el apartado anterior de este dictamen) el traslado de un funcionario de un órgano a otro, no hace que se extinga la responsabilidad disciplinaria, y ese tipo de responsabilidad (como se acaba de acreditar) debe ser impuesta por el jerarca del órgano para el cual presta sus servicios, se impone concluir que en los caso en que se producto el traslado de un servidor de un órgano a otro y deba aplicar sanción fundamentada en hechos ocurridos mientras se prestaba servicios al mismo al primero de esos órganos, es el jerarca del segundo órgano a quién corresponde aplicar la sanción." Dictamen número C082-2008 del 14 de marzo del 2008.

La posición asumida por la Procuraduría General de la República en el dictamen de cita señala que quien tenga la potestad disciplinaria, es quien debe dar inicio al procedimiento disciplinario atribuible a la falta de deberes de funcionarios públicos de la Administración Pública mientras estos se encuentren bajo su subordinación. En aplicación al caso en estudio corresponde entonces a la institución en la cual labora actualmente el exfuncionario, una vez se cuente con la relación de hechos realizada por la Auditoria Interna del MAG y le dé traslado de la misma a la institución en donde ahora trabaja el exfuncionario para que sea esta quien realice el procedimiento administrativo disciplinario.

Asimismo, con respecto a una eventual responsabilidad de orden penal la cual presupone la comisión de alguno de los delitos tipificados en la legislación penal, se deberá dar el traslado de cargos correspondiente por parte de la Auditoría Interna, al Ministerio Público.

Por otro lado, en cuanto a la responsabilidad de orden civil, el MAG deberá realizar un procedimiento administrativo, conforme a las reglas que señala el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública, descrito los artículos 308 y siguientes, donde se regula el procedimiento ordinario. En ese orden de ideas, la demostración del daño y el establecimiento de la responsabilidad por parte del infractor, se llevaría a cabo en el procedimiento administrativo, debiendo acreditarse el dolo o la culpa grave como criterios de imputación de la conducta reprochable (artículos 203 y 210 de la LGAP), así como la existencia de un daño efectivo, evaluable e individualizable, en relación con la administración, como sujeto lesionado por la conducta del servidor, requisito indispensable para la apertura de un procedimiento de tipo cobratorio.

Dicho procedimiento administrativo debe cumplir con las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa, como elementos básicos para que se pueda hablar de un ejercicio de las competencias administrativas, con apego a los principios y normas fundamentales del derecho de la constitución.

Licda. Julieta Murillo Zamora
JEFE ASESORIA JURIDICA MAG

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERIA
ASESORIA JURIDICA

MSM/mac