

ACTA DE SESIÓN EXTRAORDINARIA NÚMERO DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO (#2878), CELEBRADA POR EL CONSEJO DIRECTIVO EN LA SALA DE EXMINISTROS DEL MAG, A LAS CUATRO HORAS CON TREINTA MINUTOS, DEL MARTES DOS DE OCTUBRE DEL DOS MIL DIECIOCHO.

Miembros del consejo:

Asisten los Señores(as) Directivos(as): Sra. Ana Cristina Quirós Soto, Presidenta del Consejo Directivo. Sra. Jeannette Ruíz Delgado, Secretaria del Consejo Directivo. Sr. Óscar Chavarría Cisneros, Consejo Nacional de Cooperativas. Sr. Rogis Bermúdez Cascante, Presidente Ejecutivo del CNP. Sr. Randall Black Reid, Unión Nacional Gobiernos Locales. Sr. Jorge Gutiérrez Quirós, Representante de COMEX.

Ausente con excusa: Sra. Marcela Guerrero Campos, Presidenta Ejecutiva IFAM.

Se encuentran presente: Sr. Álvaro Ureña, representante de la Gerencia General PIMA y Licda. Yadira Vega, Asesora Jurídica del MAG.

Acta elaborada por: Sra. Lissa Villalobos Gutiérrez y Jeannette Ruiz Delgado

Orden del día:

- 1 - Comprobación de quórum y aprobación del orden del día.
- 2 - Recurso de apelación alegando nulidad en forma concomitante contra resolución final del Órgano Decisor en el caso del procedimiento administrativo expediente AAP-01-2018 contra el Sr. José Pablo Rodríguez Rojas. Expone Licda. Yadira Vega, Jefe Asesoría Ju
- 3 - Criterio Legal referente a Concurso Interno 07-2018 para nombramiento del Secretario de Actas del Consejo Directivo del PIMA. Expone Licda. Yadira Vega, Jefe Asesoría Jurídica MAG.
- 4 - Recurso de Apelación en Subsidio planteado ante el Consejo Directivo contra lo dispuesto en el Acto Final emitido por la Gerencia General contra el funcionario Josérick Gutiérrez Arias. Expone Licda. Yadira Vega, Jefe Asesoría Jurídica MAG

Definición de acuerdos:

ARTÍCULO 1: Comprobación de quórum y aprobación del orden del día.

Observaciones:

Comprobando el quórum de Ley se da por iniciada la sesión.

Inicia dirigiendo la sesión en calidad de Presidenta ex officio la Sra. Jeannette Ruíz Delgado y secundada por los señores Directivos se acuerda nombrar al Sr. Oscar Chavarría Cisneros como Secretario Ad Hoc en el tanto la Sra. Ruíz Delgado ejerza como Presidenta del Consejo Directivo.

Se aprueba el orden del día. Se toma nota.

Acuerdo 2893: Por solicitud de la señora Jeannette Ruiz, secundada por los señores Directivos, por unanimidad,

Se resuelve:

Nombrar al señor Oscar Chavarría Cisneros Secretario Ad Hoc en la presente sesión y en el tanto la señora Jeannette Ruíz Delgado ejerza la Presidencia ex officio del Consejo Directivo.

Acuerdo en firme.

Cc: Gerencia. Asesoría Legal. Control Interno. Auditoría Interna.

ARTÍCULO 2: Recurso de apelación alegando nulidad en forma concomitante contra resolución final del Órgano Decisor en el caso del procedimiento administrativo expediente AAP-01-2018 contra el Sr. José Pablo Rodríguez Rojas. Expone Licda. Yadira Vega, Jefe Asesoría Ju

Observaciones:

Se da la palabra a la señora Yadira Vega, quien participa en esta sesión para dar prioridad a la objetividad en el caso que se expone.

La Licda. Vega indica que se dieron a la tarea de estudiar el expediente para emitir un criterio que si bien no es vinculante, se emite a los miembros del Consejo Directivo para analizar los puntos mediante el oficio MAG-AJ-745-2018.

En el punto primero que se refiere a la contratación de servicios legales por medio de una licitación, la Licda. Vega explica que se hace referencia a este tema ya que es parte de los argumentos de la apelación presentada.

Se incorpora el señor Jorge Gutiérrez Quirós, representante de COMEX, se procede a darle la bienvenida y cada uno de los miembros del Consejo Directivo se presenta.

Se retoma el primer punto de la apelación, el cual indica que la contratación de los servicios legales para conformar el Órgano Director tiene algunos vicios, por lo cual apela a que el procedimiento nace mal. Respecto a este punto, la Licda. Vega indica que en el oficio se exponen varias observaciones al respecto pero que en conclusión, si bien pudo existir algún vicio, al final la persona era un funcionario de hecho, por lo que en este momento si el procedimiento fue bien o no ya no interesa, por la misma Ley General de Administración Pública. Motivo por el cuál sus actos sí tienen validez.

Continúa refiriéndose al alegato de la excepción de prescripción, se hace el análisis y menciona que en relación a la Ley 7476: Ley Contra el Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia, el caso no está prescrito ya que en la apelación se menciona que algunos actos se dictaron fuera de tiempo, sin embargo, la Licda. Vega señala que la Ley General de Administración Pública establece algunos plazos, pero que al final hay sobrada jurisprudencia referente a que la actuación administrativa fuera de tiempo en un procedimiento administrativo carece de trascendencia anulatoria ya que si en el proceso presentan las excepciones, sí habría que resolverlas pero en este caso carece de importancia.

Se refiere a los alegatos de la tipicidad de la acción indicando que no hay elementos nuevos o distintos que hagan variar la decisión tomada por la Administración del PIMA, esa es la conclusión a la que se llega.

La Licda. Vega expone que por lo anterior, de conformidad con las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, esa Asesoría recomienda rechazar el Recurso de Apelación e Incidente de Nulidad planteado por el señor J.P.R.R. dentro del procedimiento administrativo seguido en su contra.

Este dictamen no es vinculante, pero pretende ser un insumo que permita a la Administración Activa tomar decisiones más informadas. La Licda. Vega recalca que se devolvió el ampo al PIMA ya que se tuvo el expediente completo para su análisis.

Doña Jeannette consulta a los demás Directivos si se tiene algún comentario y al no haber ninguno, indica que lo que corresponde es acoger el criterio emitido por la Asesoría Jurídica del MAG respecto a la apelación alegando nulidad en forma concomitante contra la resolución final del Órgano Director en el caso del procedimiento administrativo contra el señor José Pablo Rodríguez Rojas.

Acuerdo 2894: Analizado el Recurso de Apelación Alegando Nulidad en Forma Concomitante contra la Resolución Final del Órgano Decisor en el caso del Procedimiento Administrativo expediente AAP-01-2018, y luego de conocer el criterio emitido por la Asesoría Jurídica del

Se resuelve:

- a. **Las actuaciones realizadas por la abogada externa contratada por el PIMA, para integrar el órgano director o comisión investigadora por acoso sexual contra un servidor de ese Programa, son plenamente válidos y eficaces y en consecuencia, no existe violación al debido proceso ni indefensión a la parte, debido a su equiparación como funcionario de hecho.**
- b. **Que no es procedente acoger la excepción de prescripción planteada por el recurrente, pues el plazo de un mes previsto en el artículo 414 de la Reforma Procesal Laboral, debe contabilizarse a partir del 13 de abril del 2018, momento en que el Gerente General tiene conocimiento de los hechos. Dicha prescripción queda interrumpida cuando el órgano director o comisión investigadora designada notifica el acto de apertura o traslado de cargos, momento en que reinicia el computo de un mes y en todo caso, el jerarca institucional debe ordenar la formal apertura del procedimiento administrativo disciplinario respectivo, dentro del mes siguiente al momento en que conoce de algún informe o denuncia, lo que se da, en el presente caso, con el oficio GG 225-18 del 10 de mayo del 2018.**
- c. **Que no se encuentran elementos nuevos o distintos que hagan variar la decisión tomada por la Administración del PIMA mediante el oficio GG 362-18.**

Por unanimidad, se resuelve:

Rechazar el Recurso de Apelación y el Incidente de Nulidad en forma Concomitante contra la Resolución del Órgano Decisor (GG 362-18) planteado por el señor José Pablo Rodríguez Rojas dentro del procedimiento administrativo seguido en su contra.

Se declara acuerdo firme.

Cc: Gerencia General. Asesoría Legal. Control Interno. Auditoría Interna. José Pablo Rodríguez Rojas.

ARTÍCULO 3: Criterio Legal referente a Concurso Interno 07-2018 para nombramiento del Secretario de Actas del Consejo Directivo del PIMA. Expone Licda. Yadira Vega, Jefe Asesoría Jurídica MAG.

Observaciones:

Se inicia resaltando que la señora Lissa Villalobos se retira del recinto y se le da la palabra a la Licda. Yadira Vega quien indica que al igual que en el caso anterior se solicitó por parte del Consejo Directivo analizar y emitir el respectivo criterio.

Recuerda que el Consejo Directivo tomó un acuerdo sobre este tema y que posteriormente se recibió un criterio de la Asesoría Legal del PIMA por lo que se solicitó a Asesoría Jurídica del MAG realizar la evaluación sobre los argumentos.

Se realiza un recuento de lo actuado hasta el momento para informar al señor Jorge Gutiérrez.

Posterior a esto la Licda. Vega indica que queda claro que el concurso en cuestión es un concurso interno que tiene un manual de puestos y que cuenta con requisitos, comenta que en ese sentido lo que se puede solicitar a Recursos Humanos es que amplíe la parte técnica. Comenta que en referencia a los derechos adquiridos, si bien el puesto es de Secretario de Actas del Consejo Directivo, es importante hacer una valoración de costo-beneficio, y que si hay algún vicio o algún derecho que haya sido violentado, en un caso concreto, el Consejo Directivo tiene la potestad de volverlo a hacer, ya que no existe ningún derecho adquirido hasta este momento.

Indica que en el pronunciamiento se hace la diferencia entre los conceptos de licitación abreviada, contratación directa y el procedimiento y se detalla el análisis realizado, adiciona que hubo un momento en el que estos términos se prestaron para confusión, razón por la que se analizó cada uno de los conceptos.

También señala que si bien el PIMA no está cubierto por el Régimen del Servicio Civil no puede aplicarse la misma normativa pero que sí se tiene equiparada en cuanto al tipo profesional.

Agrega que referente al acuerdo N°2882 queda claro que es potestad del Consejo Directivo haber aprobado el perfil del concurso y conocer sus antecedentes, dentro de los cuales se encuentra el principio de publicidad del mismo. No obstante este puesto no corresponde al régimen de confianza, por lo que es un puesto de carrera administrativa aunque es de confianza para que trabaje con el Consejo Directivo, lo que lo vuelve un concurso atípico, agrega que la importancia son los atributos que los Directivos puedan considerar.

Comenta que en el criterio que emitió la Asesoría Jurídica del MAG se exponen algunas recomendaciones generales, como estandarizar los documentos a presentar. Posteriormente se refieren al dictamen que emitió José Pablo Rodríguez, mismo que no comparten en cuanto a la afirmación que el concurso ha generado derechos a los participantes, ya que no existe un acto formal por parte del Consejo Directivo en el que haya adjudicado a alguno de los oferentes el nombramiento en propiedad, tanto es así que incluso esa designación puede ser recurrida por los participantes, recalca que ni siquiera se ha llegado a esa etapa.

Agrega que tampoco lleva la razón que el concurso no pueda ser anulado, indica que tal y como se expuso en el apartado anterior, existen una serie de vicios dentro del concurso que pueden revertirse hasta la propia emisión del mismo.

También se valida la recomendación en cuanto a la solicitud del criterio pedido a Recursos Humanos sobre las carreras atinentes y en lo restante no se tienen más observaciones, en conclusión existen algunas inconsistencias derivadas incluso de terminología.

Don Oscar comenta que está de acuerdo con el criterio emitido.

Doña Jeannette aclara que es importante resaltar que estas decisiones han sido tomadas con el afán de que sea un concurso más inclusivo, en el que haya más participación y que por ello se le solicita a la Gerencia la revisión del proceso con el fin de que basados en un criterio técnico se eliminen las ambigüedades de los perfiles que se plantean, ya que esto fue lo que hizo que se generaran las dudas en el Consejo Directivo.

Don Álvaro externa que apoya lo expuesto por doña Jeannette y que al analizar el expediente notó que las notas de intercambio entre Recursos Humanos y Asesoría Legal del PIMA son cortas en sus explicaciones, lo que genera que el Consejo Directivo solicite apoyo a la Asesoría Jurídica del MAG para profundizar en estos elementos.

Don Oscar comenta que lo principal en el seno de este Consejo Directivo es la transparencia en cada decisión que se tome.

Don Jorge apoya indicando que tanto los Directivos pertenecientes al sector público, así como los funcionarios públicos deben siempre ser transparentes.

Doña Ana Cristina indica que celebra que este Consejo Directivo se tome con tanta seriedad cada tema que se presenta sin importar si es un tema puntual o situaciones más complejas, y que se apoyen en el momento en que se genera una duda para tener siempre los criterios necesarios para la toma de decisiones.

Acuerdo 2895: Luego de recibir y analizar el oficio MAG-AJ-491-2018 y de escuchar la exposición de la Licenciada Yadira Vega, considerando

Se resuelve:

1.- Que existen una serie de inconsistencia derivada incluso de terminología indeterminada en el procedimiento del concurso para el nombramiento del Secretario de Actas del Consejo Directivo del PIMA que limita la seguridad jurídica del acto emanado y que pueden derivar la nulidad de lo actuado.

2.- Que sin embargo, dicha decisión (acuerdo) debe estar debidamente motivada considerando el interés público e incluso el costo beneficio para la Administración, ya que la ausencia de una sana práctica de selección de personal en esta categoría, como la que se describe, obviamente afecta negativamente el interés institucional al limitarse la posibilidad de nombrar a los servidores más aptos de los que se dispone a lo interno y por inopia a lo externo de esa institución.

3. Que la deficiencia acreditada en el concurso respecto a las carreras atinentes al puesto, es un defecto que se arrastra desde el Manual de Clases y Puestos del PIMA.

4.- Que la actuación de los sujetos que prestan servicios al Estado debe direccionarse a la satisfacción del interés público, entendido este como "... la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados..." -canon 113 de la Ley general de la Administración Pública-, con total apego a los principios que rigen la prestación del servicio público y privilegiando el derecho fundamental a la igualdad que ostentamos todos los habitantes de esta nación.

5.- Que es potestad de éste Órgano, haber aprobado el perfil del concurso y conocer sus antecedentes dentro de los cuales está el cumplimiento del "principio de publicidad del mismo".

De conformidad con las competencias que el ordenamiento jurídico le endilgó a este Consejo Directivo, persiguiendo que los objetivos del PIMA sean cumplidos a cabalidad, se acoge el criterio emitido por la Asesoría Jurídica del MAG referente al Concurso Interno para el nombramiento del Secretario de Actas del Consejo Directivo del PIMA y con fundamento en ello se acuerda:

- a. Mantener lo dispuesto en el Acuerdo N°2888, Artículo 2, de la Sesión Extraordinaria No. 2877, celebrada por Consejo Directivo, el 06 de setiembre del 2018, por lo que se anula el concurso interno No. 07-2018.**
- b. Instruir a la Gerencia General para que conjuntamente con Recursos Humanos tramiten nuevamente el procedimiento conforme las indicaciones del oficio MAG-AJ-491-2018 supra citado.**
- c. Deberá existir el criterio técnico por parte de Recursos Humanos, que determine de manera expresa que carreras universitarias facultan al Secretario de Actas para el desempeño del cargo y conforme a ello, presentar la propuesta de modificación del Manual de Clases y Cargos.**

Acuerdo en firme.

Cc: Gerencia General. Asesoría Legal. Control Interno. Auditoría Interna. Recursos Humanos.

ARTÍCULO 4: Recurso de Apelación en Subsidio planteado ante el Consejo Directivo contra lo dispuesto en el Acto Final emitido por la Gerencia General contra el funcionario Josérick Gutiérrez Arias. Expone Licda. Yadira Vega, Jefe Asesoría Jurídica MAG

Observaciones:

Se solicita a la Sra. Lissa Villalobos que se reintegre a la sesión y se da la palabra a la Licda. Vega quien indica que en este caso se procedió a revisar el expediente, revisar las actuaciones del Órgano y referente a los motivos de la apelación comenta que analizaron cada uno de los puntos establecidos en el documento emitido por la Gerencia General, mismo que se basa en la recomendación brindada por el Órgano Director y se acoge el despido.

Indica que en la revisión notaron que es un procedimiento muy bien llevado y que se nota que el Órgano Administrativo identificó muy bien todos los actos.

Explica que al emitir el acto final se mencionan los artículos por lo que el derecho de defensa no se ve quebrantado en ningún momento durante el procedimiento y es por esta razón que se remite la recomendación desde la Asesoría Jurídica del MAG de mantener la recomendación del Órgano.

Acuerdo 2896: Una vez analizada la recomendación legal emitida por la Asesoría Jurídica del MAG y escuchada la explicación brindada por la señora Yadira Vega, por unanimidad

Se resuelve:

Se conoce RECURSO DE APELACION EN SUBSIDIO, planteado ante este Consejo Directivo dentro de procedimiento administrativo ordinario disciplinario seguido contra el funcionario JOSERICK GUTIÉRREZ ARIAS, funcionario del Programa Integral de Mercadeo Agropecuario (PIMA).

RESULTANDO:

PRIMERO: Que el día 09 de mayo del año 2018, bajo oficio FDIR 032-18 dirigido a la Gerencia General, la Dirección Administrativo–Financiera de la Institución bajo la firma de la Directora a.i. Marielos Bolaños Ramírez, emite una denuncia formal para la investigación de posibles anomalías existentes en el proceso de contratación de la Proveeduría. Desglosando en dicho oficio, los proveedores involucrados en las compras y las irregularidades encontradas.

SEGUNDO: Que el 10 de mayo del 2018, bajo oficio GG-221-18, la Gerencia General conforma el Órgano Director para que inicie la investigación, bajo el debido proceso y apegado a la legislación vigente, nombrando a los señores: Olga Martha Corrales Sánchez, Miguel Monterrey López y María Auxiliadora Salas Bogantes.

TERCERO: Que el 15 de mayo del 2018, bajo el oficio GG-236-18, la Gerencia General nombra al señor Elí León Jiménez en sustitución del señor Miguel Monterrey debido a un correo enviado por este último donde se excusa de su participación en el Órgano Director por tener una relación directa con una de las causas seguidas en la solicitud de investigación hecha por la Directora a.i de la Dirección Administrativo – Financiera.

CUARTO: Que el 18 de junio del 2018, al ser las catorce horas veinte minutos, el Órgano Director mediante el acto inicial de las diez horas, quince minutos notifica al funcionario Joserick Gutiérrez Arias e inicia el procedimiento para averiguar la verdad real de los hechos con respecto a la denuncia de supuestas irregularidades encontradas en el proceso de compra de la Proveeduría Institucional, mediante diligencias hechas por el funcionario aquí imputado.

QUINTO: Que el 21 de junio del 2018, al ser las quince horas treinta minutos, el Órgano Director por medio de la coordinadora María Auxiliadora Salas Bogantes, recibe el escrito presentado por el funcionario donde solicita la revisión de al acta de inicio del procedimiento en su contra.

SEXTO: Que, en el escrito supra citado, el funcionario interpone sus defensas previas en cuanto a la prescripción, la omisión de documentación en el expediente y solicita la nulidad de lo actuado por la Administración. Sin embargo, no se entra a conocer por parte del Órgano

por presentarse fuera de las veinticuatro horas establecidas en el acto de inicio y de acuerdo al artículo 346 de la Ley de la Administración Pública.

SÉTIMO: Que el viernes 06 de julio del 2018, al ser las nueve horas, veinte minutos, se inicia con la audiencia para averiguar la verdad real de los hechos, con el la prueba testimonial y documental, de los cuales se deja evidencia mediante grabaciones y expediente en marras, los cuales quedan custodiados por el Órgano Director.

OCTAVO: Que el jueves 26 de julio, el Órgano Director, mediante resolución de las ocho horas, treinta minutos, emite la recomendación final del procedimiento administrativo y solicita el despido del funcionario argumentando los hechos que se determinaron en el proceso de investigación, por encontrarse violentada la Ley General de Control Interno, la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y la propia Ley de Contratación Administrativa. Además de la pérdida de confianza por parte de la Administración hacia el funcionario en marras.

NOVENO: Que mediante el oficio GG-353-18, del 09 de agosto de 2018, dirigida al señor Josérick Gutiérrez Arias, el Órgano Decisor comunica al imputado que acoge la recomendación del Órgano Director, el cual notifica al lugar señalado para tal efecto el día viernes 10 de agosto de 2018, del cual queda constancia en el expediente administrativo.

DÉCIMO: Que el jueves 16 de agosto del 2018, el señor Josérick Gutiérrez Arias, interpone en tiempo y forma el recurso de revocatoria y apelación en subsidio contra la resolución de las ocho horas, treinta minutos del 26 de julio del 2018

DECIMO PRIMERO: Que mediante Resolución de las 14:00 Horas del 24 de agosto del 2018, se conoce y rechaza el Recurso de Revocatoria interpuesto

DECIMO SEGUNDO: Que con el oficio GG 398-18 del 03 de setiembre del 2018, se procede a elevar el recurso de apelación al Consejo Directivo.

DECIMO TERCERO: Que en las presentes diligencias se han respetado las formalidades legales en la tramitación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Sobre la excepción de prescripción.

En el hecho primero del recurso de apelación en subsidio, el recurrente alega la prescripción del caso, con base en el artículo 414 del Código de Trabajo.

Se reitera e indica en lo conducente, el considerando tercero, párrafo tercero de la resolución mencionada:

“...Debemos tener presente que el presente proceso no se encuentra cubierto bajo la prescripción pura y simple laboral, como lo pretende el encartado, sino por el contrario al estar en tema concreto de Contratación Administrativa, las conductas aquí esbozadas deben ser ventiladas de conformidad con la Ley General de Control Interno, la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y la propia Ley de Contratación Administrativa...”

Es claro que el procedimiento seguido contra el señor JOSERICK GUTIERREZ ARIAS, es de índole disciplinario y en tal razón, le es aplicable el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que fue reformado mediante la Ley N° 8292 del 31 de julio de 2002, “Ley General de Control Interno”, ya que hace referencia a la prescripción de la responsabilidad administrativa del funcionario público por la infracciones previstas en la Ley y en el ordenamiento de control y fiscalización superiores, en los siguientes términos:

“Artículo 71.—Prescripción de la responsabilidad disciplinaria. La responsabilidad administrativa del funcionario público por las infracciones previstas en esta Ley y en el ordenamiento de control y fiscalización superiores, prescribirá de acuerdo con las siguientes reglas:

a) En los casos en que el hecho irregular sea notorio, la responsabilidad prescribirá en cinco años, contados a partir del acaecimiento del hecho.

b) En los casos en que el hecho irregular no sea notorio —entendido este como aquel hecho que requiere una indagación o un estudio de auditoría para informar de su posible irregularidad— la responsabilidad prescribirá en cinco años, contados a partir de la fecha en que el informe sobre la indagación o la auditoría respectiva se ponga en conocimiento del jerarca o el funcionario competente para dar inicio al procedimiento respectivo.

La prescripción se interrumpirá, con efectos continuados, por la notificación al presunto responsable del acto que acuerde el inicio del procedimiento administrativo.

Cuando el autor de la falta sea el jerarca, el plazo empezará a correr a partir de la fecha en que él termine su relación de servicio con el ente, la empresa o el órgano respectivo.

Se reputará como falta grave del funcionario competente para iniciar el procedimiento sancionatorio, el no darle inicio a este oportunamente o el dejar que la responsabilidad del infractor prescriba, sin causa justificada”. (Así reformado por el inciso a) del artículo 45 de la Ley N° 8292 de 31 de julio del 2002, Ley de Control Interno)

De esta norma transcrita, se desprende un criterio material, según el cual ya no va a ser solo la condición subjetiva del funcionario de la Hacienda Pública, la que va a determinar el plazo de prescripción aplicable (como alega el recurrente), sino, que, sea en forma concomitante con esa condición, e incluso independientemente de esa vinculación, si se presenta una situación material o real objetiva de trasgresión al ordenamiento de control y fiscalización superiores por parte de cualquier funcionario público, ocupe o no un cargo considerado como de la Hacienda Pública, le sería aplicable el régimen de prescripción dispuesto por el artículo 71 de la LOCGR. (Véanse los criterios DAGJ-2038-2005 de 13 de julio de 2005; DAGJ-69-2005 de 10 de enero de 2005 y DAGJ-01381-2007 de 213 de febrero de 2007).

Así pues, tratándose de funcionarios públicos, es claro que la inteligencia de esta norma, permite aplicar el plazo de prescripción del artículo 71 de la LOCGR a cualquier funcionario público que, aparte de ocupar un cargo de la Hacienda Pública (criterio subjetivo-formal/material), incurra en un quebrantamiento al ordenamiento de control y fiscalización (criterio material-objetivo), en virtud a la reforma legal introducida al artículo 71 de la LOCGR por la Ley General de Control Interno No.8292, pues tal y como estaba redactado ese ordinal antes de la reforma, dicho plazo solo aplicaba a los funcionarios que se consideraran integrantes de la Hacienda Pública, situación que jurídicamente ha cambiado.

De la documentación que consta en el respectivo expediente, se constata que aparentemente existe un quebrantamiento al ordenamiento de control y fiscalización, por lo que la prescripción aplicable al caso concreto, es la regulada en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y no del 414 del Código de Trabajo.

Es así, como desde que se comunicó al funcionario competente para dar inicio al procedimiento respectivo, bajo oficio FDIR 032-18 del 09 de mayo del año 2018 y la notificación del auto de traslado de cargos efectuado el 18 de junio del 2018, no ha transcurrido la prescripción de cinco años, regulada en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Adicionalmente, nuestra Ley General de Administración Pública dispone en el artículo 261 que los plazos establecidos en esta norma son ordenatorios y no perentorios. Lo que quiere decir que el incumplimiento del plazo, no genera como regla de principio, la nulidad del

procedimiento administrativo ni mucho menos inhibe a la Administración para ejercer la competencia debida y dictar el acto final del procedimiento, tal y como lo establece el artículo 329 de la Ley General de la Administración Pública.

Se reitera que el encartado no lleva razón al argumentar que “los plazos establecidos tanto en la Ley General de la Administración Pública como en el Código de Trabajo, han sido violentados de manera flagrante y nunca se dio una contestación apropiada a tales hechos.” Pues de manera extensa y bajo conceptos directamente relacionados con los temas de prescripción, se explica que el procedimiento no se manejó bajo los supuestos de la Ley Laboral pura y simple, pues se trata de un funcionario de Hacienda Pública, por lo que se considera que dispone de fondos públicos y no es un procedimiento disciplinario puro y simple.

En ese sentido, la excepción de prescripción debe ser rechazada.

SEGUNDO: Respecto a los errores materiales.

El artículo 157 de la Ley General de la Administración Pública establece que en cualquier tiempo podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos.

En este punto y en revisión de los artículos que se plasmaron en la resolución recurrida, por un error en la digitación del nombre de la ley, se estableció que el artículo pertenecía a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, siendo lo correcto la Ley General de Control Interno. Sin embargo y para los efectos, el fondo del artículo 43 se transcribió tal cual era y el pretendido para la interpretación de la prescripción de caso que nos ocupa, se subsana en este acto, el error en el nombre de la ley que se debe aplicar, el artículo (siendo el fondo de la base legal) es el correcto.

Vale recalcar que se hizo la subsanación del nombre de la Ley en la que se encuentra el artículo citado, siendo la correcta Ley General del Control Interno, artículo 43, lo que en manera alguna varía el fondo de la base requerida para tomar en cuenta la prescripción.

Por otro lado, en el CONSIDERANDO TERCERO de la resolución, se hace referencia a la resolución de 769 de las 15:10 horas del 20 de diciembre del 2001, omitiéndose efectivamente la fuente que lo emite. A pesar de que el concepto se estableció a modo de ejemplo y no una argumentación de peso para tomarlo como referencia y poder sancionar, se subsana la omisión del voto y se indica en este acto que es de Sentencia n° 00769 de Sala 2ª de la Corte Suprema de Justicia, de 20 de diciembre de 2001.

De igual manera, no es una simple alusión como lo menciona el encartado del procedimiento en el recurso que nos ocupa, pues el puesto que desempeña, se maneja en el ámbito pleno de la Hacienda Pública, así se encuentra como parte de la jurisprudencia en el Manual de Procedimientos Administrativos de la Procuraduría General de la República, en la página 223:

“... Servidor que maneja fondos públicos es aquél que por disposición del ordenamiento y conforme a su acto de nombramiento está en una particular relación con los citados fondos, que le permite participar en las distintas etapas de la ejecución presupuestaria de los ingresos y egresos, así como los que intervienen en el proceso de fiscalización y control de la “Hacienda Pública” o en general, participan directamente en la administración financiera del organismo públicos de que se trate.” (O.J.-107-98 de 17 de diciembre de 1998) ...”

Por lo que se considera a todas luces que el funcionario no puede argumentar que en sus funciones no trasgredió el ordenamiento de control y fiscalización superiores, pues su cargo considerado como de la Hacienda Pública.

TERCERO: Sobre el concepto de corrupción y la violación al deber de probidad.

El funcionario imputado, hace referencia al concepto de corrupción plasmado en la resolución, concepto que se trae a dicha resolución para aclarar su significado, no para establecer o describir la conducta del funcionario. En las siguientes argumentaciones que el encartado no menciona en su recurso, se refiere a párrafos jurisprudenciales que enfocan el concepto con el tema de la prescripción, el plazo y el tipo de funcionario, para dejar más claro porque se está tomando como referencia el concepto de corrupción, el cual NO es solamente desde la óptica penal, sino que puede incurrir en corrupción algunas conductas administrativas. Se toma en cuenta que el funcionario está dejando plasmado en el escrito, los conceptos que a su conveniencia desea interpretar y no la que el Órgano Director aclara a lo largo de su resolución.

En este hecho, el encartado indica que “tan es cierto lo que se indica, que inicia diciendo que es una conducta penal y no encontramos dentro de las recomendaciones ninguna que indique, continuar con el procedimiento de tipo penal...”. Interesa a este Órgano Superior aclarar dos puntos: inicia con dichas palabras, pues es un concepto general que deja en claro el concepto de corrupción y no es específico en el sentido de señalar las conductas del funcionario bajo este concepto. Como segundo punto, se debe indicar que la Institución, por medio de sus Asesores, no descarta iniciar el procedimiento Penal o Civil correspondiente, en contra del aquí imputado. Sin embargo, esto no se entra a conocer en el procedimiento que nos ocupa, pues la pretensión del mismo es la responsabilidad administrativa del imputado y no así otras instancias como lo es en sede Penal o Civil.

Para este hecho, le interesa a este Órgano Colegiado desglosar en su totalidad el artículo 39, inciso b:

“...b) Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público. Sin que esta ejemplificación sea taxativa...”

Se desprende del subrayado anterior, que el hecho de que se indique el régimen en su conceptualización, no significa que éste sea taxativo, sino que entran dentro de estos otros supuestos, de los cuales, indica el recurrente: “propone la norma una serie de ejemplos y la contratación administrativa no figura en ninguno de ellos...” Para esta afirmación, se continúa con el desglose del inciso y se subraya para su aclaración que se indica como:

“...se incluyen en el supuesto los siguientes casos: el estudio, la revisión, la emisión de criterio verbal o escrito, la preparación de borradores relacionados con trámites en reclamo o con ocasión de ellos, los recursos administrativos, las ofertas en procedimientos de contratación administrativa, la búsqueda o negociación de empleos que estén en conflicto con sus deberes, sin dar aviso al superior o sin separarse del conocimiento de asuntos en los que se encuentre interesado el posible empleador...”

Por lo que, en la resolución se apunta a este inciso, considerándose que las conductas imputadas al funcionario, transgreden lo ahí escrito y dan pie para que la Administración sustente su acusación en este apartado de la legislación vigente.

Adicionalmente, cabe señalar que el artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, Ley N° 8422, dispone:

“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”.

De modo complementario, el inciso 11) del artículo 1º del reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito establece:

“Artículo 1º-Definiciones. Para la aplicación del presente Reglamento, los términos siguientes tienen el significado que a continuación se indican:

(...)

11) Deber de probidad: Obligación del funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, el cual se expresa, fundamentalmente, en las siguientes acciones:

(...)

b) Demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley;

c) Asegurar 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;

d) Administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente;

(...)

**g) Orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público.”
(Énfasis agregado)**

Así las cosas, debe tenerse presente que la condición de funcionario público implica el cumplimiento de deberes y obligaciones de carácter ético consagrados en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el funcionario está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, así como a actuar con rectitud en todo momento.

Queda plenamente evidenciado para este Consejo que el funcionario Gutiérrez Arias, quebrantó el principio de imparcialidad que constituye un límite y -al mismo tiempo- una garantía del funcionamiento o eficacia de la actuación administrativa, que se traduce en el obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto a las interferencias de grupos de presión, fuerzas políticas o personas o grupos privados influyentes para el funcionario. Este es entonces el bien jurídico protegido o tutelado en los delitos contra la administración pública en general o la administración de justicia en lo particular: la protección del principio de imparcialidad o neutralidad de la actuación administrativa como medio de alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales. (Resolución N° 11524-2000 de las 14:48 horas del 21 de diciembre del 2000, Sala Constitucional).

Por otro lado, la Ley No. 8131, Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, establece como hechos generadores de responsabilidad disciplinaria, la omisión, el retardo, la negligencia o la imprudencia en la preservación y salvaguarda de los bienes o derechos del patrimonio público o la adopción de acciones dolosas contra su protección, independientemente de que se haya consumado un daño o lesión.

Siendo entonces que está debidamente comprobado, que el funcionario Joserick Gutiérrez Arias, realizó actuaciones fraudulentas respecto a la administración, el manejo y la custodia de fondos públicos dentro de varios procesos de contratación administrativa de la institución para la que labora.

CUARTO: El debilitamiento al Control Interno.

Con respecto al inciso d), a lo largo de la resolución se desglosa las responsabilidades que tiene el funcionario tanto por el puesto que desempeña, como por ser un funcionario público, que se debe a sus responsabilidades en total apego al principio de legalidad. El Control Interno, además de estar protegido por Ley, también está en la reglamentación de la Institución, quedando todos los funcionarios que laboran para alguna Institución Pública, obligados a cumplir con esa normativa, a resguardarla y a dar buen uso de los que esta requiere. Por lo que no puede verse como un simple empleado, como así lo indica en el escrito, pues está llamado a cumplir con las obligaciones que le exige la ley y reglamentos que existan con respecto al tema y no se trata de tomar decisiones o medidas, sino de acatarlas en toda su extensión.

A lo largo de la resolución, se habla de las actuaciones erróneas que cometió el funcionario, de cómo a su parecer hacía las cosas sin recurrir a lo indicado por su Control Interno Institucional, como parte de sus funciones y/o a la búsqueda de un procedimiento más transparente en sus actuaciones y no como, en reiteradas veces se mencionó, con respecto a los testimonios de los testigos.

La Ley No. 8292, denominada Ley General de Control Interno establece la obligación de los titulares subordinados, en este caso del señor Gutiérrez Arias de establecer, mantener, perfeccionar y evaluar el sistema de control interno institucional sobre todo por tratarse de anomalías encontradas y comprobadas en la facturación de diferentes proveedores del PIMA.

Por lo que no lleva razón el recurrente en indicar que no hay pruebas que sustenten la transgresión de las reglas ya establecidas en el Control Interno de la Institución.

QUINTO: Violación al Debido Proceso.

Alega el recurrente que dentro de la intimación no se encuentra una cita que relacione el accionar del suscrito, con alguna ley que ahora se pretende imputar.

Sin embargo, el auto de traslado de cargos tiene sus respectivos recursos, mismos que no fueron opuestos dentro del plazo de veinticuatro horas después de notificado el acto, habiendo precluido tal posibilidad.

Adicionalmente, la Ley General de la Administración Pública, establece una serie de requisitos que son NECESARIOS (art. 249 LGAP) dentro del escrito de intimación. Sin embargo y para los efectos, NO indica que se deben establecer las normas con las que se va a juzgar el procedimiento, pues estas se comprueban durante la audiencia y la administración se adaptará a aquella norma que la facultad para mejor resolver.

Es claro que el acto inicial o intimación en su considerando primero expone los hechos concretos y en el segundo, dispone que el procedimiento administrativo se entabla para verificar si señor Gutiérrez Arias, incurrió en error al momento de solicitar, pagar y recibir los suministros de los proveedores descritos en la primera cláusula.

También se explica de manera amplia y detallada en el Acto Final dictado, la normativa violentada.

Por ende, no se considera violentado el debido proceso ni que haya existido indefensión alguna.

SEXTO: Sobre la pérdida de confianza.

Según el diccionario de la Real Academia Española, la “confianza” se define como la “Esperanza firme que se tiene de alguien o algo. Seguridad que alguien tiene en sí mismo

(...)”. Y según el “Diccionario de uso del español” de María Moliner es la “Actitud o estado de confiado. Actitud hacia alguien en quien se confía (...)”.

De tiempo atrás la doctrina de la Sala Segunda de Casación de la Corte Suprema de Justicia que por ser el contrato de trabajo un vínculo intuitu personae, es decir, por las cualidades de la persona, la confianza, es un elemento constante y presente en cualquier relación laboral”. Y eso es así, dado que, en todo trabajador, independientemente del cargo que desempeñe o de la labor que realice, el empleador deposita “un mínimo de confianza que responde a las exigencias de lealtad, honradez, aptitud y demás cualidades derivadas de la especial naturaleza del contrato”.

Sobre el particular es importante primero, hacer referencia a algunas de las causas justas de despido sin responsabilidad patronal señaladas en el artículo 81 del Código de Trabajo, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 81.- Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:

(...)

h) Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éste o su representante en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando;

(...)

l) Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato...” El destacado es nuestro.

Es claro para este Consejo Directivo que el señor Josérick Gutiérrez Arias transgredió su fidelidad al Programa Integral del Mercadeo Agropecuario, sobre todo en su labor de funcionario público y con las irregularidades y anomalías detectadas en los procesos de contratación de la proveeduría.

En ese sentido, la naturaleza del trabajo que desarrolló, exigía la aplicación de los principios y técnicas de una profesión y la transparencia en las transacciones por él realizadas.

Las labores exigen ser realizadas con esmero, dedicación y oportunidad, por cuanto, un error en las mismas puede originar responsabilidad administrativa, en caso de que incurra en alguna causal que atente contra los objetivos organizacionales y el interés público, como fue evidenciado a lo largo del procedimiento administrativo desarrollado.

Es claro entonces para este Consejo Directivo que las actuaciones efectuadas por el señor Gutiérrez Arias, debidamente imputadas, son de tal envergadura que han representado la existencia de un apartamiento del modelo de diligencia exigible a un funcionario público y sobre todo, con conocimiento (dolo) de que dichas acciones debilitaron el control interno.

Respecto de lo que debe entenderse por dolo o culpa grave, la Procuraduría ha establecido:

“(...) Asimismo, todo ello deberá ser juzgado a la luz del correcto alcance que se le ha dado a estos conceptos, pues, como señaláramos arriba con ocasión de la cita de las actas legislativas que recogen la discusión de estas regulaciones, debe probarse una violación grave a los deberes del cargo, al punto de que se configure una indiscutible negligencia, que justamente por resultar evidente resulta punible.

Tenemos entonces que esa culpa grave demanda la existencia y acreditación una violación a reglas elementales sobre el desempeño del cargo que se ha hecho intencionalmente o corriéndose un riesgo de forma indebida, imprudente o descuidada. De ahí que se haya llamado la atención sobre el hecho de que “lo que se podría llamar culpa leve o culpa profesional o culpa habitual, esos descuidos explicables en un funcionario esos no se sancionan. Pero lo que es un descuido grave, un olvido de reglas elementales de prudencia en el desempeño de su cargo, esos es sancionado por ofendido y frente a la administración...” (Acta N.º 104 de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de 3 de abril de 1970, pág. 10). (Dictamen C-014-2008 del 18 de enero del 2008) (...)”

Consideramos entonces, que las actuaciones realizadas por la Administración son concordantes con nuestro ordenamiento jurídico administrativo y existe plena correlación entre los hechos y las conductas imputadas.

POR TANTO

EL CONSEJO DIRECTIVO DEL PIMA

RESUELVE:

PRIMERO: Rechazar el recurso de apelación en subsidio y la excepción de prescripción presentadas por la representación legal del señor **JOSERICK GUTIÉRREZ ARIAS**.

SEGUNDO: Se mantiene incólume el comunicado realizado mediante el oficio GG-353-18, del 09 de agosto del 2018 y enviado al correo electrónico señalado como medio de notificación el día viernes 10 de agosto de 2018.

TERCERO: La presente resolución únicamente tiene recurso de reposición o revocatoria.

CUARTO: Una vez firme la presente resolución, procédase a la ejecución de la sanción.

NOTIFIQUESE: A los correos electrónicos rramirezg2005@hotmail.com y bquesada@pima.go.cr.

Se declara acuerdo firme.

Cc: Gerencia General. Control Interno. Auditoría Interna. Asesoría Legal. Administrativo Financiero. Proveeduría. Recursos Humanos.

Se levanta la sesión extraordinaria número dos mil ochocientos setenta y ocho, a las diecisiete horas con treinta y siete minutos del martes dos de octubre del dos mil dieciocho.

Ana Cristina Quirós Soto

Jeannette Ruíz Delgado

Oscar Chavarría Cisneros

Presidenta Consejo Directivo

Secretaria Consejo Directivo

Secretario Ad Hoc