

14 de octubre de 2016
DGAN-AI-095-2016

Señora:
Virginia Chacón Arias
Directora General
Dirección General Archivo Nacional

ASUNTO: SERVICIO PREVENTIVO DE ADVERTENCIA **SAD-05-2016** "PLUSSES SALARIALES: DEDICACIÓN EXCLUSIVA Y PROHIBICIÓN"

Estimada señora

Se presenta para su conocimiento y atención, el servicio de advertencia **SAD-05-2016** "Pluses salariales: Dedicación Exclusiva y prohibición", de conformidad con las competencias dispuestas en los incisos d) y e) del artículo 22 de la Ley General de Control Interno, N° 8292.

Cordialmente,

AUDITORÍA INTERNA


Gioconda Oviedo Chavarría
Auditora Interna a.i.



ci. Junta Administrativa, Dirección General del Archivo Nacional
Carmen Campos Ramírez, Subdirectora General
Guisselle Mora Durán, Asesoría Jurídica
Adolfo Morales Loría, Oficina de Gestión de Recursos Humanos
Archivo

14 OCT 2016

PLUSES SALARIALES: DEDICACIÓN EXCLUSIVA Y PROHIBICIÓN

1 INTRODUCCIÓN

La auditoría interna es un órgano de naturaleza asesora y, su trabajo por lo general consiste en una labor que se desarrolla con posterioridad a los actos de la Administración (servicios de auditoría), no obstante, en asuntos que sean de su conocimiento o, a solicitud del jerarca, también emitirá de previo, concomitante o posterior a dichos actos, criterios en asuntos de su competencia y, en cumplimiento de su labor de asesoría y advertencia (servicios preventivos), sin que se menoscabe o comprometa la independencia y objetividad en la ejecución de estudios posteriores por parte de esta Unidad.

1.1 OBJETIVO

Brindar una seguridad razonable de que los pluses salariales que se reconocen a los profesionales de la institución, están apegados al principio de legalidad que rige para la función pública y, por tanto, cumplen con el marco legal mínimo para su reconocimiento.

1.2 ALCANCE

Este estudio constituye un servicio preventivo de advertencia, para verificar que las actividades de la Administración se ejecuten de conformidad con las leyes, reglamentos u otras normativas que las regulan, tales como resoluciones, políticas, lineamientos, directrices, códigos, contratos, convenios, entre otros.

Comprendió el análisis de los pluses salariales otorgados por la DGAN a los profesionales que disponen de Dedicación Exclusiva y Prohibición, revisándose los mismos desde su suscripción y hasta la fecha.

1.3 ANTECEDENTES

El contrato público o contrato administrativo, es un acuerdo de voluntades de dar, hacer o no hacer, que posee la particularidad de que, al menos una de esas partes es la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones.

La Dedicación Exclusiva se establece en un convenio bilateral, en el que una de las partes (*el servidor público*) se compromete a no ejercer su profesión, a cambio de una retribución adicional consistente en un porcentaje sobre su salario base.

Es una "...compensación económica retribuida a los servidores de nivel profesional, porcentualmente sobre sus salarios base (previa suscripción de un contrato entre el servidor y el máximo jerarca o con quien este delegue), para que obligatoriamente no ejerzan de manera particular (remunerada o *ad honorem*), la profesión que sirve como requisito para desempeñar el puesto que ostenten así como las actividades relacionadas con esta; con las excepciones que se establecen en el presente reglamento."

La Prohibición, entre tanto, responde a un régimen legal, de carácter obligatorio para el funcionario y, se encuentra regulado en virtud de las atribuciones, funciones y

PLUSES SALARIALES: DEDICACIÓN EXCLUSIVA Y PROHIBICIÓN

responsabilidades asociadas a ciertos cargos públicos y diversas normas legales y, se convierte en una restricción para ejercer de manera privada la o las profesiones que ostenten tales funcionarios, aunque su tenencia no haya sido requisito para acceder a dichos cargos.

Ambos institutos se diferencian entre sí, principalmente, porque, como se indicó en párrafos anteriores, la Dedicación Exclusiva, como contrato que es, se constituye en una voluntad de las partes, no así la prohibición; de la cual no existe posibilidad para el funcionario de negociar sus términos, ni tampoco de renunciar a tal régimen, justamente por ser de acatamiento obligatorio (configuración legal).

Por imperativo del principio de legalidad, según el cual la Administración Pública sólo puede hacer lo que la ley le autoriza, la creación de cualquier incentivo, plus salarial o beneficio económico adicional al salario base, es reserva de ley.

Toda nueva ley debe regir en términos generales sin afectar "*derechos subjetivos o situaciones jurídicas consolidadas*", según el artículo 34 de la Constitución Política; es decir, la regla en materia de vigencia de la ley es su irretroactividad frente a derechos adquiridos o, de situaciones jurídicas consolidadas.

2. RESULTADOS

2.1 CONTRATOS DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA SIN PLAZO FIJO-UNIFORMIDAD EN SU VIGENCIA

En la revisión realizada a la muestra de expedientes de personal profesional, de la Dirección General del Archivo Nacional (DGAN), se observó que algunos contratos de Dedicación Exclusiva fueron firmados antes de la entrada en vigencia de las resoluciones emitidas por la Dirección General del Servicio Civil, en las que se señala que la adscripción del servidor al Régimen de Dedicación Exclusiva, no puede estar sujeto a la aplicación de prórrogas automáticas o contratos sin fecha de vigencia, como podría suceder en otras relaciones contractuales de carácter particular, dado que en esta materia debe prevalecer el interés público sobre el interés particular y, en especial, la necesidad institucional de mantener vigente esa relación.

Esta situación provoca que se encuentren contratos únicamente con fecha de rige a partir del momento en que es suscrito por las partes, sin indicarse el plazo de vigencia del mismo.

La más reciente Resolución emitida por la DGSC, relacionada al tema de Dedicación Exclusiva, es la **R-254-2009**, del 12 de agosto de 2009, menciona en su artículo 9 que "*El contrato de Dedicación Exclusiva, su prórroga o addendum tienen vigencia a partir del día en que es aceptado y firmado por las partes y durante el plazo pactado...*".

Se tiene, por tanto, que el régimen de Dedicación Exclusiva tiene naturaleza contractual y consensual, no es un régimen impositivo, ya que surge por el acuerdo de voluntades entre la

PLUSES SALARIALES: DEDICACIÓN EXCLUSIVA Y PROHIBICIÓN

administración y el funcionario, a efectos de lograr una mayor eficiencia en el servicio público. Esto sin perjuicio de la obligación que existe de cumplir, además, con la normativa existente, entre otros, en cuanto al porcentaje reconocido o compensación laboral y los parámetros básicos que se deben respetar a la hora de otorgar el plus indicado.

En materia del incentivo de Dedicación Exclusiva, se considera necesario que la estipulación del plazo sea preestablecido en el contrato, con la finalidad de que la Administración pueda hacer frente con el contenido económico presupuestario y, en protección del interés público.

Es importante que la Administración, observando en todo momento el Debido Proceso, disponga subsanar aquellos actos que, en este momento, podrían estar riñendo con el Principio de Legalidad y, se establezcan plazos para todos aquellos contratos que no cuentan con una vigencia explícita, puesto que resulta claro que la Dedicación Exclusiva no es un plus salarial de aplicación universal o automática, sino que para su concesión, se debe demostrar el interés público que justifica la erogación a realizar y, el contenido presupuestario que debe asegurar la Administración, siendo que al no fijarse un plazo establecido en los contratos señalados, se podría estar asumiendo la responsabilidad de que, en todo momento, la Administración dispone de los recursos financieros para hacer frente a éstos.

Por otra parte, este tipo de situaciones podría, eventualmente, dirigir este comportamiento a una gestión débil de la Oficina Auxiliar de Gestión Institucional de Recursos Humanos, debido a la falta de claridad acerca de las circunstancias bajo las cuales aplica el reconocimiento de estos incentivos y, de apego a las regulaciones emitidas por las instancias competentes.

Por otra parte, relacionado con los contratos de Dedicación Exclusiva, se observa que algunos de ellos establecen una vigencia de 5 años y otros de 10 años, es decir, en apariencia, no existe ninguna norma interna que establezca uniformidad en el plazo de los contratos, por lo que se insta a la Administración a valorar y gestionar que todos los contratos se rijan por un plazo uniforme, es decir, que se establezca alguna política o procedimiento que regule tal evento.

2.2 RÉGIMEN DE PROHIBICIÓN

Por la naturaleza de las funciones, en razón del puesto y, en virtud de las atribuciones y responsabilidades asociadas a ciertos cargos públicos que ocupan varios profesionales de la institución, se impone a éstos un incentivo económico, establecido por norma legal, de carácter obligatorio para el funcionario y, que se encuentra regulado, entre otras, en normas del ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública; por lo que no existe posibilidad para el funcionario de negociar sus términos, ni tampoco de renunciar a tal régimen, justamente por ser de acatamiento obligatorio (configuración legal).

Esta prohibición se encuentra en diversas normas legales, dentro de las que se incluye, solo para citar algunas; la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N° 8, del 29 de noviembre de 1937

PLUSES SALARIALES: DEDICACIÓN EXCLUSIVA Y PROHIBICIÓN

y sus reformas; Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley N° 4755, del 3 de mayo de 1971; Ley de Compensación Económica sobre el Salario Base de Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública, Ley N° 5867, del 15 de diciembre de 1975; Ley General de Control Interno, Ley N° 8292, del 31 de julio de 2001 y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N° 8422, del 6 de octubre de 2004 y, sujetan a quienes los ocupen, a una restricción para ejercer de manera privada la o las profesiones que ostenten, aunque su tenencia no haya sido requisito para acceder a dichos cargos.

En la revisión de los diferentes expedientes de personal, se encontró que varios funcionarios disfrutaban de este plus salarial, por el tipo de puesto que desempeñan en la institución, no obstante, no se aclara en los expedientes a qué régimen pertenece cada uno, lo que no permite ubicar, claramente, qué norma ampara tal prohibición.

3. CONCLUSIONES

La Dedicación Exclusiva constituye un convenio bilateral en el que el servidor público se compromete a no ejercer en forma particular ninguna profesión liberal y, la administración se compromete, a cambio de esa obligación que adquiere el funcionario público, a retribuirle en forma adicional con un porcentaje sobre el salario base (compensación laboral) y deviene de un acuerdo entre las partes citadas (carácter convencional), de ahí que sea renunciable

La Dedicación Exclusiva es la concurrencia de dos voluntades que origina, tanto la incorporación del funcionario respectivo al régimen de Dedicación Exclusiva, como el pago adicional al salario por ese concepto. Lo anterior con fundamento en un acto que - si bien- es administrativo en sentido genérico, en estricto derecho -por su carácter bilateral- se conceptúa como un contrato en el que ambas partes adquieren obligaciones y derechos.

Debe la administración considerar y justificar cuáles puestos profesionales pueden acogerse al régimen de Dedicación Exclusiva. El funcionario que se acoja voluntariamente a este régimen deberá firmar un contrato de Dedicación Exclusiva con fundamento en la normativa atinente, siendo que el incumplimiento a dichas reglas puede acarrear consecuencias disciplinarias, civiles y penales.

La prohibición es un régimen entendido como la existencia de una incompatibilidad para el ejercicio liberal de la profesión, ya que la restricción a que se ve sometido el servidor viene impuesta por la ley y no queda sujeta a la voluntad de las partes (funcionario o empleado y Administración), pues es inherente al cargo y, por ende, ineludible e irrenunciable.

PLUSSES SALARIALES: DEDICACIÓN EXCLUSIVA Y PROHIBICIÓN

4. REQUERIMIENTOS

A la Directora General

4.1 Velar por el cumplimiento de los requerimientos emitidos en el presente servicio de advertencia.

4.2 Informar a esta Auditoría, en un plazo de diez días hábiles, mediante un cronograma de actividades, la forma en que las dependencias a su cargo atenderán los requerimientos señalados.

A la Oficina Auxiliar de Gestión Institucional de Recursos Humanos

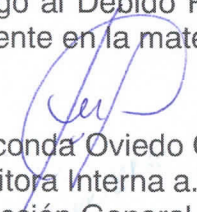
4.3 Realizar una revisión de los contratos de Dedicación Exclusiva y, establecer un listado de aquellos que no cuentan con fecha de vigencia de los mismos, así como el plazo pactado de rige y caducidad.

4.4 Elaborar una matriz que contenga las clases de puestos, especialidades académicas, porcentaje que aplica y el fundamento jurídico que ampara el otorgamiento del beneficio de prohibición a los funcionarios de la DGAN, de manera que sirva de instrumento facilitador en la toma de decisiones para otorgar dicho beneficio. El fundamento jurídico deberá ser congruente con el puesto ocupado y el porcentaje correspondiente.

4.5 Establecer e implementar mecanismos de control sobre los contratos firmados por concepto de Dedicación Exclusiva y sus respectivas adendas, que permitan asegurar que los mismos son uniformes y ajustados a derecho.

A la Asesoría Jurídica

4.6 Emitir criterio en cuanto a la situación de que hayan contratos de Dedicación Exclusiva que fueron suscritos antes de que entrara en vigencia la Resolución DG-254-2009, emitida por la Dirección General del Servicio Civil, en que se establece que estos contratos deben disponer de un plazo pactado; para que la Administración pueda tomar la decisión correspondiente, en apego al Debido Proceso y, valorar el elaborados nuevamente, ajustándolos a la normativa atinente en la materia.


Gioconda Oviedo Chavarría
Auditora Interna a.i.
Dirección General del Archivo Nacional

Ci: Junta Administrativa Dirección General del Archivo Nacional
Carmen Campos Ramírez, Subdirectora General, Directora Ejecutiva CNSD
Guisselle Mora Durán, Asesoría Jurídica
Adolfo Morales Loría, Coordinador Recursos Humanos
Archivo

