



Auditoría Interna

San José, 10 de diciembre del 2019
JD-INTA-264-2019
Auditoría Interna

Señores (as):
Junta Directiva
INTA



Asesoría: Sobre el deber de probidad y el conflicto de intereses.

Estimados señores (as):

La Auditoría Interna del Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (INTA) en atención a una serie de situaciones observadas en el actuar de la institución y acorde a las competencias establecidas en el artículo N°22 de la Ley General de Control Interno, N°8292, (LGCI 8292) que señala como una competencia de las Auditorías Internas el "(...) **asesorar, en materia de su competencia, al jerarca del cual depende** (...)", sin perjuicio de las asesorías que, en esa materia, a criterio del Auditor Interno, correspondan dirigir a otros niveles de la organización, procede a señalar elementos establecidos en el ordenamiento jurídico sobre el **conflicto de interés** y su íntima relación con el **deber de probidad**.

Recientemente esta Auditoría realizó un llamado de atención en la sesión ordinaria N°453 del 04 de noviembre de 2019, con respecto a la asesoría que brinda a la Junta Directiva una funcionaria de la Asesoría Jurídica del INTA, en relación a los nombramientos de personal como producto de la reorganización administrativa aprobada por MIDEPLAN mediante oficio DM-1185-2019 del 12 de agosto 2019.

En el acta correspondiente, la Auditoría Interna hace un llamado de atención sobre dicha asesoría, debido a que existe un potencial conflicto de interés que podría **afectar la imparcialidad y objetividad de la funcionaria pública**; debido que la misma fue nombrada en un cargo de jefatura (*Circular DE-INTA-014-2019 del 18 de octubre 2019*), y precisamente la legalidad y validez de dichos nombramientos estaban siendo cuestionados, así como los **estudios** realizados por la Gestión Institucional de Recursos Humanos del MAG para **establecer la idoneidad de las personas nombradas**, de conformidad con los procedimientos establecidos por la Dirección General de Servicio Civil.

La Auditoría Interna indicó que, en casos de potenciales o reales conflictos de interés, la Procuraduría General de la República (PGR) y la Contraloría General de la República (CGR), establece como un **deber del funcionario abstenerse cuando el mismo puede verse beneficiado con la decisión que se tome sobre el asunto**, finalmente se recomendó a la Junta Directiva que en el caso particular era **recomendable contar el criterio y asesoría de**



Auditoria Interna

otro profesional en derecho debido al interés personal de la asesora sobre los nombramientos de las nuevas jefaturas.

En razón de lo anterior, ésta Auditoria Interna, considera conveniente asesorar a la Junta Directiva con respecto al marco jurídico y ético sobre el concepto del “deber de probidad” y “conflicto de interés. Específicamente el deber de probidad se encuentra definido en el artículo N°3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N°8422:

“Artículo 3°- 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.

(El resaltado no es del original)

El concepto del deber de probidad es muy amplio, dado que se enfoca en la **conducta del funcionario público, la cual debe estar apegada en todo momento a la transparencia, rendición de cuentas, honradez, rectitud, respeto, discreción, imparcialidad, lealtad, espíritu de servicio, buena fe, entre otros** (Dictamen de la PGR: C-008–2008 del 14 de enero del 2008).

El deber de probidad limita los actos administrativos a una serie de condiciones a tomar en cuenta:

- a) Los actos que los funcionarios públicos ejerzan **no deben atender a una necesidad personal, directo o indirecto, esto se denomina conflicto de interés**. Los actos debidamente concebidos, obedecen a la suma de mismas necesidades que satisfacen el colectivo. La Contraloría General de la República mediante oficio N°7728 (DJ-0346-2009 del 22 de julio 2009) establece que: “(...) **existe conflicto de intereses cuando en el ejercicio dentro de las labores dentro de una institución, sobreviene una contraposición entre los intereses propios y los de la institución. Ahora bien, el eventual – real o potencial – conflicto de intereses que pueda surgir entre la identidad y sus representantes, entre el interés personal y de la institución, el funcionario público está llamado a evitarlo (es obligatorio)** (...)”
- b) Un elemento que debe tomar en consideración **todo funcionario público** en su accionar, es **no tomar partido sobre alguna situación donde existe un beneficio propio**, para alguien de su interés, real o que sea potencial, conforme al oficio de la

Auditoría Interna

Contraloría General de la República, División Jurídica, Oficio N° 217, DJ-0039-2011, del 17 de enero de 2011, que indica: ***“El funcionario público debe evitar colocarse en un conflicto de intereses. (...) por lo que ante una situación que pueda generar este choque entre el interés público y sus intereses personales está llamado a declinar su participación –si ello es realmente lo que procede de conformidad con el carácter restrictivo con el que se han de interpretar estas causales de impedimento, excusas o recusaciones- con miras a la consecución de un ejercicio de la función pública totalmente transparente y objetivo. Lo anterior lo lleva también a la **obligación de abstenerse de todo tipo de actuación que conlleve a influenciar la conducta de otro servidor público para la consecución de un interés propio** o de un tercero a quien quiera beneficiar. También es importante agregar a lo expuesto que en observancia del deber de probidad que impone el numeral 3 de la Ley no. 8422, todo funcionario público debe demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley (...).”***

- c) Cuando el funcionario analice las condiciones en que pueda emitir un criterio sesgado, se deberá abstener de dar alguna decisión. Así lo demuestra la Procuraduría General de la República, en el Dictamen N° C-153-2008 del 8 de mayo de 2008, ***“(...) existe una clara relación entre el deber de abstención y el correcto ejercicio de la función pública, en tanto esa obligación debe ser respetada íntegramente en el ejercicio de las funciones, a fin de que las situaciones o intereses personales del servidor no vicien de ningún modo su voluntad al momento de tomar una decisión en el desempeño de su cargo, y que ello necesariamente se engarza, a su vez, con el deber de probidad, que constituye un deber ya no sólo de carácter ético, sino también legal, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, toda vez que se encuentra consagrado expresamente en el artículo 3° de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (N° 8422 del 6 de octubre del 2004) y cuya violación se constituye en causal para separación del cargo sin responsabilidad patronal (...).”***
- d) Existe un riesgo para la imparcialidad cuando ***“(...) El conflicto de intereses conlleva el eventual riesgo de sesgar la imparcialidad que debe tener todo funcionario público al momento de tomar decisiones, pudiendo este resultar inclinado por un interés personal que privaría sobre el público perdiendo de vista que es este último el que debe ser el norte de su conducta (...). (Dictamen N° C-095-2011 del 25 de abril de 2011).***
- e) El deber de abstención se genera cuando el interés personal del funcionario en el asunto sea de tal envergadura que razonablemente pueda incidir en su criterio y decisiones y en detrimento del interés público, menciona que: ***“(...) Así las cosas, la colisión palpable de intereses que justifica la abstención está referida a la presencia clara de intereses personales, parentescos, relaciones negocios o rentas que representan para esa persona un interés directo que pueda superponerse al interés público que debe mediar en la toma de decisiones dentro de la función pública. Lo anterior cobra especial relevancia en tanto toda persona que haya sido investida con la competencia para ejercer una función pública (...).” (Dictamen N° C-451-2007-2007 del 17 de diciembre de 2007).***



Auditoria Interna

- f) Cuando el funcionario tenga bloqueado su perspectiva, por la decisión que provoca el dictar actos que lo favorecen, va en deterioro de los procesos éticos que norman la conducta de la probidad, mismos que se establecen en el Dictamen N°C-352-2014 del 24 de octubre de 2014, Existe un **interés directo que obliga a la abstención, cuando el funcionario puede verse beneficiado o perjudicado directamente con la decisión que se adopte respecto de un asunto.** Menciona que: *"(...) En esta materia, existe jurisprudencia administrativa, en el sentido de que el deber de abstención se justifica y se exige en la medida en que exista un conflicto de intereses que pueda afectar la imparcialidad y objetividad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias. Valga indicar, que por interés directo se ha entendido aquel que sitúa al regidor en una posición individualizada respecto del acuerdo que se adopte, es decir, en el que pueda verse beneficiado o perjudicado directamente con la decisión que adopte el Concejo (...)."*

(Los resaltados no son del original)

Con base en la normativa señalada en los puntos anteriores, es que podemos manifestar que la intervención de un funcionario público debe estar vinculada a una normativa, no a un interés personal en el cual se determine la parcialidad de criterio, de forma tal que, de existir dudas se pueda apartar de la emisión de un juicio, criterios o asesorías, de lo contrario podrá estarse ante eventuales hechos que generen sanciones de tipo disciplinarias y/o penales, sobre las sanciones la PGR ha establecido:

- a) El funcionario público tendrá conocimiento y compromiso con que el cual debe regir las acciones, porque de **no ser así las sanciones caerán sobre sus actos**, conforme al Dictamen N° C-451-2007-2007 del 17 de diciembre de 2007, **Incumplimiento al deber de abstención puede generar la destitución sin responsabilidad patronal e, incluso, responsabilidad penal.** Que indica: *"(...) Si el funcionario no se abstiene a pesar de existir un motivo justificado, ello podría significar la destitución del cargo sin responsabilidad patronal, a la luz de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley N° 8422 (violación al deber de probidad), o incluso la imposición de una responsabilidad de carácter penal (...)."*
- b) De la misma forma y reiterando las consecuencias de no acatar las responsabilidades de los actos administrativos que justifiquen irregularidades por parte el funcionario público, el Dictamen N° C-368-2007 del 11 de octubre de 2007, establece que **la desatención al deber de abstención puede configurar el delito de incumplimiento de deberes.** Menciona que: *"Ahora bien, en punto a la determinación de la falta, debe indicarse que el incumplimiento del deber de abstención (que supone un incumplimiento del deber de probidad), podría llegar a configurar el delito de "incumplimiento de deberes" previsto en el artículo 332 del Código Penal, el cual se encuentra sancionado con una pena de inhabilitación de uno a cuatro años." (Artículo N°332 del Código Penal modificado al N°339).*

Auditoria Interna

Así las cosas, esta Auditoria Interna refuerza la asesoría brindada en la sesión N°453 del 04 de noviembre 2019, con el propósito de que los miembros de la Junta Directiva del INTA y la misma Administración tomen en consideración el ordenamiento jurídico alrededor del concepto del deber de probidad y conflicto de interés y la imperiosa necesidad de la abstención, imparcialidad, declinación de participación, emisión de criterios verbales o escritos, cuando existe un interés directo del funcionario que pueda favorecerlo o perjudicarlo.

Sin otro particular, se suscribe



Fanny Arce Alvarado
Auditora, Auditoria Interna
Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria.

Cc: Archivo.

