



28 de febrero de 2024
MH-DJ-OF-0379-2024

Señor
Ronald Fernández Romero
Director General de Auditoría Interna
Ministerio de Hacienda

Asunto: Respuesta al oficio número MH-AI-OF-0045-2024.

Estimado señor:

Me refiero al oficio número MH-AI-OF-0045-2024 de fecha 13 de febrero de 2024, recibido vía correo electrónico el día 14 del mismo mes y año, por medio del cual solicita criterio relacionado con los puestos de Director y Subdirector de Aduanas, específicamente las siguientes interrogantes:

- 1. ¿A cuál colegio profesional debe estar incorporado el Director y el Subdirector General de Aduanas?*
- 2. ¿Cuál área profesional debe de pertenecer el funcionario que ostente el cargo de Director y Subdirector General de Aduanas?*
- 3. En caso de requerir la incorporación de un colegio profesional distinto al que actualmente se encuentra un funcionario nombrado y éste no posea los requisitos de ley para su incorporación en el colegio profesional correcto ¿El funcionario debería devolver todas las sumas percibidas bajo el incentivo de pago de prohibición?*

Considerando lo anterior, se rinde criterio jurídico en los siguientes términos:

Inicialmente, siendo que los puestos de Director y Subdirector de Aduanas son puestos de confianza, corresponde hacer una reseña general de la naturaleza jurídica de dichos puestos.

Los puestos de confianza son una excepción al régimen estatutario debido a la naturaleza de sus funciones, lo que implica su libre nombramiento y remoción -con derecho a las indemnizaciones establecidas en los artículos



585 y 586 del Código de Trabajo, cuando corresponda-; y cuyo horario laboral estará sujeto a una jornada ordinaria diaria de hasta doce (12) horas, en los términos del artículo 143 del Código de Trabajo.

Al respecto, nótese que el Estatuto de Servicio Civil en sus artículos 3, 4 y 5, regula de manera general lo relativo a los puestos excluidos del Régimen de Servicio Civil, dentro de los cuales se encuentran los puestos de confianza, señalando los numerales 3 y 4 en lo conducente:

*“Artículo 3º. – No se considerarán incluidos en este Estatuto:
(...)”*

c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros.

Artículo 4º. – Se considerará que sirven cargos de confianza:

(...)”

g) Los cargos de directores, subdirectores, directores generales y subdirectores 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.**”*

(La negrita no pertenece a original)

Aunado a lo anterior, el artículo 1 del Decreto N° 39059-H denominado “Reglamento de puestos de empleados de confianza subalternos del sector público”, establece las normas por las cuales se regirán estos puestos, veamos:

“Artículo 1º–Los puestos de empleados de confianza subalternos pertenecientes al sector público, se regirán por las siguientes normas:



a) Comprende a los servidores que han sido nombrados libremente, con entera discrecionalidad por parte del funcionario que hace la escogencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140, inciso 1) de la Constitución Política, para los funcionarios del Poder Ejecutivo, así como de las entidades descentralizadas y de las empresas públicas, previos atributos personales, académicos y técnicos que puedan hacerlos idóneos para el ejercicio del puesto que desempeñan, los que estarán excluidos del Régimen de Servicio Civil y de las limitaciones de la jornada de trabajo, de acuerdo con lo regulado por el artículo 143 del Código de Trabajo, publicado en La Gaceta N° 192 del 29 de agosto de 1943 y sus reformas.

(...)

De lo anterior, se aprecia claramente que, a pesar de la discrecionalidad que impera en estos nombramientos, la normativa establece requisitos esenciales para la consecución de su nombramiento, aspectos que la Administración posee la obligación de verificar, en ese sentido la Procuraduría General de la República¹ ha indicado:

“Conviene advertir que a pesar de que se reconoce que los empleados de confianza son de libre selección y remoción, y que por ende, el grado de discrecionalidad en ese sentido es amplio, estimamos que si bien ellos no deben acreditar su idoneidad para el cargo por el procedimiento concursal estatutario o de mérito por oposición, porque expresamente están exceptuados de él (art. 3 inciso c) del Estatuto de Servicio Civil), lo cierto es que deberán reunir ciertos requisitos mínimos indispensables para el adecuado desempeño de sus funciones; requisitos mínimos, incluso de preparación académica y de experiencia, que dependerán de las funciones específicas que conformen el puesto.”

(La negrita no pertenece al original)

Además, las personas nombradas en puestos de confianza resultan ser a todas luces, funcionarios públicos, definidos ampliamente por el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, el cual no hace distinción alguna en el tipo de nombramiento que se lleve a cabo, sino que la

¹ Procuraduría General de la República, dictamen C-180-2006 del 15 de mayo de 2006.



condición de funcionario público la ostenta la persona nombrada mediante un acto válido y eficaz para brindar un servicio público a nombre y por cuenta de la Administración.

Teniendo claro lo anterior, se atenderán las consultas realizadas en el oficio de referencia en el mismo orden indicado.

El artículo 12 de la Ley número 7557 denominada Ley General de Aduanas establece en lo relativo al requisito académico que deberá tener quienes ostenten los cargos de Director y Subdirector:

“Artículo 12. – Titular de la Dirección General de Aduanas.

(...)

El director general y el subdirector de Aduanas deberán tener, por lo menos, el grado académico de licenciatura universitaria con experiencia profesional en el área aduanera y/o de comercio exterior.”

(La negrita no pertenece al original)

En concordancia con lo señalado por la Procuraduría General de la República, se concluye que lo establecido en el artículo 12 citado, corresponde a los requisitos mínimos indispensables para el adecuado ejercicio del puesto de Director y Subdirector.

Es decir, la persona que se nombre en estos puestos, debe tener, como mínimo, licenciatura universitaria –**sin que sea específica el área académica en que tenga dicha titulación**– esto como parte de la flexibilidad, discrecionalidad y libre nombramiento que opera en los puesto de confianza, y experiencia profesional –debidamente comprobada– en materia aduanera o comercio exterior, siendo estos requisitos, parte de la idoneidad que les permite desarrollar de forma eficiente la función pública encomendada.

Considerando lo anterior, debido a que no existe dentro de la normativa vigente atinencia académica específica para el puesto de Director o Subdirector, al momento de la selección, la Administración deberá probar que efectivamente el postulante tenga como mínimo, el grado universitario



que indica el artículo 12 de la Ley General de Aduanas, que exista Colegio Profesional y de ser así, que su incorporación sea obligatoria para el ejercicio de la profesión, aunado a la comprobación, por medio de documentación idónea, de la experiencia profesional en materia aduanera o comercio exterior.

Respecto a la debida comprobación de la experiencia profesional, si bien la ley no lo regula de esa forma, se indica tomando en cuenta que el nombramiento se realiza por medio de un acto administrativo, siendo entonces importante que todos los antecedentes de hecho y derecho consten de manera explícita, a efectos que no exista duda de la validez y eficacia de dicho acto.

Así las cosas, no es factible determinar a priori, el Colegio Profesional al que debe estar incorporado la persona que sea nombrada en los puestos de reiterada cita, toda vez que será de acuerdo con la formación académica universitaria que presente como requisito el postulante.

Ahora bien, con relación al área profesional a la que debe pertenecer el funcionario que sea nombrado como Director o Subdirector, es dable indicar que al tratarse de materia aduanera, la formación académica y profesional debería ser en dicha materia, no obstante, en virtud de la naturaleza de dichos puestos, la norma lo que establece, es la experiencia profesional en aduanas o comercio exterior.

Sobre el particular, es importante tener claro lo que es la experiencia profesional, la que ha sido definida por la representación estatal² de la siguiente manera:

“Ahora bien, en relación con la experiencia, la misma corresponde a una práctica prolongada de conocimientos, destrezas y habilidades y en ese sentido el dictamen C-155-2020 del 28 de abril de 2020, indicó lo siguiente:

“la experiencia se concibe como la adquisición de conocimiento y habilidades en el tiempo, a causa del desempeño de una labor. La experiencia es intrínseca al trabajo, indivisible pero sí determinable en relación a la función depositada a ejecutar.

² Procuraduría General de la República, dictamen PGR-C-347-2021 del 09 de diciembre de 2021.



(...)

*En general, nuestra jurisprudencia administrativa se ha encargado de precisar que **la experiencia profesional que es útil para el acceso a un puesto es aquella que cumpla simultáneamente dos requisitos:***

1) Haber sido acumulada después de la obtención del grado académico mínimo de bachiller universitario.

2) Haber sido obtenida en la ejecución de tareas de naturaleza profesional.

*Ambos requisitos deben estar presentes para que se valide y se reconozca la **experiencia profesional exigida para un puesto.***

(La negrita no pertenece al original)

Es decir, no cualquier tarea o actividad profesional sirve para ser acreditada como experiencia profesional.

Conteste con lo anterior, para que la experiencia profesional del interesado como parte de los requisitos para el nombramiento del Director y Subdirector de Aduanas, sea válida, deberá cumplir los presupuestos citados supra.

En ese sentido, en atención a la segunda consulta, tal y como se ha desarrollado, la norma únicamente dispone que se debe tener experiencia profesional en materia aduanera o comercio exterior, por lo que en aplicación del principio general del derecho, relacionado con la imposibilidad de distinguir donde la ley no distingue, no es factible indicar el área profesional a la que debe pertenecer el Director y Subdirector de Aduanas.

En lo que respecta a la tercera consulta, considerando que se refiere al pago de prohibición y la incorporación al Colegio Profesional que corresponda, se debe realizar una breve reseña de estos dos aspectos para posteriormente arribar a la respuesta que en derecho corresponda.



En lo que respecta al régimen de prohibición, se entiende como una restricción normativa al libre ejercicio de la profesión, el cual cobija a ciertos funcionarios públicos, así lo ha indicado la Procuraduría General de la República³:

*“(...) dentro del régimen de prohibición debemos distinguir (...) dos presupuestos: el primero, **la existencia de una ley que prohíba a un determinado grupo de funcionarios** el ejercicio de una profesión y el segundo, una norma, también de rango legal, que permita el pago de una compensación económica derivada de esa prohibición (...)”.*

Conteste con lo anterior, la Ley de Salarios de la Administración Pública, Ley número 2166, establece los requisitos que deben tener los funcionarios señalados por ley como posibles beneficiarios de dicho pago compensatorio:

*“Artículo 31- Requisitos de los funcionarios. Los funcionarios que suscriban un contrato de dedicación exclusiva y **aquellos señalados en la ley como posibles beneficiarios del pago adicional por prohibición deberán cumplir con los siguientes requisitos:***

*1. **Estar nombrado o designado mediante acto formal de nombramiento en propiedad, de forma interina, suplencia o puesto de confianza.***

*2. **Poseer un título académico universitario, que le acredite como profesional en determinada área del conocimiento, para ejercer de forma liberal la profesión respectiva.***

*3. **Estar incorporado en el colegio profesional respectivo; lo anterior en caso de que dicha incorporación gremial exista y que la incorporación sea exigida como una condición necesaria para el ejercicio liberal.***

*4. **En los supuestos de dedicación exclusiva, se deberá estar nombrado en un puesto que tenga como requisito mínimo el grado académico profesional de bachiller.***

³ Procuraduría General de la República, dictamen C-282-2009 del 13 de octubre del 2009.



Quedan exentos de la obligación establecida en el inciso 3) aquellos funcionarios con profesiones para las que no exista el colegio profesional respectivo o ante la ausencia de obligatoriedad de pertenecer a un colegio profesional.

(Así adicionado por el artículo 3° del título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N° 9635 del 3 de diciembre de 2018)”

(La negrita no pertenece al original)

Vemos entonces que, no basta que la ley disponga dicha restricción para ciertos funcionarios, si no que, deben cumplirse los requisitos indicados supra para que el pago de prohibición pueda hacerse efectivo, éstos requisitos, deben ser verificados por el Departamento de Gestión de Potencial Humano como parte de sus competencias y constar en los antecedentes del estudio que se realice para autorizar el pago de prohibición.

Conforme lo dicho, de manera específica, el artículo 12 de la ley número 7557 señala la prohibición a la que están sujetos el Director y Subdirector de Aduanas:

Artículo 12.-

(...)

El director general y el subdirector de Aduanas deberán tener, por lo menos, el grado académico de licenciatura universitaria con experiencia profesional en el área aduanera y/o de comercio exterior.

A esos funcionarios se les prohíbe:

1. Ejercer profesiones liberales fuera del cargo.

2. Desempeñar otro cargo público o prestar otros servicios a los sujetos sometidos a su autoridad. De esta prohibición se exceptúa el ejercicio de la docencia universitaria.

(La negrita no pertenece al original)



En ese sentido, es claro que la prohibición que se impone al funcionario que ocupe el cargo de Director o Subdirector de Aduanas está dada por ley, cumpliendo de esta manera uno de los presupuestos para este pago, sumado al hecho que esta restricción está dirigida al ejercicio de profesiones liberales, acorde a los requisitos antes vistos.

Ahora bien, en referencia a las profesiones liberales, la Procuraduría General de la República⁴ ha definido las siguientes características para delimitar la naturaleza de éstas:

1. Es susceptible de ejercerse en el mercado de servicios.
2. Implica la libertad de juicio e independencia del profesional.
3. Genera una relación de confianza con su cliente.
4. Su ejercicio requiere de un grado universitario y la incorporación al Colegio Profesional respectivo, en caso de que la colegiatura sea obligatoria.

Asimismo, ha indicado la representación estatal que, para determinar el carácter liberal de una profesión es necesario que esa disciplina reúna los cuatro elementos distintivos señalados y que definir la naturaleza liberal o no de una profesión es una tarea que compete únicamente a la Administración activa.

Tomando en cuenta lo indicado y, considerando que la compensación de pago de prohibición es resorte del Departamento de Gestión del Potencial Humano, recomendamos a la Auditoría Interna consulte a dicho Departamento por el informe técnico en el que exista respaldo sobre la decisión para determinar si la profesión que ostenta el Director y Subdirector de Aduanas es una profesión liberal, con base en la cual, se haya realizado o se realice el pago de dicha compensación; así como el cumplimiento de los demás requisitos establecidos por la ley.

Abordado el tema de la prohibición, corresponde referirse al requisito de la incorporación al colegio profesional para que el funcionario pueda recibir este pago compensatorio.

⁴ Procuraduría General de la República, dictamen C-286-2019 del 26 de setiembre del 2019



En ese aspecto, la incorporación al colegio profesional presenta las siguientes aristas: 1) que exista colegio profesional y 2) que la incorporación resulte ser insoslayable para el ejercicio de la profesión.

Para el caso que nos ocupa, como se analizó supra, existe una imposibilidad para determinar preliminarmente la formación universitaria del funcionario que sea nombrado como Director o Subdirector, por tanto, no es posible tampoco señalar el colegio profesional al que debe estar colegiado el postulante.

Entonces, el análisis y verificación de los requisitos citados corresponde al Departamento de Gestión de Potencial Humano, quien deberá realizar las prevenciones respectivas, como parte de sus actividades de control existentes para el proceso de nombramiento, las cuales toman mayor relevancia cuando existe de por medio un pago de compensación económica como lo es la prohibición.

Así las cosas, respecto a la tercera consulta, considerando los antecedentes que expone en el oficio de referencia, se toma como premisa que requerir un cambio en la agrupación gremial pareciera ser porque el requisito de la incorporación no fue debidamente verificado.

Bajo ese presupuesto, nos encontramos en una situación que requiere para su constatación la instrucción de un procedimiento administrativo, a través del cual se determine la existencia o no de responsabilidad civil y administrativa de las partes involucradas en el pago de prohibición sin el cumplimiento cabal de los requisitos, a efectos de verificar la verdad real de los hechos, otorgar el debido proceso y conceder el derecho de defensa de los investigados.

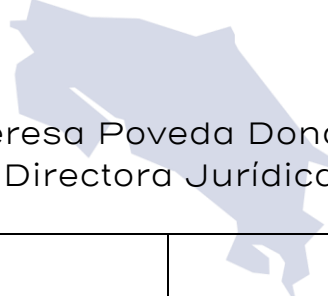
Con base en lo desarrollado es posible concluir lo siguiente:

1. Los puestos de Director y Subdirector de Aduanas son puestos de confianza.
2. A pesar de la discrecionalidad que impera en estos nombramientos, la normativa establece requisitos esenciales para la consecución de su nombramiento.
3. Las personas nombradas en puestos de confianza, son funcionarios públicos, en virtud de que para su nombramiento existió un acto válido



- y eficaz para brindar un servicio público a nombre y por cuenta de la Administración.
4. No es factible determinar a priori el Colegio Profesional al que debe estar incorporado la persona que sea nombrada en los puestos de Director y Subdirector de Aduanas, esto será de acuerdo con la formación académica universitaria que presente como requisito el postulante.
 5. En aplicación del principio general del derecho relacionado con la imposibilidad de distinguir donde la ley no distingue, no es factible indicar el área profesional a la que debe pertenecer el Director y Subdirector de Aduanas.
 6. La devolución de sumas recibidas por concepto de pago de prohibición, por el presunto incumplimiento de requisitos, deberá determinarse a través de un procedimiento administrativo.

Atentamente,


Teresa Poveda Donato
Directora Jurídica

Elaborado por: Melissa Segura Solís Abogada	Revisado por: Wendy Pérez Cubero Coordinadora de área

Exp. 24-0357