



AUDITORIA INTERNA

San José, 4 de julio 2024

JD-INTA-096-2024

Auditoria Interna

Señores (as)
Junta Directiva
INTA

Asunto: *Conocimiento y valoración del servicio preventivo de la CGR con respecto a medidas cautelares en el marco de una investigación o un procedimiento administrativo: el caso particular del personal de las Auditorías Internas.*

Estimados señores (as):

Esta Auditoria Interna recibió el oficio N° 10738-2024 (DJ-1165) de fecha 26 de junio 2024 y el oficio N° 10873-2024 (DJ-1192) de fecha 28 de junio 2024, emitido por la Contraloría General de la República (*en adelante CGR*), el cual se refiere al oficio de carácter preventivo relacionado con la adopción de medidas cautelares, en el marco de una investigación o un procedimiento administrativo: el caso particular del personal de las Auditorías Internas.

El criterio recibido por parte de la CGR como ente rector del Ordenamiento de Control y Fiscalización Superiores de la Hacienda Pública, tiene como **finalidad orientar al órgano superior jerárquico del INTA**, en cuanto a las acciones que debe considerar para el caso de la implementación de una medida cautelar al personal de las Auditorías Internas, según los lineamientos de una investigación o un procedimiento administrativo.

Mediante el presente documento se adjunta el oficio n° 10738-2024 (**DJ-1165**) y n° 10873 (**DJ-1192**), consideramos importante, para poder orientar a la Administración en la toma de decisiones, describiendo algunos elementos relevantes contenidos en el mismo y tomados como base los *Lineamientos sobre gestiones que involucran a la auditoría interna presentadas ante la CGR* (n.° R-DC-83-2018) y actualizada mediante la resolución n.° R-DC-00102-2023, a continuación, el detalle:

A- Características generales de las medidas cautelares para los funcionarios públicos:

Las medidas cautelares se dictan en el marco de una investigación preliminar o procedimiento administrativo y tienen por objeto prevenir situaciones que entorpezcan la búsqueda de la verdad real de los hechos, la ejecución de una resolución final, o bien, alguna lesión o amenaza al interés público.

Dichas medidas pueden adoptarse de manera oficiosa por vía administrativa, con el objetivo de resguardar elementos de una investigación en curso, las cuales vienen a constituir medidas de garantía de carácter provisional por lo cual pueden mantenerse, modificarse o revocarse cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron su adopción, sea de oficio o a petición de parte.



AUDITORIA INTERNA

Otro elemento importante que señala la Contraloría General de la República, es que previo al traslado de cargos, en la etapa de la investigación preliminar pueden adoptarse medidas cautelares, lo cual no significa que exista lesión al debido proceso ni presunción de inocencia, al respecto la Sala Constitucional ha señalado que esas medidas previas al procedimiento administrativo, tienen como objetivo mantener las condiciones, para la emisión y ejecución del acto final, sin esto implique alguna legalidad.

Ahora bien, es fundamental que la resolución de la medida cautelar que se emita se encuentre motivada, esto con el fin de evitar arbitrariedades o abusos, eventuales responsabilidades para quienes la hayan adoptado y/o ejecutado; además estas medidas son temporales y no deben dictarse por plazos excesivos (evitar tener funcionarios suspendidos percibiendo salario por largo tiempo, acumulando obligaciones para la Administración sin mayor interés que se resuelva el asunto, o en algunos casos una cierta "comodidad" de la Administración o de ambas partes para que la persona suspendida quede en este estado permanentemente).

- 1- **Propósito de las medidas cautelares:** las medidas cautelares en referencia de una investigación o un procedimiento administrativo, ***tienen por objeto prevenir situaciones que puedan entorpecer o dificultar la búsqueda de la verdad real, la efectiva ejecución de una eventual resolución final o bien, alguna lesión o amenaza al interés público.*** Es importante mencionar que, se pueden adoptar medidas cautelares antes que se realice el traslado de cargos, o sea, en la etapa de investigación preliminar, así las cosas, ***este proceso no lesiona el derecho fundamental al debido ni el principio de inocencia.***
- 2- **Deben estar fundamentadas las medidas cautelares:** La Administración tiene la potestad de establecer medidas cautelares, pero debe considerar que la resolución que se emita debe estar debidamente fundamentada, evitando arbitrariedades o abusos, que podrían ***provocar invalidez de la medida o el eventual surgimiento de responsabilidad para quienes hayan participado en su adopción y ejecución.*** Cabe señalar que, estas medidas tienen carácter temporal, ***no deben mantenerse por plazos excesivos que desborden los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.***

La fundamentación puede tener los siguientes elementos:

- La licitud (es decir, que la medida sea conforme a la legalidad).
- Necesidad de la medida frente al interés público que busca protegerse
- Razonabilidad, acreditando que no existe otra medida alternativa que también cumpla el propósito que se persigue.
- Proporcionalidad, en cuanto al plazo dentro de los parámetros máximos establecidos.
- Instrumentalidad, no como un fin en sí misma sino como un medio para garantizar, provisionalmente, el objeto de la investigación o la causa del procedimiento administrativo.



AUDITORIA INTERNA

3- **Supuestos para la acoger las medidas cautelares:** base jurídica artículos 21 y 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo y 493 del Código de Trabajo

- a) **Apariencia de buen derecho:** *consiste en analizar de manera anticipada y provisional la seriedad de la medida que se pretende adoptar, en función del objeto de la investigación preliminar o bien la causa del procedimiento administrativo que se esté llevando a cabo, con el objetivo de garantizar que la medida no sea temeraria, irrazonable o carente de seriedad, contando con una adecuada fundamentación a partir de las razones que se brindan para su adopción.*
- b) **Peligro en la demora:** *refiere a los posibles daños o perjuicios graves que se pudieran generar, en caso de no acogerse la medida cautelar solicitada, en virtud de la eventual demora en el trámite de la investigación preliminar o el procedimiento administrativo.*
- c) **Ponderación de intereses:** *consiste en valorar los intereses involucrados a la luz del principio de proporcionalidad, es decir, las condiciones particulares de la persona investigada y la tutela del interés público inmerso en la investigación o el procedimiento administrativo, así como los intereses de terceros que puedan verse afectados con la adopción de la medida cautelar.*

Adicionalmente sobre el tema, la Contraloría General de la República hace referencia a resoluciones emitidas por Tribunal Contencioso Administrativo n.º 508-2024 de las 14:50 horas del 26 de enero de 2024, n.º 682-2024 de las 15:41 horas del 2 de febrero de 2024, n.º 892-2024 de las 15:35 horas del 14 de febrero de 2024 y n.º 959-2024 de las 15:34 horas del 16 de febrero de 2024.

4- **Características de las medidas cautelares:**

- a) **Instrumentales o accesorias:** *Toda medida cautelar es accesoria y subordinada respecto del proceso principal, que puede ser una investigación preliminar o un procedimiento administrativo, de manera que la medida debe ser útil para garantizar la eficiencia de la decisión final.*
- b) **Provisionales:** *las medidas cautelares son temporales y su duración va a depender de la existencia de una investigación o un procedimiento administrativo en trámite, bajo la precisión, de que, una vez adoptadas, podrán ser ajustadas, sustituidas o dejadas sin efecto cuando se presente un cambio en las circunstancias que así lo amerite.*
- c) **Urgentes:** *esta característica exige que exista una situación apremiante que amerite la adopción de una medida cautelar, sea la necesidad de evitar la producción de daños o perjuicios graves, actuales o potenciales, así como el aseguramiento o la prestación del servicio público durante el plazo en el que se desarrolle la investigación o el procedimiento administrativo.*
- d) **Asegurativas:** *mientras se realice la investigación o el procedimiento administrativo, es posible adoptar medidas útiles para asegurar que la averiguación de la verdad real y la gestión administrativa de la entidad no se vean perjudicadas, obstruidas u obstaculizadas.*



AUDITORIA INTERNA

- e) **Proporcionales y razonables:** *las medidas cautelares que se adopten deben ser adecuados y necesarias, debiendo elegirse aquellas que afecten lo menos posibles a la persona investigada y al interés público, en tanto permitan alcanzar de manera efectiva el objetivo pretendido.*
- f) **Elementos obligatorios:** *el tomar medidas cautelares en contra del personal de la Auditoría Interna, puede afectar de forma negativa su gestión y el sistema de control interno institucional. Estas pueden tener consecuencia de la suspensión en el ejercicio de su cargo con goce de salario o bien, traslado temporal de la persona a otra unidad de la Administración, la cual debe contener una resolución fundamentada en elementos objetivos. Pero dicho dictamen no tiene característica de obligatoriedad hasta tanto no se demuestren elementos objetivos.*

Es importante destacar que cuando se adopte una medida cautelas es obligatorio la existencia de una investigación en marcha, donde se encuentre documentado un expediente administrativo, el cual debe incorporar; *el inicio de la investigación respectiva, incorporando en el mismo, orden cronológico, diligencias que se vayan incorporando, ejercicio que permite acreditar las actuaciones de la Administración.*

B- Medidas cautelares en contra del personal de las auditorías internas:

El órgano fiscalizador primeramente hace referencia a generalidades de las medidas cautelares en contra de funcionarios públicos e incorpora elementos fundamentales para dichas medidas en caso del personal de la auditoría interna, lo cual eventualmente afectaría el funcionamiento de las Auditorías Internas y por ende el control interno institucional.

En el caso de las medidas cautelares para el Auditor o Subauditor, para el año 2023, la CGR adicionó a los Lineamientos sobre gestiones que involucran a la auditoría interna presentadas ante la CGR (n.º R-DC-83-2018), un apartado sobre *“regulaciones aplicables a la eventual adopción de una medida cautelar en contra de las personas auditoras y subauditoras internas”*, lo cual sumado con la normativa anterior, en el caso de que la Administración requiera imponer una medida cautelar para el Auditor o Subauditor, deberá observarse el cumplimiento de lo siguiente:

- 1- La medida cautelar debe dictarse en el trámite de una investigación preliminar, y esta podrá ser adoptada únicamente cuando exista una investigación formalmente abierta, dicha investigación debe contar con un expediente administrativo en el cual consten todas las actuaciones de la Administración.
- 2- Cuando la medida se adopte durante una investigación preliminar, el acto de apertura del procedimiento administrativo correspondiente deberá ser emitido en el plazo máximo de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución administrativa que dispuso la medida cautelar (numerales 229 párrafo 2º de la Ley General de la Administración Pública y 26 del Código Procesal Contencioso Administrativo).
- 3- En el caso anterior, si el acto de apertura sea emitido fuera del plazo antes indicado, la medida quedará sin efecto sin más trámite.



AUDITORIA INTERNA

- 4- Si la medida cautelar se adopta durante el trámite de un procedimiento administrativo, ésta no podrá superar el plazo de 2 meses, plazo ya regulado en la Ley General de la Administración Pública.
- 5- la cautelar debe ser dictada por el jerarca institucional o quien ejerza la competencia sancionatoria, motivo por el cual ningún otro órgano o funcionario puede adoptar este tipo de medidas.
- 6- La cautelar para funcionarios de las auditorías internas también deben ser solicitadas por el jerarca institucional, y además deben contar con la aprobación del Auditor Interno.
- 7- Las medidas cautelares deben adoptarse mediante una resolución debidamente motivada, debiendo entender motivada como sinónimo de fundamentada, dicha motivación al menos deberá incorporar: la licitud, necesidad de la medida frente al interés público que busca protegerse, razonabilidad (acreditando que existe otra medida alternativa que también cumpla el propósito que se persigue), proporcionalidad de los plazos e instrumentalidad que permita garantizar provisionalmente, el objeto de la investigación o la causa del procedimiento administrativo.
- 8- Las medidas deben responder al interés público, debe tener su calidad de sustento y no por la cantidad de hechos, criterios o resoluciones que se incorporan en el documento correspondiente.
- 9- Otros requerimientos para la cautelar se encuentran tipificado en los artículos 21 y 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo y 493 del Código de Trabajo.
- 10- Las medidas cautelares para el Auditor y Subauditor deben contar con dictamen de la Contraloría General de la República como Órgano Contralor, para el resto del personal de las auditorías internas, únicamente se requiere contar con la autorización del Auditor Interno.

Finalmente, le recordamos a la Junta Directiva, que los servicios preventivos son criterios, opiniones, sugerencias, consejos u observaciones; en temas que son de competencia de las auditorías; los cuales sirven de insumo a la administración para tomar decisiones de forma más apropiada, puesto que, para emitirlos, se debe considerar el ordenamiento jurídico y técnico; dichos servicios se realizan sin que los mismos puedan comprometer la Independencia y objetividad a futuro en un eventual estudio de auditoría.

Sin otro particular, se suscriben atentamente:



Fanny Arce Alvarado

Jimmy Gómez Valerio

Jefe Auditoría Interna

Asistente Auditoría

CC: Sr. Roberto Camacho Montero-Director Ejecutivo
Archivo.