



MINISTERIO DE SALUD  
REPÚBLICA DE COSTA RICA

MINISTERIO DE SALUD  
DIRECCIÓN DE AUDITORIA INTERNA  
Teléfonos: 2233-9516 / 2257-7692 Fax: 2221-5394  
Correo electrónico: [auditoria.interna@misalud.go.cr](mailto:auditoria.interna@misalud.go.cr)

DAI-286-2018  
09 de julio de 2018

Doctora  
Giselle Amador Muñoz  
Ministra de Salud  
**DESPACHO MINISTERIAL**

**ASUNTO: ADVERTENCIA INVESTIDURA DE AUTORIDAD SANITARIA MEDIANTE ACUERDOS N°DM-JG-1289-2018 Y DM-JG-1489-2018 PUBLICADOS EN EL DIARIO OFICIAL LA GACETA N°91 DEL 24 DE MAYO DEL 2018**

Estimada Doctora:

Dentro de las competencias de la Auditoría Interna establecidas en el artículo 22 inciso d) de la Ley General de Control Interno No. 8292, así como en la norma 1.1.4 del Manual de Normas para el Ejercicio de la Auditoría Interna en el Sector Público R-DC-119-2009 y el artículo 47 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta Auditoría, Decreto Ejecutivo 34575-S, se establecen los servicios preventivos que debe prestar la Auditoría Interna a la administración activa por lo que, bajo el fundamento legal citado, se procede a emitir la siguiente advertencia sobre la procedencia de los acuerdos N°DM-JG-1289-2018 y DM-JG-1489-2018 publicados en el Diario Oficial La Gaceta N°91 del 24 de mayo del 2018.

Mediante los acuerdos aludidos, se invistió de Autoridad Sanitaria a un conjunto de profesionales para realizar funciones atinentes a la potestad encomendada. El personal aludido forma parte de procesos de contratación directa en los que el Ministerio de Salud pactó servicios profesionales con entes de derecho público y privado con el objetivo de cumplir con una serie de necesidades institucionales. Vemos, por ejemplo, que las personas mencionadas en el acuerdo N° DM-JG-1489-2018, fueron contratadas a raíz del proceso de Contratación Directa número N° 2016CD-000057-0009200001, el cual fue adjudicado a la Universidad Nacional, y cuyo fin es diseñar y ejecutar un plan de gestión en aras de cumplir con lo dispuesto en la Ley 9028 o Ley General de Control del Tabaco y sus Efectos Nocivos en la Salud.

La situación expuesta nos hace cuestionar la procedencia de los citados acuerdos y por ende la legitimidad de las funciones que ejerzan los profesionales mencionados en tales documentos, dado que existen una serie de factores que deben ser analizados con detenimiento, como lo son la figura de la contratación administrativa de servicios profesionales y la investidura de la autoridad sanitaria.



El artículo 64 de la Ley de Contratación Administrativa faculta a la Administración a contratar servicios profesionales a cargo de personas físicas o jurídicas, disponiendo una lista taxativa de los procesos que deben utilizarse ante dicho escenario. Según la jurisprudencia, esta modalidad tiene como elemento particular el carácter ocasional y temporal de la necesidad que se pretende cubrir a través de la contratación. A su vez, el numeral 65 de la *Ius ibidem*, dispone que este tipo de contratación no origina una relación de empleo público entre la Administración y el contratista, por lo que dicha figura no puede ser utilizada como una estructura paralela que cree una relación de empleo permanente que evada los procesos de selección y reclutamiento previamente establecidos. Al respecto, la Contraloría General de la República se ha referido en reiteradas ocasiones, determinando lo siguiente:

*“(...) La contratación administrativa de servicios, por su naturaleza y fines, debe estar referida a un objeto que no implique relación de subordinación jurídica laboral. De este modo, por la vía de contratación administrativa no es procedente que se lleven a cabo contrataciones para suplir necesidades en el campo de los servicios profesionales, que sean continuas y permanentes, ya que necesidades de este tipo corresponde atenderlas mediante el establecimiento de una relación jurídica laboral o, más precisamente, mediante una relación de empleo público. La contratación administrativa de servicios, entonces no la podemos concebir como un mecanismo menos gravoso para el Estado, de lo que es el contrato laboral” (cf. oficios 11353-96 y 10507-96).*

*“Así, la contratación administrativa de servicios profesionales se concibe como el medio legal idóneo para atender necesidades ocasionales, que estén referidas a un objeto específico. (...) 2.-La contratación administrativa no puede prestarse para el ‘fraude laboral’, esto es, como un mecanismo que encubra una relación de empleo público. Insistimos que su objeto contractual debe ser específico, esto es, referirse a una necesidad administrativa puntual, susceptible de ser verificada en el cumplimiento de las obligaciones y derechos asumidos previamente. (...)” (Oficio DGCA 72-98, del 21 enero de 1998). (El resaltado no es del original).*

En concordancia con lo anterior, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución 2004-13367 del veintiséis de noviembre del dos mil cuatro, estableció para nuestro interés lo siguiente:

*“La prestación de todo servicio público puede darse sea de forma directa por el mismo Estado o de forma indirecta cuando media concesión a un tercero particular. Si nos encontramos con el primer caso, el procedimiento de contratación será el concurso de antecedentes, las personas contratadas entran dentro del régimen de empleo público porque se supone que su relación será permanente y rigen los principios recogidos en los artículos 191º y 192º de la Constitución Política. Si por el contrario, el Estado concede a terceros la prestación de ese servicio, la relación será temporal, el procedimiento de contratación deberá ser la licitación pública y rigen los principios recogidos en el artículo 182º de la Constitución Política. De esta forma se tiene claro que, no todo el que presta un servicio público”*



*es considerado servidor público, pues es posible que este servicio lo esté prestando un tercero. Como lo ha reiterado esta Sala el artículo 182° de la Constitución establece una tipología contractual numerus apertus, por lo tanto, cobija también la contratación de servicios profesionales, que es un contrato de prestación indirecta de servicios públicos. (...) Asimismo, al no encontrar esta Sala, en la sentencia citada (2003-6321), inconstitucionalidad en los artículos 64° y 65° de la Ley de Contratación Administrativa, éstos quedaron vigentes y de obligado acatamiento para toda institución pública, es decir, los servicios técnicos o profesionales, que no pretendan ser contratados indefinidamente, deberán ser contratados mediante los procedimientos de licitación, siendo entonces una relación contractual y no de empleo público. (...)”.* (Los subrayados no es del original)

Como puede apreciarse, para el caso específico de la contratación directa adjudicada a la Universidad Nacional, convergen dos entidades públicas al amparo de los artículos 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 171 de su Reglamento. Los servicios profesionales contratados a la Universidad Nacional no configuran una relación laboral entre el Ministerio de Salud y los profesionales que llevarán a cabo las acciones dispuestas en el cartel, puesto que no existe una subordinación jurídica entre ellos. Aunado a lo anterior, de conformidad con lo establecido en el oficio DAGJ 1258-2001 del 19 de julio del 2001, emitido por el ente contralor, los servicios profesionales “*al tener por objeto una o varias actividades concretas, excluye la posibilidad de la subordinación jurídica*”.

Debe recalcar que las facultades que tiene este Ministerio con respecto a la observancia del buen funcionamiento de la hacienda pública en el marco de la contratación administrativa en cuestión no pueden ser concebidas ni asociadas con las potestades del patrono dentro de una relación laboral. A propósito, el Dictamen de la Procuraduría General de la República C-223-98, del 29 de octubre de 1998 expresa para nuestro interés lo siguiente:

*"(...) un contrato de servicios profesionales es suscrito de conformidad con las reglas que establece la Ley de la Contratación Administrativa. La naturaleza de este contrato es administrativa. Por ende, los derechos y obligaciones de las partes son los propios del contrato administrativo. Consecuentemente, la Administración detenta ciertos poderes exorbitantes, como son el poder de control y de dirección, el poder de sancionar, de modificar y resolver unilateralmente el contrato. Poderes que expresan prerrogativas de imperio y que se diferencian substancialmente de las potestades que puede tener un patrono dentro de la relación estatutaria o laboral (...)La prestación del contrato se da en los términos definidos por el pliego de condiciones y la oferta contractual. Conforme esos poderes, la Administración puede determinar si cumple los actos o ejecuta los hechos que el contrato pone a cargo del contratista y si lo hace conforme a las prescripciones establecidas en el contrato; así como para controlar el respeto debido a las normas jurídicas que regulan la contratación. Ese poder directivo y contralor expresa, ciertamente, la supremacía de la Administración, pero no implica que el cocontratante administrativo esté dentro de una relación de subordinación jurídica en los términos de la relación laboral o de la estatutaria (...) quien presta sus servicios en virtud de*



*una relación de servicios profesionales no es parte de la organización de que se trate. De allí que muchas veces se emplee el término de "asesor o consultor externo". El trabajador, a diferencia de quien presta sus servicios bajo un contrato administrativo, tiene una obligación de obediencia y fidelidad. El incumplimiento de esas obligaciones autoriza al patrono a ejercer el poder disciplinario. En el contrato de servicios profesionales, el cocontratante tiene la obligación de ejecutar el contrato en los términos pactados. Los incumplimientos contractuales pueden conducir a sanciones de índole pecuniaria, sustitutivas o resolutorias, y eventualmente a inhabilitaciones para contratar, sanciones que se diferencian substancialmente de las sanciones disciplinarias. (...)" (El resaltado no es del original).*

Ahora bien, el objeto de la Ley 9028 es “establecer las medidas necesarias para proteger la salud de las personas de las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco”. Para ello, el artículo 32 de la ley en estudio brinda una lista taxativa de las instituciones responsables del control y fiscalización en esta materia, siendo el Ministerio de Salud quien debe regular, controlar y fiscalizar el cumplimiento cabal de la ley y sus reglamentos; mientras que el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), las Municipalidades y el Consejo de Salud Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le son atribuidas diversas funciones de fiscalización.

El fin público al que responde esta ley es proteger a la población de los efectos que ocasiona el humo del tabaco en el organismo humano. Para su cumplimiento, se han creado una serie de mecanismos mediante los cuales se pretende mantener un control permanente y efectivo en esta materia; verbigracia los decomisos y las inspecciones. Con respecto a los decomisos, el artículo 33 de la Ley General de Control de Tabaco y sus Efectos Nocivos en la Salud es sumamente claro en atribuirle al Ministerio de Salud, Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC) y a las Municipalidades la facultad de realizar decomisos de productos de tabaco que se encuentren ilícitamente en el país. Por su parte, en materia de inspecciones, el inciso b) del artículo 34 del reglamento le atribuye dicha obligación a las autoridades de salud.

A pesar de que los artículos 37 de la supra citada Ley y 56 de su Reglamento habilitan a este Ministerio a contratar al personal requerido para labores de control y fiscalización en dicha materia, la normativa es omisa en indicar el proceso por el cual debe ser contratado el recurso humano. Esta situación reviste de especial trascendencia y merece ser analizada con especial atención, pues para ejercer tales funciones es necesaria la investidura de autoridad de salud, misma que la ley confiere a determinados funcionarios. Al respecto, conviene destacar lo indicado en el artículo 338 de la Ley 5395 o Ley General de Salud, el cual establece:

*“ARTICULO 338.- Para todos los efectos de la aplicación de esta ley y de otras leyes pertinentes a salud o sanitarias y sus reglamentos, se considerarán autoridades de salud: el Ministro de Salubridad Pública y los funcionarios de su dependencia en posiciones de Dirección General, de Dirección o Jefatura de Divisiones o Departamentos Médicos o Técnicos de Salud o de área geográfica de*

salud, así como aquellos que por leyes especiales tengan tal calidad y atribuciones.”  
(Lo subrayado no es del original)

El artículo anterior no sólo delimita la investidura de autoridad de salud a lo interno del Ministerio; sino que además, establece la posibilidad de que otros funcionarios ostenten dicha potestad, condicionándolo a la creación de una ley especial que así lo determine. Asimismo, el numeral 349 de la Ley 5395 dota de autoridad sanitaria a los funcionarios del Ministerio que desempeñan cargos de inspección y que hayan sido especialmente comisionados para la comprobación de infracciones. Finalmente, el artículo 348 del texto legal en mención faculta a las autoridades de salud a “solicitar el auxilio de la fuerza pública y de las otras autoridades administrativas para llevar a cabo las actuaciones inherentes a su cargo para las cuales hayan sido especialmente comisionados.”.

Con base en lo anterior, y en apego al principio de legalidad, ninguno de los supuestos antes mencionados otorgan dicha facultad a los profesionales en cuestión, pues tal y como se argumentó anteriormente, estas personas no forman parte de la estructura organizativa del Ministerio y por lo tanto no pueden ser considerados funcionarios de esta Institución. Nótese además que ni por asomo el caso en análisis configura una solicitud de auxilio según lo dispuesto en el artículo 348 de la Ley General de Salud, puesto que la relación suscrita se enmarca en una contratación administrativa en la que existen elementos pecuniarios ligados a obligaciones administrativas, por lo que claramente este escenario no se adecúa al sentido que le otorgó el legislador a dicha norma. Igualmente, al no existir una ley especial que invista de autoridad sanitaria a dicho personal, los mismos no pueden arrogarse funciones que por ley no le corresponden.

Por último, resulta importante resaltar que, ante la ausencia de dicho aspecto dentro del bloque de legalidad, el fundamento constitucional utilizado en los acuerdos en cuestión no faculta al Presidente de la República y al Ministro de Salud a investir de autoridad sanitaria a profesionales contratados a la luz de un proceso de contratación administrativa. Véase, que los incisos 1) y 18) del artículo 140 de nuestra Carta Marga disponen lo siguiente:

*“Artículo 140.- (\*) Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:*

*1) Nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública, a los empleados y funcionarios que sirvan cargos de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil; (...)*

*18) Darse el Reglamento que convenga para el régimen interior de sus despachos y expedir los demás reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes (...)*”

A propósito de la excepción referida en el inciso 1) del supra citado artículo, el Dictamen de la Procuraduría General de la República C-102-91 del 18 de junio de 1991, establece que:



*“La Constitución Política establece como principio general la inclusión en el Régimen de Servicio Civil de todos los servidores del Estado. Dicho principio deriva de los artículos 140, inciso 1 -a contrario sensu-, 2; 191 y 192 del Texto Fundamental. En virtud de ese principio constitucional, las excepciones referidas a la exclusión del Régimen deben ser interpretadas, consecuentemente, en sentido restrictivo y con estricto apego a la normativa constitucional. Es claro, además, que dichas restricciones sólo pueden provenir del legislador (principio de reserva de ley en la materia) y no de la Administración. Para que un funcionario administrativo pueda decidir que ciertos funcionarios están excluidos del Régimen se requiere, por ende, de una habilitación legal expresa en ese sentido.”* (Lo subrayado no es del original).

Atendiendo precisamente a dicha interpretación restrictiva y estricta de la Constitución, resulta evidente que los supuestos señalados en el inciso 1) del numeral 140 de la Constitución Política no se adecúan al caso en análisis, dado que hace referencia a miembros de la fuerza pública, funcionarios que sirvan cargos de confianza y los demás que determine la Ley de Servicio Civil. Aunado a ello, en materia de Servicio Civil, el inciso f) del artículo 5° de su Estatuto exceptúa de ese régimen a los funcionarios que “*reciban pago en concepto de servicios profesionales temporales o de otros trabajos realizados sin relación de subordinación.*”; por lo que, con base en dicho fundamento, no podría realizarse tal investidura.

En síntesis, tal y como se mencionó anteriormente, las contrataciones administrativas por servicios profesionales se caracterizan por ser temporales, y a través de dicha figura no se pueden atribuir labores de carácter permanente, pues ante ese supuesto lo procedente es establecer una relación basada en el régimen de empleo público. Lo anterior se contrapone con el fin público con el que el legislador dotó a la Ley y al Reglamento relacionados con el Control de Tabaco, los cuales no pueden ser interpretados de carácter temporal, ya que tales instrumentos normativos no tienen plazo establecido y por lo tanto, surtirán efectos hasta el tanto otra norma los derogue.

Por lo tanto, esta Dirección de Auditoría Interna advierte que los acuerdos N°DM-JG-1289-2018 y DM-JG-1489-2018 publicados en el Diario Oficial La Gaceta N°91 del 24 de mayo del 2018 no tienen el rango constitucional suficiente para investir de autoridad sanitaria al conjunto de profesionales contratados a la luz de un proceso de contratación administrativa, ya que la ley no contempla al personal contratado en dichas condiciones como susceptible de ejercer la autoridad sanitaria. Ante esto, en atención al principio de legalidad que rige la materia del Derecho Público, hasta el tanto una norma no invista a dichos profesionales de autoridad sanitaria, no podrán ejercer las funciones atinentes, ya que se máxima el riesgo de que los actos e informes en que participen y firmen las personas contratadas de esta manera no tengan la eficacia jurídica y técnica requerida, con las consecuencias y afectación que esto tendría, no solo en la fiscalización del cumplimiento y control de la Ley 9028, sino para la imagen institucional.

Para efectos del seguimiento que corresponde ejercer a la presente advertencia, se le solicita comunicar a esta Auditoría Interna, en un plazo máximo de 30 días posterior al recibido de la presente, las acciones efectuadas para corregir las situaciones expuestas.



MINISTERIO DE SALUD  
REPÚBLICA DE COSTA RICA

---

Saludos cordiales,

**DIRECCIÓN AUDITORIA INTERNA**

MSc. Bernardita Irola Bonilla,  
**AUDITORA INTERNA**

*SCR/BIB/GCC/xzc\**