



Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública

Anotada y concordada

PRESENTACIÓN

Como parte de los esfuerzos legislativos en la lucha contra la corrupción y en el fomento de la probidad y la transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública, en el año 2004 fue promulgada la Ley N° 8422, con la finalidad –como señala su artículo 1°– de “prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública”.

La llegada de este cuerpo normativo, dados los diferentes tópicos sobre los cuales introdujo una serie de limitaciones, prohibiciones, sanciones y algunos mecanismos de control, ha suscitado múltiples inquietudes, primordialmente por parte de los servidores públicos, pero también en la ciudadanía en general.

En virtud de que estas dudas e inquietudes han venido siendo canalizadas fundamentalmente por la vía consultiva, a esta fecha existe ya un importante acervo de jurisprudencia administrativa, emanada tanto de la Contraloría General de la República como de la Procuraduría General, respecto de la cual se ha advertido sumo interés de parte de los usuarios por obtenerla y analizar sus alcances y aplicación práctica.

Justamente atendiendo este llamado es que en ambas instituciones, mediante un esfuerzo conjunto, se trabajó para publicar esta ley anotada que hoy con agrado presentamos, a fin de poner a disposición y difundir entre los operadores jurídicos la jurisprudencia emitida por ambos órganos con relación a las disposiciones Ley N° 8422, pudiendo encontrarse respecto de cada uno de sus artículos, un extracto –con sus correspondientes descriptores– de los principales pronunciamientos emitidos desde la entrada en vigencia de esta normativa hasta setiembre del 2007, y a modo de concordancia, las citas del expediente legislativo del entonces proyecto tramitado en el expediente N° 13715, así como de los artículos de su Reglamento Ejecutivo (Decreto Ejecutivo N° 32333-MP-J).

Cabe mencionar que la celebración del Día Internacional contra la Corrupción, en atención a la iniciativa generada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 58/4 del 31 de octubre de 2003, constituye un momento propicio para la presentación de esta publicación, cuyo contenido esperamos sirva –con una verdadera utilidad práctica– de fuente de consulta a todas las instituciones, servidores públicos y los sujetos privados vinculados con su aplicación.

También resulta importante rescatar que, además de las citas jurisprudenciales, legislativas y reglamentarias, se incluyen en el presente libro varios artículos de opinión relacionados con temas abordados en la Ley, en los cuales, desde una perspectiva personal, sus autores formulan una serie de consideraciones y reflexiones sobre cada tema.

Finalmente, valga la oportunidad para agradecer a todos los funcionarios de ambas instituciones que trabajaron y brindaron su aporte para llevar a buen término este proyecto, que hoy culmina con su publicación.

Rocío Aguilar Montoya
CONTRALORA GENERAL

Ana Lorena Brenes Esquivel
PROCURADORA GENERAL

*Ley contra la
Corrupción y el
Enriquecimiento Ilícito
en la Función Pública*



ÍNDICE GENERAL

Presentación	i
PRIMERA PARTE: Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública anotada y concordada.....	1
Capítulo I: Disposiciones generales.....	3
Capítulo II: Régimen preventivo	33
Capítulo III: Declaración jurada sobre la situación patrimonial	146
Capítulo IV: Responsabilidad administrativa y civil.....	174
Capítulo V: Delitos.....	180
Capítulo VI: Disposiciones Finales.....	191
SEGUNDA PARTE: Artículos de opinión.....	201
EL DEBER DE PROBIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA RESPONSABILIDAD POR SU INFRACCIÓN (Licda. Andrea Calderón Gassmann)	203
LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (Lic. Ronald Hidalgo Cuadra).....	210
EL REGIMEN JURIDICO DE LA DENUNCIA COMO INSTRUMENTO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN (Lic. Jimmy Bolaños González)	230
EJERCICIO SIMULTÁNEO DE CARGOS PÚBLICOS. ANÁLISIS CRÍTICO (Lic. Fernando Castillo Víquez)	240
EL REGIMEN DE RECEPCION DE OBSEQUIOS DIPLOMÁTICOS ESTABLECIDO EN EL NUMERAL 20 DE LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO (Lic. Jorge Oviedo Alvarez)	251
LA DECLARACIÓN JURADA DE BIENES EN LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA (Licda. Fabiola Rodríguez Marín).....	257
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO Y EL SERVIDOR DE LA HACIENDA PÚBLICA (Lic. Roberto Rodríguez Araica).....	266
AMPLIACIÓN DEL CATÁLOGO DE DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. EFECTO SIMBÓLICO (M.Sc. Tatiana Gutiérrez Delgado)	285

Primera Parte

Ley contra la corrupción y el
enriquecimiento ilícito en la función
pública anotada y concordada

LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1°—Fines.

Los fines de la presente Ley serán prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folio 1780, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 27 del 27 de agosto de 2002.

Ref: Artículo 1, incisos 1), 2) y 3) del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

La Convención Interamericana contra la Corrupción como fuente normativa de la Ley y su contenido.

“(…) Sobre este particular, la Ley No.8422 (Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública) vino a significar la implementación de los compromisos asumidos por nuestro país al ratificar, mediante la Ley No.7670 de 17 de abril de 1997, la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual fue suscrita en Caracas, Venezuela el 29 de marzo de 1996.

Asimismo, dicha ley desarrolla un amplio régimen jurídico destinado a detectar, prevenir y sancionar la corrupción en la función pública (art.1 de la Ley 8422), significando una adecuación de la legislación interna.

Uno de esos campos de adecuación del derecho interno es el que tiene relación con las medidas preventivas previstas en el artículo III de la Convención, que trata entre otros de la promoción de la participación ciudadana en los asuntos públicos y de las reglas encaminadas al establecimiento de normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado desempeño de las funciones públicas (…)”.

(Oficio N° 6762 (DAGJ-1550) del 10 de junio de 2005)

Alcances de la función consultiva del Órgano Contralor con relación a la Ley.

“(…) debe advertirse desde ya que la emisión de nuestros pronunciamientos en torno a la Ley N° 8422 y su Reglamento Ejecutivo, ha tenido por objeto dotar a los entes y órganos que integran la Administración Pública, de parámetros y criterios de orientación, de cara a la toma de decisiones que dichas normas hacen descansar en la administración activa, sin pretender por ello sustituir a esta última en la titularidad de sus potestades y competencias, ni relevarla de sus responsabilidades en la materia.

En ese sentido debe tenerse presente, que nuestros pronunciamientos han venido siendo emitidos al amparo de la potestad consultiva atribuida a la Contraloría General, normada en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley N° 7428 del 4 de setiembre de 1994), y la Circular N° CO-529 sobre la atención de consultas dirigidas a

la Contraloría General de la República (publicada en el diario oficial La Gaceta N° 107 del 5 de junio de 2000), en cuyo ejercicio este Despacho no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas (...)"

(Oficio N° DAGJ-3636 del 2 de diciembre de 2005)

Sobre el deber de los sujetos pasivos de la Ley de informarse respecto al contenido y alcances de sus disposiciones.

"(...) Por lo demás debe tenerse claro que el marco de acción del funcionario público, se encuentra delimitado y conformado por una serie de normas jurídicas derivadas de la Constitución Política, que incluyen no solo leyes y reglamentos, sino también normativa interna específica y políticas emanadas de la entidad o el órgano público para el que preste sus servicios, respecto de todas las cuales pesa sobre aquél, un deber de informarse y ajustar su actuación, conducta y comportamiento a lo en ellas dispuesto, no perdiendo de vista que el artículo 129 de la Carta Magna, establece que las leyes son de acatamiento obligatorio desde el momento en que éstas lo indiquen y en su defecto desde su publicación, frente a cuyo contenido en todo caso nadie puede alegar válidamente ignorancia o desconocimiento.

Huelga señalar que este deber, no se ve atenuado de ninguna forma por la falta de acceso al diario oficial La Gaceta o a una cuenta de correo electrónico, pues sin perjuicio de las acciones de comunicación y divulgación internas que bien pueda realizar cada Administración, lo contrario implicaría sujetar el respeto a las normas jurídicas a las posibilidades materiales de acceso a su contenido por parte de los sujetos pasivos de sus disposiciones, y significaría la introducción de un clima de gran inseguridad jurídica, ajeno por demás a la existencia y postulados de un Estado de derecho, respetuoso del ordenamiento normativo que lo rige y lo conduce por el camino de la legalidad y la regularidad administrativa.

En nuestro criterio estas consideraciones resultan plenamente aplicables al dictado y entrada en vigencia de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, norma que tiene como fines el "prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública" (...) En ese sentido y contrario a lo que sostienen algunos, dicha norma no viene a significar una novedad significativa en el establecimiento de nuevas conductas u omisiones constitutivas de responsabilidad administrativa, muchas de las cuales ya se encontraban previstas en otras normas legales, imponiéndose a los sujetos pasivos de la misma, el informarse del contenido de sus disposiciones y someter a ellas sus actuaciones, aspecto que como es obvio suponer no impide acciones de parte de cada Administración en abono y contribución a la divulgación de sus disposiciones, y en particular de los deberes y obligaciones en ella contenidos (...)"

(Oficio N° 8214 (DAGJ-1937) del 7 de julio de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 16353 (DAGJ-3504) del 17 de diciembre de 2004 y N° 14326 (DAGJ-3348) del 7 de noviembre de 2005)

Sobre la pretensión de reforma a la Ley. La necesidad de un análisis reposado.

"(...) En este sentido importa señalar que las regulaciones de toda norma jurídica, tal y como ocurre en el caso de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, responden a una construcción humana, por ende no son perfectas y son susceptibles de ser mejoradas, sin embargo este proceso de reforma y modificación a textos legales como el que aquí nos ocupa, debe responder a un debate y análisis reposado de los efectos que determinada regulación puede tener en la sociedad, pues de no ser así, la modificación constante y casi inmediata de las normas una vez que son dictadas, estaría favoreciendo la existencia de un clima de gran inseguridad jurídica de un ordenamiento normativo que estaría entonces en un cambio constante (...)"

(Oficio N° 3626 (DAGJ-821) del 1° de abril de 2005)

Contenido y alcances de la definición de administración de fondos públicos en el marco de la Ley.

“(…) Ahora bien, es importante aclarar que la definición de “Administración” establecida en el artículo 1, inciso 6 del Reglamento, refiere a la administración de fondos públicos, a que hace alusión el artículo 21 de la Ley No. 8422 sobre los funcionarios obligados a declarar su situación patrimonial, que en lo que interesa indica (...) Dicha definición señala algunas funciones propias de la administración de fondos públicos, sin que pueda entenderse que los supuestos mencionados en la misma deban presentarse de manera simultánea para que pueda interpretarse que existe función administrativa a esos efectos. Nótese como la definición de ese término indica que tal función incluye los procesos de custodia y recaudación de fondos públicos, el establecimiento de rentas o ingresos a favor del Estado, y la aprobación y autorización de erogaciones con fondos públicos, sin que tal enumeración resulte taxativa o que deba presentarse de forma paralela (...)”.

(Oficio N° 7176 (DAGJ-1680) del 20 de junio de 2005)

Contenido y alcances de la definición de titular subordinado en el marco de la Ley.

“(…) En cuanto al término de titular subordinado, debemos remitirnos a la definición que establece el artículo 2 de la Ley General de Control Interno, No. 8292, del 4 de setiembre de 2002, que entiende por éste a todo “funcionario de la administración activa responsable de un proceso, con autoridad para ordenar y tomar decisiones”. Como se puede desprender de lo anterior, no podría interpretarse que cualquier funcionario de la estructura organizacional de una determinada entidad, hasta el que se ubica en el eslabón más bajo de la cadena, se considera titular subordinado, pues para ello se requiere que dicho funcionario esté en capacidad de emitir órdenes y tomar decisiones (...)”.

(Oficio N° 7176 (DAGJ-1680) del 20 de junio de 2005)

El interés por el uso correcto de los fondos públicos no es privativo de la Ley.

“(…) En primer término, debe recordarse que la aplicación de una serie de regulaciones legales y técnicas así como el sometimiento a ciertos mecanismos de control por parte del Estado a entidades privadas que manejan fondos públicos no constituye ninguna novedad dentro del ordenamiento jurídico, toda vez que, como es bien sabido, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República contiene varias disposiciones que desarrollan nuestra competencia sobre sujetos privados que administran fondos públicos (v. gr. inciso b) del artículo 4, artículos 5, 6 y 7), así como los controles a los que quedan sometidos aquellos beneficios patrimoniales otorgados por la Hacienda Pública a sujetos privados.

Asimismo, la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (Ley N° 8131), establece que dicha normativa se aplicará a las entidades privadas, en relación con los recursos de la Hacienda Pública que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria, por los órganos y entes de la Administración Pública (artículo 1°).

Por su parte, el artículo 4 de la Ley General de Control Interno dispone que los sujetos de derecho privado que, por cualquier título, sean custodios o administradores de fondos públicos, deberán aplicar en su gestión los principios y las normas técnicas de control interno que al efecto emita la Contraloría General de la República. Asimismo, que aparte de las otras sanciones que el ordenamiento jurídico pueda establecer, podrán ser sancionados, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuando incumplan dicha obligación.

Adicionalmente, el artículo 22 de esa misma normativa otorga a las auditorías internas de las instituciones públicas la competencia para realizar auditorías y estudios especiales en relación con los fondos y actividades originados en transferencias efectuados por esas entidades públicas

También la Ley de Contratación Administrativa dispone en su numeral 1° que “cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley (...)”.

(Oficio N° 8559 (DAGJ-2047) del 18 de julio de 2005)

Sobre el eventual efecto derogador tácito de la Ley, respecto a normas legales que regulen una misma materia o tema en sentido contrario.

“(…) Finalmente en lo que toca al reparo formulado, en torno a la ausencia de una derogación expresa a lo dispuesto en los artículos 6 y 9 de la Ley N° 7941, con motivo del dictado de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, sin perjuicio de lo deseable que resultaría que toda norma jurídica que se integra el ordenamiento jurídico, disponga la modificación de todas y cada una de las disposiciones normativas que viene a afectar acordando su derogación expresa, tomando en cuenta la gran cantidad de normas jurídicas que forma parte de nuestro ordenamiento, dicho ejercicio supondría una labor sumamente complicada y de difícil implementación.

En todo caso no debe perderse de vista la existencia de la figura de la derogación tácita, aplicable entre normas dictadas en distinto momento y que regulan un mismo punto de manera distinta, a tal punto que las regulaciones en ellas contenidas no sean armonizables, situación que en nuestro criterio se presenta con lo regulado en el artículo 9 de la Ley N° 7941 y lo que vino a establecer la Ley N° 8422, particularmente lo que toca a las restricciones en el pago de dietas a favor de personas que ya ostentan un cargo dentro de la función pública (…)

(Oficio N° 16316 (DAGJ-3471) del 17 de diciembre de 2004)

Objeto y alcances del régimen preventivo de la Ley.

“(…) En ese sentido, en el Capítulo II de la Ley No.8422, que atañe al desarrollo del régimen preventivo, se establece un claro y preciso conjunto de normas aplicables a determinados funcionarios y autoridades públicas contemplados en el articulado de dicho Capítulo, mediante la ordenación de todo un régimen de prohibiciones e incompatibilidades, tendiente a evitar potenciales o reales conflictos de intereses, o lo que es lo mismo, asegurar el efectivo cumplimiento de los principios de objetividad, imparcialidad, neutralidad, transparencia y primacía del interés público que presiden el accionar de quienes sirven a la Administración Pública (…)

(Oficio N° 7844 (DAGJ-1791) del 30 de junio de 2005)

Los fines de la Ley y el enfoque preventivo de sus disposiciones.

“(…) Los fines de la Ley N° 8422 se encuentran definidos en el artículo 1° de dicho cuerpo normativo, numeral que los refiere a *“prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública”*, finalidad cuya consecución espera ser alcanzada en primera instancia, mediante la regulación y sanción de una serie de conductas u omisiones constitutivas por sí mismas de actos de corrupción -o al menos en acciones que facilitan la verificación de este tipo de no actos no deseados por el ordenamiento jurídico-, así como el establecimiento de determinadas restricciones, prohibiciones e incompatibilidades que vinculan a los sujetos pasivos de la norma de cita.

Cabe señalar que según los tres fines que se pretenden alcanzar con la aplicación de la Ley N° 8422, se detecta en ella la presencia de una serie de disposiciones enfocadas a la atención de cada uno de éstos, y que en el caso de la prevención de actos y conductas de corrupción, implican el establecimiento de un régimen preventivo comprensivo de restricciones para el desempeño simultáneo de cargos públicos; prohibiciones para el ejercicio de profesiones liberales por parte de funcionarios que ocupen determinados cargos dentro de la Administración Pública; e incompatibilidades entre el ejercicio de sus cargos y la participación que puedan tener en empresas o entidades privadas sea como miembros de sus órganos directivos o por su participación en sus capitales sociales (…)

(Oficio N° 7633 (DAGJ-1753) del 28 de junio de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 361 (DAGJ-82) de 12 de enero de 2005; N° 362 (DAGJ-83) de 12 de enero de 2005 y N° 490 (DAGJ-91) de 10 de enero de 2006)

Artículo 2°—Servidor público.

Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1382 - 1388 a 1389, Acta de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad N° 3 del 3 de junio de 2002.

Temas complementarios tratados en la discusión de este artículo: Sujetos privados que administran fondos públicos

Ref: Artículos 1, incisos 21) y 42); y 2 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL**Aplicación de la Ley a los Colegios Profesionales tomando en cuenta su naturaleza de entes públicos no estatales.**

“(…) las regulaciones contenidas en el citada Ley N° 8422 resultan aplicables a ese colegio profesional en el tanto estemos en presencia del ejercicio de funciones públicas, es decir, siempre que exista de por medio una participación, directa o indirecta, en las potestades que el ordenamiento jurídico le otorga a esta organización para el cumplimiento de sus fines públicos, las cuales, como vimos, han sido definidas puntualmente por la jurisprudencia constitucional como aquellas relacionadas con las regulaciones a la profesión y su régimen disciplinario. Justamente en tales supuestos es que se aplica la Ley N° 8422 en toda su extensión.

A *contrario sensu*, si la intervención de los empleados profesionales y administrativos se produce en el marco de las actividades privadas del colegio, donde no está presente el ejercicio de ninguna potestad de orden administrativo sobre sus miembros, no cabe someter a esos servidores al régimen creado por la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, toda vez que en dicha hipótesis la actividad tiene naturaleza privada, y se rige por el principio de la autonomía de la voluntad (...).”

(Oficio N° 6221 (DAGJ-1415) del 30 de mayo de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 7171 (DAGJ-1678) del 20 de junio de 2005)

La autonomía universitaria no es óbice a la aplicación de la Ley.

“(…) la Universidad de Costa Rica, como entidad pública que es, quedaría comprendida dentro del ámbito de aplicación de la referida Ley No. 8422, pues recordemos que con dicho cuerpo normativo lo que se pretende es prevenir, detectar y sancionar prácticas indebidas y actos

de corrupción en el ejercicio de la función pública, sin que existan razones para considerar que la autonomía universitaria justifique el excluir a las mismas de dicha normativa, la cual, por su propia naturaleza, va dirigida a todos los órganos y entes públicos en general, independientemente de su campo de especialización. Cabe recalcar, que se trata *de mandatos abstractos para toda relación de empleo público*, pues reiteramos que lo que se pretende es regular la corrupción en el desempeño de la función pública en general, sin que en ningún momento el legislador haya optado por excluir de forma expresa a las universidades (...)."

(Oficio N° 708 (DAGJ-115) de 16 de enero de 2006)

Las municipalidades constituyen sujetos pasivos de las disposiciones de la Ley.

"(...) cabe recordar que nuestra Constitución Política al regular el régimen municipal en los artículos 168 y siguientes, cataloga a los Gobiernos Municipales como entes autónomos encargados de la administración de los intereses y servicios locales en cada cantón.

Por su parte, de conformidad con el artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública, ésta se encuentra constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado.

En concordancia con lo anterior, el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que se entenderá por Administración Pública: a) el poder ejecutivo, b) los poderes legislativo y judicial en cuanto realizan, excepcionalmente función administrativa y c) las municipalidades, instituciones autónomas y todas las demás entidades de Derecho Público.

Específicamente, el propio Código Municipal establece en su artículo 2 que la municipalidad es una persona jurídica estatal, con patrimonio propio y personalidad y con capacidad jurídica plena para ejecutar todo tipo de actos y contratos necesarios para cumplir sus fines.

De todo lo anterior, fácilmente se concluye que las municipalidades forman parte de la Administración Pública, y por ende están afectas a las normas y principios del Derecho Público, y particularmente a la Ley No. 8422 (...)."

(Oficio N° 16193 (DAGJ-3433) del 15 de diciembre de 2004)

Sobre la claridad en la definición del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley.

"(...) No dejando de lado rescatar la ampliación que esta norma incluye en punto al concepto de servidor público -o sus equivalentes funcionario o empleado público-, respecto de lo establecido en el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública (Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978), en lo que aquí interesa, se tiene que apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión, se encuentran expresamente sometidos a sus disposiciones. Cabe señalar que este sometimiento es expreso y se advierte a partir de una simple lectura al artículo 2° de la Ley N° 8422, quedando más que clara la intención del legislador por incluir dentro de los sujetos pasivos de la aplicación de la norma, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, motivo por el cual en criterio de este Despacho, no existe ninguna "incertidumbre" ni duda en cuanto a quiénes se encuentran vinculados por sus disposiciones (...)."

(Oficio N° 1082 (DAGJ-238) de 1° de febrero de 2005)

Amplitud de la definición de servidor público.

"(...) la Ley No. 8422 optó por seguir la definición amplia de servidor público contemplada por la propia Ley General de la Administración Pública, en su artículo 111, pero yendo incluso más allá, pues se incorpora a la Administración Pública no estatal, a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común, así como a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren, o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier

título o modalidad de gestión. De forma tal, que de conformidad con el espíritu de la Ley, se pretende prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública, entendida ésta en términos sumamente amplios (...).”

(Oficio N° 14765 (DAGJ-3445) de 14 de noviembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 360 (DAGJ-81) de 12 de enero de 2005 y N° 708 (DAGJ-115-2006) del 16 de enero de 2006)

Aplicación de la Ley a sujetos privados. Personeros de sociedades anónimas.

“(...) Bajo estas condiciones, resulta de obligada conclusión que, incluso bajo un criterio que sostenga la improcedencia de calificarla como empresa pública- ente de derecho privado, es lo cierto que esta persona jurídica custodia, administra y explota bienes que le pertenecen –mayoritariamente– a la Administración Pública, independientemente de la modalidad de gestión, que en este caso responde a los términos de un convenio de alianza estratégica suscrito con un particular escogido por concurso y que aportó un 40% del capital accionario. / En consecuencia, a la luz del citado numeral 2°, los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de esta empresa necesariamente quedan sujetos al régimen establecido por la Ley N° 8422, pues tomando en cuenta sus actividades no se entiende de qué modo podrían ejercer sus funciones sin que ello tenga relación con el manejo de su capital accionario y los bienes y recursos utilizados en el funcionamiento de la planta hidroeléctrica, si ese es justamente el objeto de la sociedad anónima. (...)”

(Oficio N° 8298 (DAGJ-1960) del 11 de julio de 2005)

Aplicación de la Ley a sujetos privados que exploten servicios públicos.

“(...) en lo que aquí interesa, se tiene que apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión, se encuentran expresamente sometidos a sus disposiciones.

Cabe señalar que este sometimiento es expreso y se advierte a partir de una simple lectura al artículo 2° de la Ley N° 8422, quedando más que clara la intención del legislador por incluir dentro de los sujetos pasivos de la aplicación de la norma, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, motivo por el cual en criterio de este Despacho, no existe ninguna “incertidumbre” ni duda en cuanto a quiénes se encuentran vinculados por sus disposiciones.

Así las cosas, tomando en cuenta la naturaleza pública del servicio que presta su representada bajo la figura jurídica de “prestación de servicios”, y cuya titularidad le corresponde al Estado costarricense, se impone dar respuesta afirmativa a su consulta, en el sentido de que los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de Riteve S y C son todos sujetos pasivos de la Ley N° 8422 (...).”

(Oficio N° 1082 (DAGJ-238) del 1° de febrero de 2005)

Tratándose de sujetos de derecho privado, las disposiciones de la Ley no resultan aplicables de manera directa y literal, sino en lo conducente.

“(...) Sin embargo, resulta necesario aclarar que el hecho de que por virtud de esta disposición general dichos personeros se encuentren dentro de los sujetos pasivos de esta legislación, ello no significa que la totalidad de sus disposiciones se les aplique en toda su extensión, toda vez que hay un grupo importante de normas que se aplican exclusivamente a los funcionarios públicos que taxativamente las mismas disposiciones señalan como sus destinatarios.

En efecto, nótese que los regímenes de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales y de incompatibilidades, se imponen únicamente a los funcionarios públicos que ocupan los cargos señalados en dichas normas, sin que pueda hacerse una aplicación extensiva de tales restricciones a quienes están fuera de esa enumeración de carácter taxativo.

(...) En consecuencia, el correcto sentido con el que debe entenderse el alcance del citado artículo 2°, en lo que atañe a organizaciones de esta naturaleza, es que el marco normativo

resulta aplicable no de forma directa y literal, sino en lo conducente, toda vez que existen una serie de disposiciones concretas que tienen un ámbito de aplicación definido para cada aspecto por las mismas normas legales y reglamentarias de un modo más restrictivo y concreto (...).”
(Oficio N° 8298 (DAGJ-1960) del 11 de julio de 2005)
(En igual sentido puede verse el oficio N° 8559 (DAGJ-2047) del 18 de julio de 2005)

Aplicación de los principios generales de la Ley a sujetos privados.

“(…) En consecuencia, el correcto sentido con el que debe entenderse el alcance del citado artículo 2°, en lo que atañe a personas jurídicas privadas, es que el marco normativo que resulta aplicable a la gestión que desarrollan dichas organizaciones está constituido fundamentalmente por los principios generales de buena administración, de transparencia en las operaciones, de evitar conflictos de intereses, etc., es decir, la normativa se aplica en lo conducente, y no de una forma directa y literal en cada una de sus disposiciones. / Ahora bien, tal como se señala en la ampliación de su consulta, el hecho de que existan muchas disposiciones que no se aplican en forma directa, no releva a la fundación de su obligación de observar mejores prácticas administrativas, de control interno, gobierno corporativo y supervisión de los recursos que le confía el Estado costarricense, como –según se afirma– efectivamente se ha venido haciendo hasta la fecha (...).”
(Oficio N° 5909 (DAGJ-1334) del 23 de mayo de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

La cobertura de la Ley se extiende aún a personas que no tienen categoría de funcionario público.

“(…) A nuestro modo de ver, la clave de bóveda en este asunto está en el numeral 2 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley n.° 8422 de 6 de octubre del 2004, cuando para los efectos de esa ley, se establece un criterio amplio de funcionario público, definiéndose este no solo por el hecho de que presta sus servicios en los órganos y entes de la Administración Pública, estatal o no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva, sino también cuando custodian, recaudan, administran y fiscalizan fondos públicos. // La anterior postura encuentra su razón de ser en el segundo párrafo del numeral que estamos glosando, cuando, sin darles la categoría de funcionarios públicos, extiende la aplicación de la Ley n.° 8422 a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión. // En el caso que nos ocupa, tal y como quedó expuesto *supra*, los fondos que administra el fideicomiso son fondos públicos, consecuentemente, los preceptos legales de la Ley n.° 8422 resultan aplicables al personal, pues caen en el supuesto de hecho de una entidad pública -el Banco Nacional de Costa Rica- encargadas de gestiones sometidas al derecho común (...).”
(Dictamen N° C-246-2005 del 4 de Julio de 2005)

Aplicación de la Ley a los funcionarios ad honorem.

“(…) Ahora bien, distinta es la situación cuando el funcionario decide no cobrar por los servicios prestados, sea adopta la decisión de laborar *ad-honorem*. Es importante tener presente que el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública permite que un funcionario público preste los servicios en forma *ad-honorem*, lo cual no significa, de ninguna manera, que no deba cumplir con todos los deberes que le impone el cargo. Si el funcionario decide en forma voluntaria renunciar a su salario, ello no conlleva una disminución de los deberes del puesto. Independiente de si recibe o no el salario, él tendrá que cumplir a cabalidad con sus

deberes, so pena de incurrir en eventuales responsabilidades civiles, administrativas y penales. Esta postura, también es seguida en el numeral 2 de la Ley n.º 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (...)."

(Dictamen N°C-024-2005 del 20 de enero de 2005)

Los bomberos voluntarios pueden ser considerados servidores públicos.

"(...) Bajo el actual esquema organizacional que los rige, y partiendo de que en la acción voluntaria que prestan, pese a su innegable sustrato privado, actúan funciones materialmente públicas, y que por ende actúan a nombre y por cuenta de la Administración, esta Procuraduría General concluye que los bomberos voluntarios pueden ser considerados como servidores públicos, en los términos del numeral 111 de la Ley General de la Administración Pública y artículo 2 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. // Es casualmente aquella equiparación –en obligaciones y atribuciones– a los funcionarios regulares la que brinda el elemento diferenciador del voluntariado público con respecto a otras categorizaciones jurídicas como el "*munera pubblica*" o el *funcionario "de facto"*"; pues el primero, a diferencia del servidor público, actúa a nombre y por cuenta propia o de terceros y no de la Administración Pública que auxilia; mientras que en el segundo el elemento diferenciador radica especialmente en el título originario de la investidura, pues el funcionario de hecho la posee irregularmente o sea con vicio. // (...) Aún cuando muchas de las disposiciones de la citada Ley N° 8422 no resultan directamente aplicables a todo el voluntariado de bomberos, lo cierto es que con base en lo dispuesto por su numeral 27, dicho marco normativo delimita y orienta la gestión de esa organización por una serie de principios generales de buena administración y transparencia en sus operaciones, obligándola a observar mejores prácticas administrativas, de control interno y de supervisión de los recursos que les confía el Estado costarricense; es decir, deben regirse por los principios ético-funcionales que de aquella normativa legal se derivan (...)."

(Dictamen N° C-114-2006 del 16 de marzo de 2006)

Las disposiciones de la Ley resultan aplicables a los empleados de los entes públicos no estatales (colegios profesionales) en la medida en que éstos ejerzan potestades públicas.

"(...) Con fundamento en lo dicho, y atendiendo a la naturaleza mixta del ente consultante, si la actividad que realiza los empleados se engarza dentro de su actividad privada, es decir, no tiene carácter público por cuanto no participan, directa o indirectamente, de aquellas potestades que el ordenamiento jurídico le otorga para el cumplimiento de sus fines públicos, no se les aplicaría la Ley n.º 8422. Empero, si ocurre lo contrario, sí les sería aplicable, en toda su extensión, porque caerían en el supuesto de hecho que prevé el numeral 2 de la citada ley, amén de que estarían ejerciendo la función pública (...)."

(Dictamen N° C-238-2005 del 28 de junio de 2005)

El presidente y los vicepresidentes de la República son funcionarios públicos gobernantes y están sujetos a las disposiciones de la Ley.

"(...) Bajo esta óptica, y sin necesidad de entrar en consideraciones adicionales, es evidente que esta legislación cubre al presidente y los vicepresidentes de la República, funcionarios públicos gobernantes de la más alta jerarquía, cuyas atribuciones y responsabilidades están asentadas en la Constitución Política, como norma fundamental del Estado costarricense. // En el caso del Presidente de la República, como órgano constitucional unipersonal y superior de la Administración del Estado, la Carta Política establece el elenco de sus atribuciones, desarrollo que ciertamente no es pródigo tratándose de la figura de los vicepresidentes –como ya ha señalado en anteriores ocasiones este órgano superior consultivo– de ahí que su función esencial es sustituir al Presidente en sus ausencias. Asimismo, el Presidente ejerce discrecionalmente la atribución de nombrarlos como Ministros de Gobierno. // Así las cosas, y a pesar de que en el caso de los vicepresidentes el puesto tiene especiales connotaciones que determinan que sus funciones estén supeditadas en gran medida a las tareas que discrecionalmente el Presidente de la República pueda encomendarles, es lo cierto que se trata de funcionarios gobernantes que han sido designados mediante elección popular, que ejercen un cargo público de alto

rango dentro de la estructura del Poder Ejecutivo. De ahí que no quepa duda de que una vez nombrados se encuentran cubiertos por el régimen de la Ley (...).
(Dictamen N° C-245-2006 del 15 de junio de 2006)

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.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1298, Acta de la Sesión Plenaria N° 68 del 27 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1781 a 1782, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 27 del 27 de agosto de 2002.

Ref: Artículo 1, incisos 13), 31), 32), 33) y 34) del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Vigencia del principio democrático en la función pública.

“(...) El principio democrático tiene un carácter informador de todo el ordenamiento jurídico (Sala Constitucional, resolución 2430-94), por lo que la vigencia efectiva del régimen democrático implica el derecho a contar con una Administración Pública que persiga el interés general en forma objetiva e imparcial. En ese sentido, la ley como expresión de la voluntad general, es el instrumento jurídico idóneo, como expresión del principio de legalidad, para asegurar un ejercicio de las potestades públicas en forma representativa, ética, imparcial, objetiva, transparente, proba, prestigiosa y eficiente, en aras de proteger, conservar y promover el recto ejercicio de las funciones públicas y el bien común (...).”

(Oficio N° 796 (DAGJ-160) del 24 de enero de 2006)

Vinculación del deber de probidad con el principio democrático.

“(...) En efecto, el principio democrático como informador de todo el ordenamiento jurídico implica el derecho a contar con una Administración Pública que en forma objetiva e imparcial persiga el interés general, derecho ciudadano que extraña el correlativo deber de probidad estatuido por el artículo tercero de la Ley No.8422 para todos los servidores públicos, deber que incluye ejercer las atribuciones públicas ajustados a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que el servidor público se desempeña (...).”

(Oficio N° 5799 (DAGJ-1313) del 20 de mayo de 2005)

Contenido del deber de probidad.

“(…) el deber contenido en el artículo antes transcrito es sumamente amplio en sus alcances, y parte precisamente de una obligación básica de todo funcionario público, misma que ya se encontraba establecida en el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, cual es que *“el servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfaga primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados”*, en donde el interés público se distingue y prevalece sobre el interés de la Administración (véase el inciso 2 del mismo ordinal 113) y en cuya apreciación ha de tenerse en cuenta los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no pueden en ningún caso anteponerse la mera conveniencia. (véase el inciso 3 del mismo ordinal 113). Es decir, las leyes presentan al funcionario público como un servidor de los administrados –artículo 114 de la Ley General de la Administración Pública-, y por lo tanto, como un promotor y garante del interés público y del bienestar social, por encima de cualquier otro interés personal, privado, de grupo o incluso de la propia Administración, sobre los cuales ha de prevalecer el interés público. La novedad que trae al ordenamiento jurídico el deber de probidad es que introduce elementos más concretos y apreciables que permiten orientar la labor del funcionario público, a efecto de que su gestión verdaderamente responda al mandato de que es depositario al servicio de la comunidad, estableciendo elementos mínimos que deben necesariamente seguirse para que el trabajo del servidor público sea el que se espera de él (...).”

(Oficio N° 16645 (DAGJ-3689) del 9 de diciembre de 2005)

Acciones encaminadas a evitar la puesta en entredicho de la imparcialidad y objetividad del funcionario público.

“(…) conviene tener presente que el deber de probidad regulado en el artículo tercero de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, obliga a que la gestión del funcionario público esté orientada a la satisfacción del interés público, asegurándose de guardar objetividad e imparcialidad en sus actuaciones, motivo por el cual su persona deberá de abstenerse de intervenir de cualquier forma en la toma de decisiones que lleven a las empresas (...), a prestar en el presente o el futuro a cualquier entidad o empresa pública, los servicios a los que se hace referencia en el oficio de consulta y sobre los que se emite ahora el criterio jurídico solicitado (...).”

(Oficio N° 3027 (DAGJ-644) del 14 de marzo de 2005)

Obligación de apartarse de situaciones generadoras de conflictos de intereses reales o potenciales.

“(…) Huelga mencionar que en nuestro criterio, este desempeño simultáneo de cargos públicos dentro de una misma corporación municipal, y más aún el hecho de eventualmente no abstenerse de participar en la discusión y votación en el Concejo Municipal de asuntos que la persona puede haber gestionado como funcionario, podría estar rozando además con una serie de principios contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, como lo es el actuar de conformidad con las reglas de la ética y la moral, así como en ajuste a los deberes de probidad, objetividad e imparcialidad entre otros (...).”

(Oficio N° 6347 (DAGJ-1452) del 2 de junio de 2005)

Alcances del deber de probidad. Conflictos de intereses.

“(…) Finalmente, respecto a si existe algún impedimento para que un funcionario del AYA integre una ASADAS, dicha limitación nacería en los casos en que se pueda poner en riesgo la imparcialidad y la objetividad que han de mantener los funcionarios públicos, conforme al principio de probidad establecido por el artículo tercero de la Ley No.8422, y cuya infracción es sancionada disciplinariamente según el artículo 4 de la misma ley y el numeral 38 incisos a), b) y c) de dicha Ley. Así por ejemplo, resulta evidente que quienes laboren en el AYA y por sus funciones se encuentran vinculados en diversas formas con la asesoría, capacitación, supervisión, etc. de las ASADAS se colocarían en un eventual o real conflicto de intereses

si participaran en las mismas siendo que como funcionarios tienen el deber de velar por la corrección en el funcionamiento de dichas Asociaciones (...).
(Oficio N° 7046 (DAGJ-1644) del 16 de junio de 2005)

Alcances del deber de probidad. Conflictos de intereses.

“(…) Con sustento en lo antes expuesto, si bien el derecho y la libertad de trabajo que tutela el ordinal 56 constitucional posee un carácter de derecho fundamental, y como tal posee una eficacia expansiva y progresiva que obliga a todo operador jurídico a no interpretarlo en sentido restrictivo o en sentido amplio sus restricciones y limitaciones, en perjuicio de la persona amparada constitucionalmente al mismo, es también cierto que existen normas y principios en el ordenamiento jurídico tendentes a evitar los conflictos de intereses, situación que podría producirse cuando un funcionario público se prevalezca de su cargo o de la información reservada que le ha sido confiada para fines particulares y no para los cometidos públicos, utilizando indebidamente los datos, expedientes y otras documentaciones que se manejan en las Administraciones Públicas.

Por lo tanto, siendo que Ud. funge como encargado de la Unidad de Investigación del IAFA, en donde los estudios que realiza versan sobre los temas de alcoholismo y farmacodependencia, queda bajo su responsabilidad y el control de las autoridades administrativas y fiscalizadoras verificar que en caso de colaborar con los estudios de las Universidades Norteamericanas supraindicadas, no se compromete tiempo ni recursos institucionales, ni mucho menos se llegue a utilizar información reservada que consta en los archivos del IAFA sobre los pacientes que padecen alcoholismo o sus familiares, para llevar a cabo estudios particulares ajenos al quehacer institucional (...).”

(Oficio N° 7930 (DAGJ-1847) del 1° de julio de 2005)

Alcances del deber de probidad. Conflictos de intereses.

“(…) Acerca de la posibilidad legal de participar en un concurso para un puesto público que debe resolver un órgano colegiado del que forma parte su hermana, se indica que no procede “la aplicación supletoria de la Ley de Contratación Administrativa, dicho cuerpo legal regula los procedimientos de compras de bienes y servicios del sector público, incluso lo relativo a los servicios profesionales –artículo 64 y siguientes–, no así las relaciones de empleo –véase el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa–, de manera que el régimen de prohibiciones –y eventuales gestiones para su levantamiento– no le es aplicable a la contratación de empleo público –caso del concurso para Decano–. En el caso del empleo público, existe un régimen propio de incompatibilidades que generalmente aparece regulado en la propia ley que crea la respectiva institución pública, y en su defecto, habrá de estarse a las disposiciones generales establecida por el Reglamento de Estatuto de Servicio Civil en la materia, contenidas en el artículo 9 inciso b) de dicha cuerpo reglamentario. Finalmente, cabe señalar que el deber de probidad regulado en el artículo tercero de la Ley No.8422 obliga a todo servidor público a ejercer su cargo con apego al principio de imparcialidad frente a intereses personales o familiares, de manera que su hermana debe abstenerse de tomar parte en todo lo que atañe a su eventual participación en dicho concurso, so pena de incurrir en responsabilidad, según los términos de los artículos 4, 38 inciso b) y 52 de la Ley No.8422 (...).”

(Oficio N° 353 (DAGJ-76) del 12 de enero de 2005)

Principio de imparcialidad y conflictos de interés.

“(…) El principio de imparcialidad previene contra los conflictos de intereses que pueden suscitarse cuando el funcionario que ordinariamente debería intervenir en el análisis o resolución de un asunto debe cuidar de no hacerlo cuando posee un interés personal y/o directo en el mismo, y esta materia ha sido desarrollada en el ordenamiento jurídico infraconstitucional a través de diversos institutos jurídicos como la abstención o recusación, o incluso más agravados o reforzados como los referidos a la prohibición o incompatibilidad (...) la sanción para la infracción del régimen de abstención e imparcialidad es en dos vías: primero, al presentarse un vicio de invalidez del acto administrativo en razón de que intervino un funcionario que no

debió hacerlo, ello puede acarrear una nulidad absoluta –siempre que se trate de las causales que se entienden referidas como hemos visto supra a las establecidas en los artículos 49 y 51 del Código Procesal Civil- o nulidad relativa, en los demás casos; segundo, acarrea responsabilidad personal para el funcionario público infractor, siempre que haya mediado culpa grave o dolo en su actuación, previo cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa –doctrina del artículo 11 Constitucional y del ordinal 211 de la Ley General de la Administración Pública (...).”

(Oficio N° 16645 (DAGJ-3689) del 9 de diciembre de 2005)

Parámetros generales de la tutela de interés público y su primacía sobre otro tipo de intereses privados.

“(…) todo servidor público debe tener una clara convicción y conciencia de que en toda actuación o decisión propia de su cargo priva el interés público por sobre cualquier otro interés privado, de manera que esto exige que ha de evitar o abstenerse razonablemente de participar en actividades que puedan ocasionar dudas de la imparcialidad con que debe conocer y resolver los asuntos que como funcionario público tiene a cargo, aunque sean de índole privada. La clave de interpretación de este deber ético está en las frases “conflicto de intereses” y “razonablemente”, en el tanto si, por ejemplo, la actividad privada de que se participa por su naturaleza y aspectos que trata no tiene vinculación o relación alguna con la índole de los asuntos que son inherentes con el respectivo cargo público que se ocupa, sencillamente en tal hipótesis no surge ningún tipo de conflicto de interés; mientras que en el dado caso de que por determinadas circunstancias tal situación de afinidad o coincidencia aflora, en una forma en que sea evidente “razonablemente” que no podía ser prevista por el servidor, allí lo importante es la actitud del servidor, la cual debe ser en el lógico sentido de no comprometer en modo alguno la gestión pública, evitando en la esfera privada adelantar alguno criterio, vertir consejo o comprometerse con determinada decisión o actuación, en vista del conflicto de intereses que ello supondría cuando en la esfera pública llegue a tramitar y conocer del caso. Por lo tanto, lo importante de las directrices ético-jurídicas que nos ocupan estriba precisamente en señalarle un norte u orientación de comportamiento al que deben aspirar los servidores públicos, de modo que se alcancen, promuevan y mantengan altos niveles éticos en el sector público, siendo la prevención un mecanismo de suprema importancia para el adecuado desempeño y protección de la noble función pública (...).”

(Oficio N° 11456 (DAGJ-2712) del 12 de setiembre de 2005)

Deber de abstención en la discusión de asuntos en los que el funcionario tenga interés.

“(…) En todo caso, no está de más señalar que en observancia del deber de probidad que impone el numeral 3° de la Ley N° 8422, el funcionario debe demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley, así como asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos de la institución.

Igualmente, el Reglamento a la citada Ley, en las definiciones que brinda su numeral 1°, señala que dicho deber de probidad se expresa, entre otras acciones, en “abstenerse de conocer y resolver un asunto cuando existan las mismas causas de impedimento y recusación que se establecen en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Código Procesal y Civil y en otras leyes”.

Por lo anterior, valga aclarar que aún cuando la eventual incompatibilidad para un directivo de CORBANA fuera levantada, atendiendo a las especiales razones de interés público que justifican que los mismos productores bananeros que pueden ser beneficiados por los servicios que presta la institución ocupen cargos en su junta directiva, desde luego que el productor que se encuentre ejerciendo ese puesto debe mostrar estricta observancia del citado deber de probidad, de tal suerte que, cuando en la junta directiva se discuta y decida un asunto relacionado con sus intereses personales, debe abstenerse de participar en esa discusión, y tampoco debe influir o condicionar de modo alguno la orientación del asunto por parte de los demás miembros de junta directiva (...).”

(Oficio N° 7171 (DAGJ-1678) del 20 de junio de 2005)

Participación de un auditor como integrante de una Junta de Educación.

“(…) la pregunta sobre si un auditor puede o no ser parte de una Junta Directiva de una Junta de Educación no puede ser contestada en términos genéricos, sino que todo dependerá de las circunstancias concretas que medien en el caso, puesto que si bien en principio podríamos decir que no existe impedimento alguno para tal participación, ello podría variar en función del cargo y tareas que se pretenda ocupar en la misma, lo mismo que en relación con la vinculación que eventualmente puede existir con su cargo público (por ejemplo, el personal de auditoría del MEP definitivamente no podría ser parte de una Junta de Educación por ser sujeto pasivo de su fiscalización), o si existieran otras relaciones con una entidad pública que suministra fondos o recursos públicos a dichas Juntas de Educación, en cuyo caso, el personal de la auditoría interna de esas otras entidades públicas deben evitar aceptar en su vida privada cargos en Juntas de Educación que luego podrían tener que fiscalizar en función de los recursos públicos que han de controlar.

En conclusión, de acuerdo con los criterios antes expuesto cada auditor, subauditor o personal de auditoría interna debe valorar lo pertinente, a efectos de no colocarse en una situación que la que pueda afectar negativamente el desempeño independiente, objetivo y neutral de sus funciones como auditor interno de un órgano, ente o empresa pública (…)

(Oficio N° 6390 (DAGJ-1464) del 3 de junio de 2005)

Recepción de donaciones provenientes de personas privadas.

“(…) Aunado a lo anterior, y sin dejar de advertir la imposibilidad de tener una certeza absoluta sobre el animus que mueve a la empresa privada a donar un bien u objeto de su propiedad, este Despacho advierte la importancia que tiene el hecho de valorar la conveniencia de recibir o no donaciones provenientes de empresas privadas con trámites o gestiones pendientes de resolución en las entidades públicas potencialmente receptoras de donaciones, o bien con empresas con las que se mantengan vínculos o relaciones contractuales activas, aspectos que deben ser ponderados por tales entidades bajo su exclusiva y completa responsabilidad.

Por lo demás debe recordarse, que en nuestro ordenamiento jurídico existen diversas normas jurídicas –sean de alcance general o particular-, que establecen de manera expresa deberes de imparcialidad, objetividad y transparencia, tendentes a asegurar el correcto desempeño de los funcionarios públicos en el ejercicio de las competencias, tareas y labores que les sean asignadas, normas que bajo una aplicación concreta les exige a éstos no intervenir en asuntos en los que a título personal, profesional o de cualquier otra índole, puedan tener un interés directo o indirecto.

Sobre el particular debe darse especial importancia a la existencia del denominado deber de probidad contenido en el artículo 3° de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública (Ley N° 8422 publicada en el diario oficial La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004), con relación al cual este Despacho ha indicado ya que “(…) obliga a que la gestión del funcionario público esté orientada a la satisfacción del interés público, asegurándose de guardar objetividad e imparcialidad en sus actuaciones (…)

(Oficio N° 7632 (DAGJ-1753) del 28 de junio de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL**La obligación de cumplir con la jornada completa forma parte de los deberes éticos.**

“(…) En otro orden de ideas, los deberes del Vicepresidente que está sustituyendo al Presidente Ejecutivo son los mismos que le impone ordenamiento jurídico al segundo, entre ellos, el de cumplir con la jornada completa. No otra cosa puede desprenderse del inciso d) del artículo 18 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley n.° 7648 de 9 de diciembre de 1996, cuando indica que el Presidente Ejecutivo, es un funcionario de tiempo completo con prohibición. De lo contrario, se estaría quebrantando el deber de probidad que debe observar todo funcionario público en el ejercicio de sus funciones, toda vez que el artículo 3 de la Ley n.°

8422 indica claramente que debe atender las necesidades del despacho de manera continua y, agregamos nosotros, conforme a los deberes éticos que regentan la función pública. Además de lo anterior, podría incurrirse en un caso típico de enriquecimiento ilícito, toda vez que estaría recibiendo una remuneración por un tiempo menor al laborado (...).

(Dictamen N° C-024-2005 del 20 de enero de 2005)

Los funcionarios de confianza deben observar el deber de probidad. No se pueden hacer nombramientos de familiares.

“(…) El régimen diferenciado de los empleados de confianza (artículos 117 y 118 del Código Municipal) está referido únicamente a su exclusión de los beneficios y derechos derivados de la carrera administrativa, cuyo pilar fundamental es la estabilidad en el cargo, de tal suerte que esa excepción no puede extenderse a otros aspectos involucrados en la función pública que desempeñan esos servidores. // (...) Bajo este entendido, es de rigor señalar que si bien es cierto al designar un funcionario de confianza la fracción tiene discrecionalidad para su elección, ello debe ser correctamente entendido en el sentido de que dentro del universo de posibles candidatos para acceder al puesto se puede escoger libremente y sin agotar un proceso de selección predeterminado a la persona de su preferencia, pero dentro del bloque de legalidad, de ahí que esa escogencia no puede estar en contra de una norma prohibitiva, como lo es el artículo 127 del Código Municipal. // La limitación impuesta a la libertad de trabajo en razón del parentesco tiende a evitar el abuso en que puedan incurrir quienes tengan poder de decisión para favorecer a algún miembro de su familia, a fin de evitar el nepotismo, el cual, como ha señalado la Sala Constitucional, se considera una afrenta al Estado de Derecho y una violación al trato igual que merecen todas las personas para acceder a los cargos públicos en igualdad de condiciones (...).

(Dictamen N° C-291-2006 del 20 de julio de 2006)

Si el Alcalde Municipal desobedece los acuerdos del Concejo puede ser sancionado por violación al deber de probidad.

“(…) Ahora bien, ante la negativa del Alcalde Municipal de obedecer los acuerdos del Concejo Municipal, tal y como lo plantea el señor auditor, se generaría un incumplimiento de deberes que, en todo caso, puede ser perseguido por las vías legales correspondientes (Ver dictámenes C-161-2004 del 26 de mayo del 2004 y C-201-2005 del 23 de mayo del 2005). // Recuérdese, además, que el inciso e) del artículo 18 del Código Municipal establece como una de las causas automáticas de pérdida de la credencial de Alcalde Municipal el “cometer cualquier acción sancionada por la ley con la pérdida del cargo para funcionarios de elección popular”, y que la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N.º 8422 del 6 de octubre del 2004, dispuso lo siguiente: // *“Artículo 3º-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. // Artículo 4º-Violación al deber de probidad. Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal.”* (el subrayado no es del original). // Lo anterior, en el entendido de que lo relativo a la pérdida de la credencial del Alcalde Municipal es un asunto que compete definir de forma exclusiva y excluyente al Tribunal Supremo de Elecciones, por tratarse de materia electoral (opinión Jurídica OJ-016-2003 de 3 de febrero del 2003, OJ-084-2002 del 6 de junio del 2002, C-030-2003 de 6 de febrero del 2003, C-031-2003 del 7 de febrero del 2003 y C-240-2003 6 de agosto del 2003) (...).

(Dictamen N° C-261-2005 del 19 de julio de 2005)

El deber de probidad obliga a no colocarse en ninguna situación que genere conflicto de intereses.

“(…) Así las cosas, debe tenerse presente que la condición de funcionario público implica el cumplimiento de deberes y obligaciones de carácter ético consagrados en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el funcionario está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, así como a actuar con rectitud en todo momento, las negociaciones de cualquier índole que establezca con sujetos privados -aún cuando sea fuera de horas de trabajo- no pueden entrañar un conflicto de intereses respecto de los asuntos que se atienden en la institución, ni tampoco pueden ser pactadas prevaleciéndose indebidamente de las potestades y de la posición que le confiere su puesto (…)

(Dictamen N° C-429-2005 del 12 de diciembre de 2005)

El cobrar por servicios que la institución debe brindar gratuitamente o promover negociaciones entre terceros que luego deben conocerse en la institución, constituyen violaciones al deber de probidad.

“(…) Asimismo, en términos generales puede indicarse que si un funcionario -a cambio de una retribución económica- ofrece a sujetos privados la realización de cualquier clase de trámite que la institución está obligada a brindar de modo gratuito, no sólo se coloca en una situación en la que resulta imposible cumplir a cabalidad con los principios éticos de la función pública que todo servidor está obligado a observar de modo estricto, sino que eventualmente su conducta podría constituir un delito tipificado en la legislación penal. // Por otra parte, si promueve o propicia negociaciones profesionales o comerciales entre terceros relativas a trámites que se conocerán luego en la propia institución (por ejemplo, ofrecerle a los administrados los servicios de algún profesional en ingeniería para la obtención de permisos o visados a obtener en la propia institución en la que labora), prevaleciéndose indebidamente de la posición en que lo coloca su puesto, ello también roza con los deberes éticos de la función pública, en orden al conflicto de intereses y la imparcialidad que debe guardar en el ejercicio del cargo. Esa es justamente la hipótesis que la normativa arriba citada comprende, cuando, refiriéndose al contenido del deber de probidad, señala que éste obliga a rechazar cualquier clase de retribución económica por el cumplimiento de las labores del puesto o con ocasión de ellas, como lo es prevalecerse de la investidura de funcionario frente a terceros, aún cuando se trate de actividades privadas realizadas fuera de su jornada laboral (…)

(Dictamen N° C-429-2005 del 12 de diciembre de 2005)

Aunque un funcionario no esté sujeto a los regímenes de prohibición o dedicación exclusiva, no puede ejercer actividades privadas que generen un conflicto de intereses frente a su condición de servidor público.

“(…) En abono a esta tesis valga reiterar que, por el hecho de que un funcionario no esté sujeto a limitaciones como las derivadas del régimen de prohibición, de dedicación exclusiva o cualquier otra incompatibilidad legalmente establecida, ello no significa que en sus actividades privadas -aún fuera de su horario de trabajo habitual- esté exento de cumplir con los deberes éticos y legales que entraña el ejercicio de la función pública, de ahí que no debe comprometer su imparcialidad, generando conflictos de intereses, o favoreciendo el interés privado en detrimento del interés público. // Bajo este orden de ideas, es necesario indicar que la imparcialidad que debe regir la actuación de todo funcionario público, constituye un principio constitucional de la función pública, que es fundamental para lograr la satisfacción de las necesidades públicas a través de conductas objetivas que permitan la prestación del servicio de manera eficaz y continua para la colectividad.(…) En consecuencia, desde el punto de vista ético, cualesquiera que sean las labores o negociaciones privadas que asuma el funcionario fuera de su jornada ordinaria, no deben llevar aparejado ningún conflicto de intereses respecto de los asuntos que se atienden en la institución para la que presta sus servicios, ni responder a un aprovechamiento indebido de la posición que le otorga el cargo para obtener un beneficio económico de cualquier naturaleza, situaciones en las que se genera un grave daño para la institución y para el ejercicio transparente de la función pública (…)

Los principios éticos imponen el deber de abstención.

“(…) Constituye una regla de principio que el funcionario está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, toda vez que, cualesquiera que sean las condiciones particulares del caso, se deben respetar los postulados básicos del servicio público, que le obligan ante todo una conducta apegada a los más altos principios éticos, mostrando en todo momento el respeto por el deber de probidad, la lealtad al cargo que ejerce y la defensa de los intereses públicos que persigue la institución. // Bajo ese entendido, el funcionario público tiene el deber de abstenerse de participar en asuntos institucionales en los que directa o indirectamente tenga algún interés personal, lo cual es una exigencia elemental de los principios éticos de la función pública (…).”

(Opinión Jurídica N° OJ-014-2006 del 6 de febrero de 2006)

Los oficiales de tránsito no pueden incursionar en la prestación del servicio de taxi por el conflicto de intereses que eso genera respecto de sus funciones como autoridad de tránsito.

“(…) Bajo este razonamiento, en términos generales puede indicarse que si un oficial de tránsito incursiona en el servicio de transporte remunerado de personas bajo la modalidad de taxi, en cualquiera de los tres supuestos que se pudieran presentar, a saber, como titular de la concesión pero sin dedicarse a conducir el vehículo, como titular y a la vez conduciendo el vehículo, o bien únicamente como conductor -en la eventualidad que esa actividad la realizara fuera de su jornada- indudablemente se coloca en una situación en la que resulta imposible cumplir a cabalidad con los principios éticos de la función pública que todo servidor está obligado a observar de modo estricto, por el conflicto de intereses que tales actividades entrañan de frente a su posición como representante de las autoridades de tránsito. // (...) Este régimen de disponibilidad no hace más que reforzar la posición de que fuera de su jornada los oficiales de tránsito no deben incursionar en actividades que resultan incompatibles con su cargo, habida cuenta de que aún fuera de su jornada siguen ostentando su condición de inspector, pudiendo ser llamado, en cualquier momento y sin sujeción a horario, a ejercer sus funciones. // Asimismo, valga señalar que el artículo 81 de ese mismo cuerpo normativo establece como falta grave el ejercicio de actividades públicas o privadas, incompatibles con el desempeño de sus funciones. Por lo anterior, nos inclinamos por sostener que resulta improcedente para el inspector participar en el servicio de transporte remunerado de personas bajo la modalidad de taxi, en cualquiera de los supuestos supra descritos, por demás incompatible con sus funciones, ya que lo colocaría claramente en una posición que puede, aunque sea de modo eventual, generarle un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como policía de tránsito y su entorno de trabajo con los demás oficiales, lo cual devendría en falta grave (…).”

(Dictamen N° C-278-2006 del 7 de julio de 2006)

En razón del deber de probidad, el contador de la institución no debe prestarle sus servicios profesionales a una entidad privada ligada con esa misma Administración.

“(…) Si un funcionario ocupa el cargo de contador de una institución, a nuestro juicio no resulta conveniente que simultáneamente tenga bajo su dirección profesional el manejo contable de una entidad privada que realiza actividades estrechamente ligadas a esa institución, toda vez que está en posición de tener acceso -en forma privilegiada- a toda la información financiera y contable de ambas entidades, e incluso al diseño de sus planes, estrategias, proyectos y mecanismos de control sobre el manejo de los recursos (…).”

(Dictamen N° C-391-2006 del 4 de octubre de 2006)

Sobre el correcto ejercicio de la función pública.

“(…) en el Capítulo II de dicha Ley el desarrollo de todo lo relacionado con el régimen preventivo y de normas aplicables a los funcionarios y autoridades del Estado, estableciendo un régimen de prohibiciones e incompatibilidades para quienes forman parte del mismo, como

unidades físicas por medio de las cuales actúa la Administración Pública para lograr sus fines, esto para evitar conflictos de intereses o en ese mismo sentido lograr un efectivo cumplimiento de los principios de objetividad, imparcialidad, neutralidad, transparencia y primacía del interés público, lo que deben ser el norte de toda acción de quienes forman parte del aparato estatal (...).”

(Opinión Jurídica N° OJ-042-2006 del 30 de marzo de 2006)

Los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores no pueden laborar a su vez como traductores oficiales en tanto dicha actuación los coloca en un evidente conflicto de intereses.

“(…) Por otra parte, de admitirse que los funcionarios públicos que laboran para el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto funjan como traductores oficiales, podrían provocarse conflictos de intereses a lo interno de ese órgano, pues, precisamente, el órgano encargado de autorizarlo, acreditarlo, fiscalizarlos, vigilarlos y sancionarnos es la Dirección Jurídica, por lo que es lógico suponer que entre los funcionarios de esta dependencia y aquellos que actuarían en la doble condición de funcionarios públicos y de traductores oficiales se hayan creado lazos de amistad o enemistad, situaciones que podrían comprometer el ejercicio imparcial de la función administrativa en este ámbito, además, de provocar no pocos problemas en el funcionamiento del órgano. / (...) la eventual autorización de funcionarios del órgano que usted dirige como traductores oficiales podría ser una fuente permanente de conflictos de intereses a causa de las recusaciones y excusas que podrían plantearse o admitirse contra los funcionarios de la Dirección Jurídica, lo que comprometería el buen desempeño del servicio y los principios éticos que regentan la función pública (...).”

(Dictamen N° C-331-2006 del 23 de agosto de 2006)

Conflicto de intereses ante la participación de un funcionario en una asociación que recibe fondos de la institución en la cual éste labora.

“(…) es necesario señalar que no nos parece saludable que un funcionario público que preste servicios para una institución que esté aportando recursos a la Asociación, pueda formar parte de un órgano de dirección de dicho ente privado, ya que pensamos esto podría conllevar a un posible conflicto de intereses (...).”

(Opinión Jurídica N° OJ-043-2006 del 30 de marzo de 2006)

El funcionario que tramita un asunto no puede a su vez asesorar al administrado que lo presenta, pues ello conlleva un conflicto de intereses

“(…) el funcionario está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, una situación como la descrita evidentemente lo coloca frente a un claro conflicto de intereses, en tanto quien conoce, tramita o resuelve los procesos de licitación que se lleven a cabo en la Administración, de ningún modo puede asesorar a un eventual participante de las contrataciones de la institución. En tal hipótesis, se torna imposible cumplir a cabalidad con los principios de la función pública que todo funcionario está obligado a observar de modo estricto. / (...) En suma, desde el punto de vista ético, la relación de servicio público comprende la prohibición de colocarse en cualquier tipo de situación que pueda quebrantar los fines y propósitos de la institución, los cuales pueden verse violentados al generarse conflicto de intereses, de manera tal que una situación como la mencionada por parte del asesor legal, evidentemente estaría es posibilidad de generar un grave daño para la institución y para el ejercicio ético y transparente de la función pública (...).”

(Dictamen N° C-422-2005 del 7 de diciembre de 2005)

La sola condición de funcionario público implica el cumplimiento de una serie de deberes éticos que pretenden evitar el conflicto de intereses.

“Así las cosas, debe tenerse presente que la condición de funcionario público implica el cumplimiento de deberes y obligaciones de carácter ético consagrados en el ordenamiento

jurídico. En consecuencia, si está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, así como a actuar con rectitud en todo momento, las actividades y relaciones de cualquier índole que desarrolle a nivel privado –aún cuando formalmente sean legalmente válidas– no pueden entrañar un conflicto de intereses respecto de sus funciones como servidor público, de ahí que no puede prevalecerse indebidamente de su posición dentro de la Administración Pública para favorecer sus intereses a nivel personal o familiar.”

(Opinión Jurídica N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

El funcionario debe cumplir con los deberes y obligaciones de carácter ético, por lo que aun en sus actividades privadas no puede ser desleal a la función pública que cumple.

“Así las cosas, debe tenerse presente que la condición de funcionario público implica el cumplimiento de deberes y obligaciones de carácter ético consagrados en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el funcionario está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, así como a actuar con rectitud en todo momento, las actividades de cualquier índole que realice a nivel privado –aún cuando sea fuera de horas de trabajo– no pueden entrañar un conflicto de intereses respecto de sus funciones como servidor público.

Tal como ya lo hemos sostenido en anteriores ocasiones, esta Procuraduría estima que aún cuando el servidor se encuentre legalmente autorizado para ejercer de modo liberal su profesión, ello no puede aparejar la violación de postulados básicos del servicio público, que le obligan a observar una conducta apegada a los más altos principios éticos, mostrando en todo momento el respeto al deber de probidad, la lealtad al cargo que ejerce y la defensa de los intereses públicos que persigue la institución para la cual presta sus servicios.”

(Dictamen N° C-029-2007 del 7 de febrero de 2007, reiterado en la Opinión Jurídica N° OJ-035-2007 del 23 de abril del 2007, y en el Dictamen N° C- 128-2007 del 27 de abril del 2007).

La imparcialidad es fundamental para cumplir de manera efectiva y eficaz las necesidades públicas.

“Nótese que ese deber de imparcialidad incluso se encuentra consagrado expresamente en el inciso d) del artículo 148 del Código Municipal, cuando señala que está prohibido a los funcionarios municipales participar en actividades vinculadas a intereses privados que puedan causar evidente perjuicio a los municipales o competir con ellos.

(...)

Bajo este orden de ideas, cobra especial importancia recordar que la imparcialidad que debe regir la actuación de todo funcionario público constituye un principio constitucional de la función pública, que es fundamental para lograr la satisfacción de las necesidades públicas a través de conductas objetivas que permitan la prestación del servicio de manera eficaz y continua para la colectividad.”

(Dictamen N° C-029-2007 del 7 de febrero de 2007, reiterado en la Opinión Jurídica N° OJ-035-2007 del 23 de abril de 2007)

En el ejercicio de la función pública se debe velar por los principios éticos.

“Como se desprende de lo anterior, a cualquier funcionario público, por un mandato derivado de los principios éticos y morales, le está prohibido ejercer actividades profesionales a nivel privado que estén en colisión o contraposición a los intereses o asuntos que conciernen o deben ser conocidos, tramitados o resueltos en la institución en la cual ocupa su cargo.”

(Opinión Jurídica N° OJ-035-2007 del 23 de abril de 2007, reiterada en el dictamen N° C-128-2007 del 27 de abril del 2007)

En el seno de una junta directiva se puede presentar la situación que uno de los acuerdos que se tomen afecte los intereses personales de alguno de los miembros, ante esta situación directivo debe abstenerse de conocer el asunto.

“De manera tal que por las características personales de los directivos, ciertamente existe la eventualidad de que las políticas monetarias y económicas que emita el Banco, de alguna manera –por ejemplo, de forma “refleja” o secundaria– los afecten positiva o negativamente en sus intereses personales, en caso de que tengan actividades empresariales o económicas privadas. Sin embargo, en tanto se trate de políticas generales que afectan al común de la población, a nuestro juicio, como ya lo hemos sostenido en anteriores ocasiones, ello no configura un conflicto de intereses que obligue a separarse del conocimiento o de la votación de un asunto de esa naturaleza.

(...)

Así las cosas, la colisión palpable de intereses que justifica la abstención está referida a la presencia clara de parentescos, relaciones, negocios o rentas que representan para esa persona un interés directo de naturaleza comercial o patrimonial, que pueda superponerse al interés público que debe mediar en la toma de decisiones administrativas.”

(Dictamen N° C-163-2007 del 25 de mayo de 2007)

Razones para que se dé la abstención.

“Como vemos, el motivo de abstención se genera cuando el interés personal que el funcionario pueda tener en el asunto sea de tal envergadura que razonablemente pueda pensarse que llegará a incidir en su criterio y decisiones, en detrimento del interés público que debe perseguir toda actuación administrativa. Es decir, cuando esa situación personal pueda llegar a viciar la voluntad del servidor al momento de discutir y eventualmente votar el asunto de que se trate.”

(Dictamen N° C-163-2007 del 25 de mayo de 2007)

Para los casos en que se pretenda nombrar un abogado como asesor legal de una institución a pesar de que éste patrocinó casos en contra de la institución, se contratará bajo la premisa de que debe abstenerse de conocer esos asuntos.

“(…) estimamos que un profesional que se encuentre atendiendo una o varias causas judiciales o administrativas en contra de la Municipalidad, si es nombrado posteriormente como abogado municipal, no podría seguir patrocinando sus clientes, dado el evidente conflicto de intereses que eso conllevaría, así como las limitaciones derivadas del régimen de prohibición. Asimismo, tampoco podría pretender ofrecer su renuncia al patrocinio de sus clientes para asumir la defensa de la Municipalidad en esas mismas causas, toda vez que, en tal situación, el municipio es precisamente el adversario de sus clientes privados, lo cual resultaría violatorio de las normas éticas del Colegio de Abogados, según quedó visto.

Bajo ese entendido, en cualquier hipótesis relativa al nombramiento de un abogado de una institución pública, en caso de que éste anteriormente -en el ejercicio privado de su profesión- hubiera patrocinado alguna causa judicial o administrativa en contra de dicha institución, luego de su nombramiento no podría conocer ni asumir esos casos como representante de la Administración. Lo anterior, como una solución para ajustarse al régimen jurídico expuesto, de ahí que esos asuntos necesariamente tendrían que ser atendidos por otro profesional en derecho (ya sea de planta o contratado en forma externa) que no tenga ligamen alguno con tales casos.”

(Dictamen N° C-029-2007 del 7 de febrero de 2007)

Características del conflicto de intereses.

“el conflicto de intereses -bien entendido dentro del campo preventivo- no apareja el señalamiento de un acto indebido de favorecimiento (lo cual puede ameritar incluso la imposición de una sanción) sino que se refiere a una situación potencial, pues es justamente el riesgo para la imparcial y correcta toma de decisiones y actuaciones lo que amerita, como una

medida netamente preventiva, eliminar toda posibilidad de que el conflicto llegue a producir una efectiva colisión de intereses en cabeza del funcionario, que le reste libertad u objetividad al momento de intervenir en un determinado asunto público.

(...)

Por eso el señalamiento de un conflicto de intereses no conlleva la constatación de un acto concreto indebido de favorecimiento, sino la advertencia acerca del riesgo que objetivamente se vislumbra sobre la eventual colisión entre los intereses de naturaleza personal del funcionario con el interés público que media en los asuntos que le corresponde conocer en ejercicio de su cargo, lo cual debe motivar indudablemente, como un compromiso de carácter moral y una obligación ética de raigambre constitucional en el campo de la función pública, su separación, a fin de no intervenir directa ni activamente en el asunto de que se trate.”

(Dictamen N° C-163-2007 del 25 de mayo de 2007)

El ingeniero municipal no puede actuar como ingeniero responsable de obras de sus clientes que se realizan en la jurisdicción de la municipalidad donde labora.

“(...) no puede perderse de vista que el ingeniero municipal ejerce una serie de potestades respecto del visado o aprobación con que debe contar toda obra que se vaya a construir en el respectivo cantón, situación que resulta claramente inconciliable con la posibilidad de dirigir profesionalmente proyectos de obra a nivel privado, que serán construidos dentro de la jurisdicción de ese municipio, pues justamente son esas obras las que le corresponde aprobar y fiscalizar. Entra en juego aquí el principio de que quien ostenta la autoridad para fiscalizar no puede a su vez ocupar la posición del sujeto fiscalizado, como una garantía básica de imparcialidad, transparencia y prevención de conflictos de intereses. Admitir lo contrario vendría a propiciar una situación que genera un grave daño para la credibilidad del gobierno local y para el ejercicio transparente de la función pública.

En ese sentido, el asesoramiento de un cliente que presente un proyecto dentro del territorio de esa municipalidad estaría lesionando sensiblemente el deber de probidad consagrado en el artículo 3° de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, e igualmente atentaría contra los deberes y prohibiciones establecidos en los artículos 147 y 148 del Código Municipal (Ley N° 7794).”

(Opinión Jurídica N° OJ-035-2007 del 23 de abril de 2007)

Artículo 4°—Violación al deber de probidad.

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1473 a 1475, Acta de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad N° 4 del 10 de junio de 2002.

Temas complementarios tratados en la discusión de este artículo: Presentación de las declaraciones inicial, anual y final.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1782 a 1784, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 27 del 27 de agosto de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VIII, Folio 2453, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 35 del 17 de setiembre de 2002.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Infracción al deber de probidad. Consecuencias legales.

“(…) Sobre el tema de responsabilidad, debe decirse que la Ley No.8422 lejos de dejar el cumplimiento de este deber de probidad sin una consecuencia jurídica, previó en el artículo 4 que su infracción debidamente comprobada y previa defensa, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, constituye justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal, sanción que se explica sobretodo para conductas administrativas en donde abiertamente reina la improvisación, el desorden, el despilfarro y la mala asignación de recursos públicos que terminan frustrando las legítimas aspiraciones de bienestar social. A este respecto, téngase en cuenta que la interpretación y aplicación que se realice de los artículos 3 y 4 de la Ley No.8422 para que sean conformes al Derecho de la Constitución han de sustentarse en parámetros de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad que deberán ser valorados en cada caso, tanto en cuanto a los supuestos fáctico-probatorios que estén a la base de cada caso o situación concreta, como también respecto a los criterios jurídicos de orden legal que establecen e informan su graduación y aplicación (…).”

(Oficio 16645 (DAGJ-3689) del 9 de diciembre de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

La violación al deber de probidad acarrea graves consecuencias para el funcionario.

“En efecto, tal y como lo indicamos líneas atrás, la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, contempla el deber de probidad que deben guardar todos los funcionarios públicos, independientemente de que el puesto que ocupe el funcionario esté sujeto al régimen de prohibición o no. El incumplimiento a este deber general, según lo señalamos, puede acarrear consecuencias disciplinarias tan graves como el despido.”

(Dictamen N° C-179-2007 del 11 de junio de 2007)

Artículo 5°—Fraude de ley.

La función administrativa ejercida por el Estado y los demás entes públicos, así como la conducta de sujetos de derecho privado en las relaciones con estos que se realicen al amparo del texto de una norma jurídica y persigan un resultado que no se conforme a la satisfacción de los fines públicos y el ordenamiento jurídico, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma jurídica que se haya tratado de eludir.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1298, Acta de la Sesión Plenaria N° 068 del jueves 27 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2845 a 2848, Acta de la Sesión Plenaria N° 146 del martes 18 de febrero de 2003.

Ref: Artículo 1, inciso 20) del Reglamento.

Contenido del fraude de ley.

“(…) La figura del fraude de ley contenida en los artículos 5° y 6° de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que ya la legislación civil y concretamente el artículo 20 del Código Civil la regulan, en el sentido que: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico; o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

Ahora bien llevando la figura al derecho administrativo, en el caso del artículo 5° de la Ley N° 8422, debe advertirse que la norma hace referencia a posibles conductas desviadas por parte de sujetos de derecho privado, regulación que en nuestro criterio debe ser entendida como derivación de la intención expresa del legislador ya antes comentada, de incluir bajo el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley a este tipo de sujetos, en la medida en que tal y como se indicó líneas atrás, custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública por cualquier título o modalidad de gestión (…)

(Oficio N° 6395 (DAGJ-1469) del 3 de junio de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

No se puede utilizar un permiso sin goce de salario “por horas” para asistir a sesiones de junta directiva, pues constituye un fraude de ley.

“(…) Así las cosas, a nuestro entender no cabe adoptar una interpretación que favorezca evadir la exigencia que quiso imponer esta nueva legislación, avalando un mecanismo que pretende buscar un amparo en el ordenamiento –en este caso mediante un permiso sin goce de salario– el cual resultaría legítimo sólo en apariencia, habida cuenta de que en el fondo persigue sustraerse abiertamente de la regla impuesta por el legislador, mediante una deformación o desnaturalización de esta clase de licencias.(…) // Con fundamento en todo lo expuesto, y a partir de una interpretación y aplicación integral de los principios que fluyen de la Ley N° 8422, es criterio de este Despacho que no resulta posible que un funcionario utilice un “permiso sin goce de salario” otorgado *por horas* para acudir a sesiones de junta directiva o de otros órganos colegiados dentro de su jornada laboral, pues con ello se produce un fraude de ley a la regla de que esa posibilidad está sujeta estrictamente a que no se produzca superposición horaria entre esa jornada y las sesiones de tales órganos (…)

(Dictamen N° C-396-2005 del 15 de noviembre de 2005)

Concepto del fraude de ley.

“(…) El fraude de ley encuentra su origen en el Derecho Romano. Se señala que actúa en fraude de la ley quien, respetando sus palabras, elude su sentido. Concepto que ha perdurado en el Derecho y hoy día forma parte de la Teoría General de Derecho sobre interpretación de la norma. De allí que no sólo lo encontremos en el Derecho Civil o en el Derecho Internacional Privado, sino que resulta aplicable en otros ámbitos del ordenamiento como el Derecho Tributario. Más recientemente la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública lo consagra en protección de la Hacienda Pública y los deberes de la Función Pública (…)

(Dictamen N° C-050-2006 del 14 de febrero de 2006)

Concepto del fraude ley.

“(…) Los actos cometidos con fraude de la ley dan origen a un resultado contrario a una norma jurídica y se amparan en otra norma dictada con finalidad distinta. Formalmente la conducta no es contraria a la norma jurídica sino que se trata de burlar o frustrar la finalidad de la norma por vía indirecta, lo que lleva a un resultado contrario al ordenamiento. Puede que se respete la letra de la ley, pero se elude su espíritu o voluntad. Se puede eludir la aplicación de la norma mediante su no aplicación o una no correcta aplicación. Lo que importa no son los actos, sino el resultado que se persigue con ellos. Un resultado que ha de estar prohibido o ser contrario al ordenamiento jurídico. Un resultado que no se corresponde a la finalidad de la ley que ha servido para crearla. // Se diferencia de otros supuestos de invalidez del acto jurídico porque de haber violación de la norma, ésta es indirecta, ya que se busca un amparo legal, tratando de eludir las consecuencias de la norma imperativa o prohibitiva. // Interesa resaltar que en el fraude de ley tenemos un apoyo normativo. El acto es realizado al amparo de una norma, pero se persigue un resultado prohibido por el ordenamiento o contrario a él. La norma de cobertura presta un amparo aparente. El fraude de ley plantea un problema de interpretación y aplicación de la ley: se elude una norma que debe ser aplicada. (...) Una actuación se realiza al amparo del texto de una norma. Lo que alude a la literalidad de ésta. Empero, se persigue un resultado que no corresponde al dispuesto por el ordenamiento. Un resultado que, en principio, debería tenerse como prohibido, por no corresponder al señalado por el ordenamiento. La finalidad de la norma jurídica no se cumple, aún cuando se sujete a la letra de la ley. // En consecuencia, para determinar si hay fraude de ley se requiere una interpretación sistemática del ordenamiento, a efecto de establecer si el resultado obtenido es compatible o no con la norma imperativa o prohibitiva. // Hay fraude de ley cuando la actuación se sujeta a una ley u ordenamiento para evitar las consecuencias de determinados actos según la ley u ordenamiento que debiera regir. Es ponerse en condiciones de eludir determinadas obligaciones no deseadas impuestas por una norma (...)”.

(Dictamen N° C-050-2006 del 14 de febrero de 2006)

Fraude de ley para burlar el control de constitucionalidad.

“(…) Ahora bien, en este punto nos parece importante realizar una pequeña reflexión en torno a la posibilidad de modificar las normas que se encuentran impugnadas ante la Sala Constitucional, ya que este podría ser un mecanismo para burlar el control constitucional ejercido por aquel Tribunal. En efecto, a pesar de que hemos sostenido que es posible realizar esta modificación, en el tanto las normas que otorgan las competencias para ello no se encuentran cuestionadas en la acción señalada, lo cierto es que la modificación operada no puede tener como finalidad burlar el control constitucional, por cuanto ello implicaría realizar actos en fraude de ley (...)”.

(Dictamen N° C-399-2006 del 6 de octubre de 2006)

Se configura el fraude de ley cuando se busca evadir las restricciones que impone la norma legal, otorgando beneficios a personas que no les corresponde.

“(…) Desde nuestra posición, esta sería una forma para vulnerar las restricciones que se encuentran en la ley; además, también se estaría contrariando la finalidad de esta, al otorgar el beneficio a persona físicas que no tendrían la condición de pequeños y medianos productores agropecuarios, pues la suma de sus pasivos sería superior al monto fijado por ley. // Por otra parte, podríamos también estar propiciando un fraude de ley. // En el caso que nos ocupa, podría ocurrir que quienes estén actuando de la manera que sugiere la Asesoría Legal del órgano consultante, en apariencia, son personas físicas y jurídicas a quienes les corresponden los beneficios de la Ley n.º 8174; empero, la aplicación de esta norma en tal sentido –actos realizados al amparo del texto de la norma– precisamente otorgan derechos a favor de personas que el legislador prohibió beneficiar –aquellas cuyas deudas sobrepasaran el monto de los quince millones de colones–, todo lo cual sería contrario a los intereses públicos, y por consiguiente, una tesis en tal sentido no debe ni puede ser avalada por el Órgano Superior Consultivo Técnico-Jurídico de la Administración Pública, ni por los operadores jurídicos

competentes de aplicar las normas de la Ley n.º 8147 y su reglamento, así como de velar por correcta aplicación (...)

(Dictamen N° C-010-2007 del 22 de enero de 2007)

Artículo 6

Artículo 7

Artículo 6º—Nulidad de los actos o contratos derivados del fraude de ley.

El fraude de ley acarreará la nulidad del acto administrativo o del contrato derivado de él y la indemnización por los daños y perjuicios causados a la Administración Pública o a terceros. En vía administrativa, la nulidad podrá ser declarada por la respectiva entidad pública o por la Contraloría General de la República, si la normativa que se haya tratado de eludir pertenece al ordenamiento que regula y protege la Hacienda Pública.

Si la nulidad versa sobre actos declaratorios de derechos, deberá iniciarse el respectivo proceso de lesividad, salvo lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, N° 6227, de 2 de mayo de 1978, en cuyo caso deberá actuarse de conformidad con lo allí establecido.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1090 a 1091, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1965 a 1967, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2453 a 2594, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 36 del 18 de setiembre de 2002.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Sanción del fraude de ley.

“(…) Puede decirse que el fraude de ley sanciona el sustraerse del cumplimiento de una norma o disposición. La sanción consiste en hacer producir los efectos determinados por la norma y cuyo cumplimiento se pretende evitar. Así, el efecto primario del fraude de la ley es someter los actos fraudulentos al imperio de la ley que se ha intentado eludir. Se invalida la actuación fraudulenta. Empero, el fraude de ley puede ser un delito en los términos del artículo 58 de la Ley de la Corrupción (...)

(Dictamen N° C-050-2006 del 14 de febrero de 2006)

Artículo 7º—Libre acceso a la información.

Es de interés público la información relacionada con el ingreso, la presupuestación, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de los fondos públicos, así como la información necesaria para asegurar la efectividad de la presente Ley, en relación con hechos y conductas de los funcionarios públicos.

No obstante, la Contraloría General de la República solo podrá revisar documentos de carácter privado según lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política y en el artículo 11 de la presente Ley.

*Ley contra la
Corrupción y el
Enriquecimiento Ilícito
en la Función Pública*

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1092 a 1093, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2848 a 2853, Acta de la Sesión Plenaria N° 146 del 18 de febrero de 2003.

Ref: Artículos 5; 6 y 7 del Reglamento.

Artículo 8°—Confidencialidad del denunciante de buena fe e información que origine la apertura de procedimientos administrativos.

La Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, guardarán confidencialidad respecto de la identidad de los ciudadanos que, de buena fe, presenten ante sus oficinas denuncias por actos de corrupción.

La información, la documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúen las auditorías internas, la Administración y la Contraloría General de la República, cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo.

Una vez notificado el informe correspondiente y hasta la resolución final del procedimiento administrativo, la información contenida en el expediente será calificada como información confidencial, excepto para las partes involucradas, las cuales tendrán libre acceso a todos los documentos y las pruebas que consten en el expediente administrativo.

No obstante, las autoridades judiciales podrán solicitar la información pertinente, ante la posible existencia de un delito contra el honor de la persona denunciada.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1784 a 1787, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 27 del 27 de agosto de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1967 a 1968, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

Ref: Artículos 1, inciso 15); 2; 8; 10; 11; 12; 13; 14; 14; 15; 16; 17; 18; 19; 20; 21; 22; 23; 24 y 25 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Relevancia de las denuncias en la verificación del cumplimiento de las funciones públicas.

“(…) Centrando el análisis en este último supuesto, importa destacar en primer lugar que las denuncias que particulares o incluso funcionarios públicos lleguen a presentar ante las Auditorías Internas, las distintas Administraciones Públicas o la Contraloría General, tienen una doble funcionalidad, pues además de permitir el escrutinio público de las actuaciones u omisiones de las personas que se desempeñen como servidores públicos, constituyen auténticos insumos al ejercicio de las labores y atribuciones que les han sido encargadas a aquellas. En este sentido, la Sala Constitucional en la resolución N° 2462-2003 de las 10:16 horas del 21 de marzo de 2003, indicó lo siguiente:“(…) II.- Sobre la denuncia. Las denuncias son

medios utilizados por los administrados para poner en conocimiento de la Administración, hechos que el denunciante estima irregulares o ilegales, con el objeto de instar el ejercicio de competencias normalmente disciplinarias o sancionatorias, depositadas en los órganos públicos. En ocasiones, la denuncia configura incluso un deber para quien dada su función o su actividad tiene conocimiento de esos hechos, pero en otros casos es más bien un modo de participación en asuntos que conciernen al interés público, perfectamente compatible, y, de hecho, fundamentado en el principio democrático (...)”.

(Oficio N° 3937 (DAGJ-804) del 19 de abril de 2004)

Recepción de denuncias relacionadas con materias y temas abordados en la Ley.

“(…) Esta situación merece ser atendida en el proyecto, tomando en cuenta adicionalmente que las disposiciones de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública (Ley N° 8422 publica en el diario oficial La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004), establecen que la Contraloría General, las Administraciones Públicas, y las auditorías internas de instituciones y empresas públicas, pueden conocer denuncias presentadas a sus oficinas por hechos relacionados con conductas u omisiones reguladas en dicha norma legal (...)”.

(Oficio N° 5161 (DAGJ-1156) del 6 de mayo de 2005)

Sobre la necesaria fundamentación de las denuncias que lleguen a presentarse.

“(…) Sobre el particular conviene tener presente que las denuncias tienen una doble funcionalidad, pues además de permitir el escrutinio público de las actuaciones u omisiones de las personas que se desempeñen como servidores públicos, constituyen auténticos insumos al ejercicio de las labores y atribuciones que les han sido encargadas a las entidades ante las cuales lleguen a ser presentadas.

(…) Ahora bien no obstante lo anterior, más que un requerimiento constituye una necesidad la presentación de denuncias razonablemente fundamentadas, y no comprensivas de simples manifestaciones que a veces no pasan de ser meras afirmaciones sin sustento alguno, respecto de las cuales se dificulta la implementación de acciones y gestiones investigativas.

En este sentido el artículo 16 del Reglamento a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, establece en lo que interesa que (...)

Por lo anterior y en ausencia en el proyecto de alguna disposición relacionada con el contenido de las denuncias que lleguen a ser presentadas ante la Defensoría de los Habitantes, el Órgano Contralor se permite sugerir la inclusión en la iniciativa de alguna disposición sobre el particular, pudiendo reproducir para tal efecto la contenida en la norma recién citada (...)”.

(Oficio N° 5161 (DAGJ-1156) del 6 de mayo de 2005)

Denuncias anónimas.

“(…) Por último se somete a valoración de la Asamblea Legislativa, la eventual inclusión en la iniciativa en consulta de alguna regulación en torno a las denuncias anónimas, respecto de las cuales la experiencia ha demostrado que pueden aportar datos o informaciones sobre hechos irregulares que de otra forma no se conocerían o trascenderían, sin embargo su recepción y atención deben darse dentro de parámetros de razonabilidad, de ahí que bien podría reproducirse en el texto del proyecto la regulación contenida en el artículo 13 del Reglamento a la Ley N° 8422, numeral que al efecto dispone lo siguiente:

“Artículo 13.—Denuncias anónimas. No se dará trámite a las denuncias que sean presentadas en forma anónima. En casos excepcionales podrá abrirse de oficio una investigación preliminar, cuando con ésta se reciban elementos de prueba que den mérito para ello. En caso contrario, la autoridad respectiva dispondrá su archivo sin más trámite” (...)”.

(Oficio N° 5161 (DAGJ-1156) del 6 de mayo de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

El guardar la confidencialidad sobre la identidad del denunciante deriva de una norma imperativa que no admite excepciones.

“(…) Como se observa, la disposición se encuentra redactada de modo imperativo, ordena que cuando se presenta una denuncia, se guarde confidencialidad sobre la identidad del denunciante, sin ningún límite temporal; la información, documentación y otras evidencias de las investigaciones que se realizan, durante la formulación del informe respectivo y una vez notificado dicho informe, de la información contenida en el expediente del procedimiento administrativo, hasta que se dicte la resolución final, excepto para las partes involucradas respecto al último supuesto apuntado. // No prevé excepciones el numeral, en cuanto a la obligatoriedad de lo dispuesto en la norma, por lo que debe considerarse que no reconoce ningún margen de discrecionalidad para efectos de su acatamiento. Así las cosas, constituye un deber para los destinatarios de la norma, guardar la confidencialidad en los términos previstos por el artículo 6 de la Ley General de Control Interno (…).”

(Dictamen N° C-368-2005 del 26 de octubre de 2005)

La garantía de confidencialidad se mantiene aún después de notificado el informe de auditoría.

“(…) Ahora bien, en cuanto a lo dispuesto en el numeral 6 de la Ley General de Control Interno, mediante pronunciamientos de esta Procuraduría y de la Contraloría General de la República, ya se han definido algunos aspectos que merecen ser destacados. En este sentido, mencionamos que en el dictamen C-076-2004, se sostuvo que la garantía de confidencialidad no está sujeta a límites temporales y se mantiene aún después de notificado el informe de la auditoría. // Algunas de las razones en que se encuentra fundamentada la posición indicada son las siguientes: a) la identidad del denunciante no puede ser considerada una prueba, por lo que no debe constar en el expediente administrativo y b) el objetivo de la garantía es proteger al denunciante de eventuales represalias, por lo que no sería lógico desaparecerla una vez que pase el asunto a la administración activa, ya que precisamente el órgano con poder de decisión, es el que puede tomar represalias en contra del denunciante (…).”

(Dictamen N° C-368-2005 del 26 de octubre de 2005)

Aunque las sesiones del Concejo Municipal sean públicas, si en el seno de ese órgano colegiado se discute una denuncia, debe guardarse la confidencialidad del denunciante.

“(…) Esta Procuraduría ha señalado en otras oportunidades, que el principio de publicidad es absoluto, refiriéndose a que el Código Municipal vigente, no autoriza al órgano colegiado a acordar que determinada sesión o una parte de ella sea secreta, manifestando que esto encuentra su fundamento en el interés de los vecinos de conocer los asuntos que se debaten y de participar mediante su intervención, en la sesión correspondiente. // Ahora bien, a nuestro criterio el hecho de que las audiencias del Concejo sean públicas y de los importantes objetivos que se logran a través de esta circunstancia, no convierte *per se* toda la información que llega al Concejo por uno u otro medio, en información de carácter público. Los supuestos de información confidencial previstos por el ordenamiento jurídico o de información de carácter privado, debe seguir manteniéndose en esa condición, en el tanto no atenten contra el carácter público de las audiencias y los fines que persigue esa publicidad. // (...)El mantener en reserva ese dato en particular, a nuestro criterio no afecta el principio de publicidad que rige las audiencias del Concejo, ya que no se ocuparía acordar una sesión privada o una parte de ella para hacerlo, sino simplemente omitir la mención de la identidad de quien denuncia (…).”

(Dictamen N° C-368-2005 del 26 de octubre de 2005)

Artículo 9°—Atención de las denuncias presentadas ante la Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República determinará los procedimientos para la atención, la admisibilidad y el trámite de las denuncias que se le presenten y que sean atinentes al ámbito de su competencia, pero respetará el derecho de petición, en los términos señalados por la Constitución Política.

CONCORDANCIAS

Ref: Artículos 1, inciso 15); y 26 del Reglamento.

Artículo 10.—Limitaciones de acceso al expediente administrativo.

Cuando estén en curso las investigaciones que lleve a cabo la Contraloría General de la República en el ejercicio de sus atribuciones, se guardará la reserva del caso, en tutela de los derechos fundamentales del presunto responsable o de terceros.

A los expedientes solo tendrán acceso las partes y sus abogados defensores debidamente acreditados como tales, o autorizados por el interesado para estudiar el expediente administrativo antes de asumir su patrocinio.

Las comparecencias a que se refiere la Ley General de la Administración Pública en los procedimientos administrativos que instruya la Administración Pública por infracciones al Régimen de Hacienda Pública, serán orales y públicas, pero el órgano director, en resolución fundada, podrá declararlas privadas por razones de decoro y por derecho a la intimidad de las partes o de terceros, cuando estime que se entorpece la recopilación de evidencia o peligran un secreto cuya revelación sea castigada penalmente.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2594 a 2595, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 36 del 18 de setiembre de 2002.

Artículo 11.—Acceso a la información confidencial.

En cumplimiento de las atribuciones asignadas a la Contraloría General de la República, sus funcionarios tendrán la facultad de acceder a toda fuente de información, los registros, los documentos públicos, las declaraciones, los libros de contabilidad y sus anexos, las facturas y los contratos que los sujetos fiscalizados mantengan o posean.

No obstante, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política, los únicos documentos de carácter privado que la Contraloría General de la República podrá revisar sin la autorización previa del afectado o de sus representantes, serán los libros de contabilidad y sus anexos, con el único objeto de fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

El afectado o sus representantes podrán autorizar, además, que la Contraloría General de la República revise otros documentos distintos de los enunciados en el párrafo anterior. Dicha autorización se entenderá otorgada si el afectado o sus representantes no se oponen al accionar de la Contraloría, luego de que los funcionarios de esa entidad les hayan comunicado la intención de revisar documentación y les hayan informado sobre la posibilidad de negarse a que se efectúe dicho trámite.

La confidencialidad que se conceda por ley especial a los documentos, las cuentas o las fuentes, conocidos por la Contraloría General de la República según el artículo 24 de la Constitución Política y el presente Artículo, no será oponible a sus funcionarios; no obstante, deberán mantenerla frente a terceros.

Los documentos originales a los cuales pueda tener acceso la Contraloría General de la República según este artículo y el artículo 24 de la Constitución Política, se mantendrán en poder de la persona física o jurídica que los posea, cuando esto sea preciso para no entorpecer un servicio público o para no afectar derechos fundamentales de terceros; por tal razón, los funcionarios de la Contraloría tendrán fe pública para certificar la copia respectiva y llevarla consigo.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1093 a 1094, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2596 a 2597, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 36 del 18 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo X, Folios 3075 a 3087, Acta de la Sesión Plenaria N° 161 del 17 de marzo de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XI, Folios 3097 a 3100 – 3108 a 3121, Acta de la Sesión Plenaria N° 162 del 18 de marzo de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XI, Folios 3137 a 3149 – 3171 a 3184, Acta de la Sesión Plenaria N° 164 del 20 de marzo de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XI, Folios 3190 a 3212, Acta de la Sesión Plenaria N° 166 del 25 de marzo de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XI, Folios 3220 a 3257, Acta de la Sesión Plenaria N° 169 del 31 de marzo de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XI, Folios 3264 a 3286, Acta de la Sesión Plenaria N° 170 del 1° de abril de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XI, Folios 3303 a 3304, Acta de la Sesión Plenaria N° 172 del 3 de abril de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XV, Folios 4334 – 4338 a 4340, Acta de la Sesión Plenaria N° 68 del 9 de setiembre de 2004.

Temas complementarios tratados en la discusión de este artículo: Secreto Bancario; Información confidencial; Acceso a información por parte de la Contraloría General de la República.

Artículo 12.—Cooperación internacional.

Facúltase a la Contraloría General de la República para que preste su colaboración y asesoramiento al Poder Ejecutivo en la celebración de los convenios internacionales que corresponda, a fin de que los organismos de fiscalización de la Hacienda Pública puedan recabar prueba y efectuar investigaciones fuera del territorio nacional, permitan realizar estudios o auditorias conjuntas y faciliten la cooperación técnica y el intercambio de experiencias.

En el ámbito de su competencia, la Contraloría General de la República podrá solicitar asistencia y cooperación internacional para obtener evidencia y realizar los actos

necesarios en las investigaciones que lleve a cabo, por medio de la Autoridad Central referida en el artículo XVIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por la Ley N° 7670, de 17 de abril de 1997.

Artículo 13.—Territorialidad.

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables respecto de actos de corrupción cometidos fuera del territorio nacional o que produzcan sus efectos fuera de él, mientras se trate de un estado parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

La Contraloría General de la República tendrá plenas facultades de fiscalización sobre los funcionarios y las oficinas del servicio exterior costarricense y de los sujetos pasivos que establezcan oficinas fuera del territorio nacional.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1190 a 1191, Acta de la Comisión Permanente Especial de Redacción N° 20 del 20 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XI, Folios 3311 a 3321, Acta de la Sesión Plenaria N° 172 del 3 de abril de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XII, Folios 3341 a 3345, Acta de la Sesión Plenaria N° 73 del 7 de abril de 2003.

CAPÍTULO II

Régimen preventivo

Artículo 14.—Prohibición para ejercer profesiones liberales.

No podrán ejercer profesiones liberales, el presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, el fiscal general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, sus respectivos intendentes, así como los alcaldes municipales y los subgerentes y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública, así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público. Dentro del presente Artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público.

De la prohibición anterior se exceptúan la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes

por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. En tales casos, no deberá afectarse el desempeño normal e imparcial del cargo; tampoco deberá producirse en asuntos que se atiendan en la misma entidad pública o Poder del Estado en que se labora.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1191, Acta de la Comisión Permanente Especial de Redacción N° 20 del 20 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1254 a 1256, Acta de la Comisión Permanente Especial de Redacción N° 21 del 24 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1298 a 1299, Acta de la Sesión Plenaria N° 068 del 27 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1788 a 1794, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 27 del 27 de agosto de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1971 a 1972, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2772 a 2774, Acta de la Sesión Plenaria N° 091 del 14 de octubre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XII, Folios 3381 a 3400, Acta de la Sesión Plenaria N° 174 del 8 de abril de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XII, Folios 3421 a 3431, Acta de la Sesión Plenaria N° 177 del 21 de abril de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIII, Folios 3714 a 3718, Acta de la Sesión Plenaria N° 87 del 9 de octubre de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIII, Folios 3725 a 3759, Acta de la Sesión Plenaria N° 88 del 13 de octubre de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIII, Folios 3766 a 3793, Acta de la Sesión Plenaria N° 89 del 14 de octubre de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIII, Folios 3803 a 3834, Acta de la Sesión Plenaria N° 91 del 16 de octubre de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIV, Folios 3845 - 3848 a 3855, Acta de la Sesión Plenaria N° 92 del 20 de octubre de 2003.

Temas complementarios tratados en la discusión de este artículo: Prohibición de percibir; compensaciones salariales; Desempeño simultáneo de cargos públicos; Retribución económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales; Conflicto

de interés; Acceso a información por parte de la Contraloría General de la República; Contenido de las Declaraciones Juradas de Bienes.

Ref: Artículos 1, inciso 14), 24) y 36); 27; 28; 29 y 30 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

ASPECTOS GENERALES

La prohibición tiene como destinatarios exclusivos, a quienes ocupen determinados cargos públicos, de ahí que resulta improcedente pretender su extensión a organizaciones privadas.

“(…) Adicionalmente conviene advertir que todos los cargos a los que se hace referencia en la norma de mérito, corresponden a cargos de naturaleza pública ejercidos por funcionarios de igual naturaleza, motivo por el cual se impone dar a una respuesta negativa a esta interrogante, en cuanto a si servidores de su representada se encuentran o no vinculados por esta prohibición, al ser dicha organización sujeto pasivo de la Ley N° 8422 de conformidad con su numeral segundo (…).”

(Oficio N° 6395 (DAGJ-1469) del 3 de junio de 2005)

Momento de configuración del derecho al ejercicio de la profesión.

“(…) La profesión liberal es aquella que desarrolla, en el mercado de servicios, una persona que cuenta con un grado académico universitario, que le acredita como capaz y competente para prestar el servicio en forma ética, responsable y eficaz, y que como requisito esencial, debe estar incorporado a un colegio profesional en el caso de que exista, momento a partir del cual se materializa el derecho fundamental al ejercicio de la profesión, carácter que se deriva de la conjunción armónica de los derechos establecidos por la Constitución Política en los artículos 46 y 56, en virtud de los cuales, nuestro ordenamiento jurídico reconoce el derecho al trabajo y la libertad de empresa (…).”

(Oficio N° 9318 (DAGJ-2228) del 4 de agosto de 2005)

El ejercicio liberal de la profesión como libertad fundamental, puede ser objeto de regulación e incluso resultar sometida a restricciones en resguardo del interés público.

“(…) En este sentido, debe tenerse presente que el ejercicio liberal de la profesión ha sido reconocido por la Sala Constitucional como una libertad fundamental. Ahora bien, como cualquier libertad, su ejercicio no es irrestricto, sino que el mismo se encuentra sujeto a una serie de limitaciones impuestas por el Estado, en virtud de que a éste le corresponde ejercer las potestades de fiscalización, regulación, control y disciplina sobre determinadas profesiones liberales tituladas, lo cual ha sido delegado en los colegios profesionales, como organizaciones corporativas de Derecho Público. Precisamente, en ejercicio de dichas potestades, los colegios establecen las condiciones que se deben reunir para poder autorizar el ejercicio de la profesión, las cuales, como restricciones al ejercicio de una libertad fundamental que son, se encuentran sujetas al principio de reserva de ley. Por otra parte, existe otra serie de restricciones establecidas por el legislador que resultan aplicables para quienes ya habiendo superado los respectivos requisitos para ejercer una determinada profesión liberal, encontrándose por lo tanto debidamente autorizados para ello, se les impide hacerlo por encontrarse en una particular situación que hace presumir un supuesto de incompatibilidad (…).”

(Oficio N° 7150 (DAGJ-1672) del 20 de junio de 2005)

La finalidad del régimen de la prohibición, pasa por la desvinculación del servidor de actividades privadas incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas encomendadas.

“(…) en materia de función pública el legislador, bajo el principio de reserva legal como corresponde a un sistema democrático de libertades públicas, ha considerado conveniente y compatible con las exigencias de un transparente, imparcial, objetivo, ético y correcto ejercicio de la función pública, el disponer que determinados funcionarios públicos y profesionales al servicio del Estado –latu sensu- se dediquen por completo a su función, desvinculándose estrictamente de otras actividades privadas a nivel profesional o empresarial, que pudieran comprometer ya sea esa dedicación o bien generar reales o potenciales conflictos de intereses, para lo cual ha creado todo un régimen de prohibiciones e incompatibilidades, disgregado en diversas normas legales como la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, etc. para prevenir dichas situaciones y generar confianza en la gestión de los asuntos públicos, libres de toda vinculación privada (…)”.

(Oficio N° 9318 (DAGJ-2228) del 4 de agosto de 2005)

El carácter restrictivo del régimen demanda que su interpretación y aplicación deban darse en iguales términos.

“(…) Sobre el particular, como aspecto de primer orden, debe tener presente que el régimen de prohibición establecido por la norma de marras, implica una lesión a una libertad fundamental reconocida por el Tribunal Constitucional, consistente en ejercer liberalmente la profesión o profesiones que se ostente, de tal manera, que el prohibir su ejercicio depara en una limitación para el ejercicio del derecho al trabajo, limitación que, sin lugar a dudas, repercute en la esfera patrimonial de los afectados por dicho régimen. Precisamente, en virtud de tratarse de una lesión a un derecho subjetivo, la norma debe interpretarse de manera restrictiva, sin poder ir más allá de lo establecido por el legislador (…)”.

(Oficio N° 7176 (DAGJ-1680) del 20 de junio de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 10757 (DAGJ-2552) del 31 de agosto de 2005)

El figurar como sujeto pasivo de la prohibición, responde a una decisión del legislador, y no a un reconocimiento o castigo a quienes desempeñan determinados cargos públicos.

“(…) Por otra parte, debe advertirse que el hecho de quedar vinculado por la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, representa y trae consigo una restricción personal para aquellos sujetos alcanzados por aquella, siendo el interés del legislador contar con servidores públicos -que dado el cargo que ocupan-, se dediquen por entero a sus labores en el sector público, y evitar por otra parte que la aplicación privada de sus conocimientos, pueda llevar eventualmente a la atención indebida o ineficiente de sus labores así como de la función pública que les ha sido encargada.

En nuestro criterio fue este el interés del legislador consagrado de manera positiva en las normas antes relacionadas, y no venir a reconocer o dejar de reconocer, el desempeño de funcionarios de determinadas áreas o unidades como pueden ser las oficinas de recursos humanos de los órganos y entes públicos (…)”.

(Oficio N° 6916 (DAGJ-1608) del 14 de junio de 2005)

La prohibición alcanza el ejercicio de todas las profesiones que posea el funcionario, aunque su tenencia no haya sido requisito para el ejercicio del cargo público respectivo.

“(…) En cuanto a la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, debe tenerse presente que la regulación contenida en el artículo 14 de la Ley N° 8422, tiene como antecedente inmediato lo que al efecto disponía el numeral 22 de la hoy derogada Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, regulación que establecía en lo que interesa que *“Los ministros de Gobierno, los viceministros y los presidentes ejecutivos, gerentes y subgerentes de los entes descentralizados o de las empresas públicas, no podrán ejercer profesiones liberales (…)”*, sin embargo con el dictado de

la norma legal de mérito, el ámbito de aplicación subjetiva de la disposición, además de incluir aquellas profesiones que no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público, se vio ampliado en la cantidad de servidores cubiertos por tal prohibición (...)."

(Oficio N° 489 (DAGJ-91) del 10 de enero de 2006)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 9874 (DAGJ-2370) del 16 de agosto de 2005)

Tomando en cuenta su carácter legal e impositivo, la prohibición no es renunciable.

"(...) De los criterios jurisprudenciales citados se desprende, con meridiana claridad, que resulta improcedente jurídicamente "renunciar" a un régimen de prohibición, precisamente porque el mismo es impuesto por el propio ordenamiento jurídico, constituyéndose como un requisito inherente al ejercicio del cargo, de tal forma que el mismo no surge del acuerdo voluntario entre el servidor y la Administración, sino que más bien surge del precepto legal que lo establece (...)."

(Oficio N° 6396 (DAGJ-1470) del 3 de junio de 2005)

El goce del beneficio previsto como compensación a la prohibición, supone un acto formal de nombramiento en el cargo respectivo, así como un desempeño regular (no ocasional) de las funciones sustantivas asociadas a dicho cargo.

"(...) interesa advertir que el pago de la retribución económica ligada al no ejercicio de profesiones liberales, extensivo tal y como se indicó únicamente a favor de las personas que ocupan alguno de los cargos referenciados en el artículo 14 de la Ley N° 8422, parte del supuesto que exista una persona nombrada formalmente en el cargo respectivo –en este caso como auditor interno-, dedicada de lleno a la atención de las competencias y funciones que acarrea el ejercicio del cargo, situación que no coincide con lo que acontece en la especie, en la que se ha optado por encargar a la contadora municipal la realización de algunas tareas vinculadas a la labor de auditoría, sin que por ello pueda afirmarse que la contadora ostente el cargo de auditora interna de ese ente municipal (...)."

(Oficio N° 3790 (DAGJ-854) del 5 de abril de 2005)

La ocupación y desempeño interino de un cargo alcanzado por la prohibición, no es óbice ni desvirtúa su aplicación.

"(...) Finalmente en cuanto a si el pago de esta retribución económica procede o no frente a nombramientos interinos, partiendo de la base que la persona nombrada de manera interina ocupa uno de los cargos referenciados en las normas de mérito, en términos similares a lo indicado en el oficio N° LE-338-05, dichas disposiciones no establecen ninguna excepción al respecto, motivo por el cual el hecho que el desempeño en uno de los cargos vinculados por la prohibición se presente de manera interina (en este caso por un plazo de seis meses), no exime ni atenúa de ninguna forma la debida aplicación de la prohibición y el ser acreedor por ende a la retribución económica antes mencionada (...)."

(Oficio N° 7154 (DAGJ-1675) del 20 de junio de 2005)

Aplicación de la prohibición a supuestos de recargo de funciones y suplencia.

"(...) el precepto legal bajo análisis a su vez incluye expresamente el cargo de oficial mayor, frente a lo cual se nos pregunta si quien asuma el recargo de funciones de dicho cargo se entenderá por ese solo hecho como cubierto por el régimen de prohibición que atañe a ese cargo. Sobre el particular, interesa destacar que debe diferenciarse si se está en presencia de un simple recargo de funciones o si por el contrario nos encontramos frente a un caso de suplencia.

(...) Así las cosas, en virtud de que la suplencia conlleva el asumir todos los deberes y potestades inherentes al cargo suplido, somos del criterio de que quien pase a ejercer un cargo cubierto por el régimen de prohibición a que se refiere el numeral 14 de la Ley No. 8422 a su vez se encontraría bajo el ámbito de cobertura del régimen de prohibición, pues aunque sea de forma temporal, está desempeñándose como titular de dicho cargo durante el período en que dure la suplencia.

(...) Sin embargo, en el caso de que se estén asumiendo únicamente las funciones de uno de los cargos sujetos al referido régimen de prohibición bajo la modalidad de recargo, no resultaría procedente el pago de dicha compensación económica pues como señalamos anteriormente en ese supuesto no se está asumiendo el ejercicio del cargo como tal con sus correspondientes deberes y potestades (...).”

(Oficio N° 10443 (DAGJ-2518) del 26 de agosto de 2005)

La sujeción al régimen de prohibición no se ve suspendida durante el período de vacaciones.

“(...) Importa señalar, que el establecimiento de un régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales busca prevenir que surjan conflictos de interés entre la función pública y la privada, que pudieran llevar a comprometer los deberes de imparcialidad, objetividad, lealtad e independencia inherentes al desempeño de cargos públicos. De tal manera, que dicha prohibición legal no se suspende por el hecho de que el servidor sujeto a la misma se encuentre disfrutando del período de vacaciones (...).”

(Oficio N° 9874 (DAGJ-2370) del 16 de agosto de 2005)

Los sujetos alcanzados por la prohibición, no necesariamente deben rendir también declaración jurada sobre la situación patrimonial y viceversa.

“(...) si bien puede haber coincidencia entre las personas que tienen prohibido el ejercicio liberal de sus profesiones, y además deben presentar ante la Contraloría General una declaración jurada sobre su situación patrimonial, se trata de obligaciones contenidas en normas diversas de la Ley N° 8422 que en uno y otro caso deben ser individualmente consideradas, pudiendo presentarse el caso de personas tan solo vinculadas por una de dichas obligaciones, lo cual descarta la aplicación “automática” a que se hace referencia en el oficio de consulta (...).”

(Oficio N° 8299 (DAGJ-1961) del 11 de julio de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 6722 (DAGJ-1531) del 10 de junio de 2005)

Respecto a un mismo cargo público, no procede la vigencia simultánea de un régimen de dedicación exclusiva y de prohibición.

“(...) debemos señalar que resulta improcedente jurídicamente la coincidencia en un mismo cargo público de los regímenes de dedicación exclusiva y de prohibición, pues no podría a la vez brindarse la posibilidad de no llevar a cabo el ejercicio liberal de la profesión a cambio de un plus salarial, y al mismo tiempo exigirse que no lo haga a cambio de una compensación económica (...).”

(Oficio N° 7854 (DAGJ-1795) del 30 de junio de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 2377 (DAGJ-506) del 1° de marzo de 2005)

Los contratos de dedicación exclusiva, pactados por servidores ahora alcanzados por la prohibición, quedaron sin efecto de pleno derecho con motivo de la entrada en vigencia de la Ley.

“(...) debe tenerse presente que el régimen de dedicación exclusiva presenta una serie de diferencias con el de prohibición. Fundamentalmente, el primero tiene un carácter contractual, y por ende voluntario y renunciable, de tal suerte que el funcionario tiene la posibilidad de decidir si se acoge o no a éste, y de hacerlo, se compromete a no ejercer liberalmente su profesión, a cambio de la retribución económica pactada.

En cambio, en el caso de la prohibición, por su naturaleza ésta viene impuesta por ley, y en consecuencia, no existe posibilidad para el funcionario de negociar sus términos ni tampoco de renunciar a tal régimen, justamente por ser de acatamiento obligatorio.

Así las cosas, si anteriormente un funcionario estaba ligado por un contrato de dedicación exclusiva, por lo que recibía en su salario un plus determinado –que usualmente es del 55% sobre la base– a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 8422 el respectivo contrato debió perder sus efectos, para dar paso al régimen de prohibición, el cual opera de pleno derecho a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa. En ese sentido, nótese que el régimen

impuesto por una norma con rango de ley resulta superior y con ello desaparece la posibilidad que anteriormente tenía el funcionario de negociar con la Administración un contrato de esta naturaleza, y de decidir libremente si se sometía o no a esa restricción a cambio de un incentivo salarial (...)"

(Oficio N° 2375 (DAGJ-505) del 1° de marzo de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 7630 (DAGJ-1751) del 28 de junio de 2005 y N° 8056 (DAGJ-1871) del 5 de julio de 2005)

Los contratos de dedicación exclusiva de aquellos servidores no cubiertos por la prohibición mantienen su vigencia.

"(...) Así las cosas, se advierte que el régimen de prohibición establecido en la Ley N° 8422 en nada incide sobre estos contratos que puedan estar en vigencia para los distintos profesionales, salvo que algún funcionario que estuviera anteriormente ligado por este régimen ocupara un puesto de los enumerados en el artículo 14 de la Ley N° 8422 (...)

(...) Sin embargo, su caso no se encuentra dentro del último supuesto mencionado, toda vez que su cargo no está incluido dentro de la lista taxativa contenida en el artículo 14 de la Ley N° 8422, disposición que enumera los puestos que somete al régimen de prohibición ahí establecido.

En consecuencia, procede evacuar su consulta indicando que si usted ha suscrito un contrato de dedicación exclusiva con el ICODER, los alcances de la exclusividad con que debe prestar sus servicios profesionales a este instituto habrán de estar definidos claramente dentro de la letra del mismo contrato, bastando reiterar que el objeto de los contratos de esta naturaleza es justamente el compromiso de ejercer las actividades profesionales únicamente para la institución, a cambio de lo cual se le paga al servidor el plus salarial ahí pactado (...)"

(Oficio N° 8939 (DAGJ-2115) del 26 de julio de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 8768 (DAGJ-2086) del 21 de julio de 2005)

Las acciones de recuperación de pagos ligados a la prohibición, realizados a contrapelo de lo que establece la normativa aplicable, demanda la observancia de las garantías del debido proceso legal.

"(...) en atención a las inquietudes planteadas por esa unidad de auditoría interna, se instruye al Consejo Municipal de Grecia, a fin de que determine si a lo interno de esa corporación municipal, los pagos ligados a la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales a favor del alcalde municipal o de cualquier otro servidor municipal, se han ajustado o no a los parámetros contenidos en este memorial, así como a los criterios jurisprudenciales emitidos por la Contraloría General en la materia. En caso contrario, con observancia de las garantías del debido proceso, cualquier actuación que pudiera resultar contraria a las disposiciones de la Ley N° 8422 y su Reglamento Ejecutivo debe ser corregida, efectuando cuando así corresponda, las acciones cobratorias que procedan a fin de recuperar sumas que eventualmente hayan sido pagadas en forma indebida (...)"

(Oficio N° 1709 (DAGJ-288) del 3 de febrero de 2006)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 9505 (DAGJ-2270) del 9 de agosto de 2005 y N° 9514 (DAGJ-2275) del 9 de agosto de 2005)

Acciones de recuperación de sumas pagadas indebidamente, y el control posterior de la Contraloría General.

"(...) no omitimos destacar la importancia de que cualquier actuación contraria a lo dispuesto por la Ley No.8422 sea corregida, ello evidentemente en apego a las garantías del debido proceso, al principio de inderogabilidad de los actos propios y en respeto a las posibles situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos que pudieran presentarse.

En tal sentido, de haberse dado algún tipo de pago indebido, corresponde a las máximas autoridades de esa Corporación Municipal, proceder con las acciones cobratorias que resulten necesarias, sujeto todo al control posterior de esta Contraloría General (...)"

(Oficio N° 9505 (DAGJ-2270) del 9 de agosto de 2005)

Participación de funcionarios no alcanzados por prohibición, en actividades remuneradas por personas u organizaciones que no pertenecen a la Administración Pública. Vigencia de los principios de imparcialidad, objetividad e independencia en el desempeño del cargo.

“(…) efectivamente el puesto de directivo de una institución autónoma como el ICE no está cubierto por el régimen de prohibición contemplado en el numeral 14 de la Ley N° 8422, situación que en iguales términos se regula por el numeral 27 del respectivo reglamento ejecutivo a esa Ley.

En consecuencia, usted se encontraría legalmente habilitado para ejercer liberalmente la profesión, bajo los términos de la Ley contra la Corrupción en el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Ahora bien, en lo que se refiere a las causales de responsabilidad administrativa que se recogen en el artículo 38 de la citada normativa, nótese que el inciso m) que se menciona en su consulta lo que sanciona es la percepción de honorarios o beneficios de cualquier tipo, de parte de personas u organizaciones que no pertenecen a la Administración Pública, por el cumplimiento de labores propias del cargo o con ocasión de éstas. Así las cosas, el funcionario no puede percibir este tipo de retribuciones si ello responde a actividades relacionadas directamente con las funciones de su puesto, o bien, si ha tenido la oportunidad de participar en esa actividad prevaleciéndose de las condiciones que le brinda el ejercicio de su cargo. Bajo ese orden de ideas, existen situaciones en las que con toda claridad se advierte que se accede a la participación en una actividad que puede generar honorarios, justamente por ostentar un determinado cargo. Por ejemplo, si se ha cursado una invitación a la institución para que se designe un representante, o si dicha invitación de algún modo se ha canalizado de manera oficial, o si la oportunidad de participación se dirige a quien desempeñe un determinado puesto dentro de la Administración, independientemente de la persona que sea su titular al momento de desarrollarse la actividad, entre otras, son todas hipótesis que configuran el supuesto que la norma pretende prohibir. Sin embargo, existen otras situaciones en las que el funcionario puede ser invitado a participar en una actividad que le genere honorarios, pero estrictamente a título personal, de tal suerte que ello responde no al cargo que ejerce ni a las facilidades u oportunidades que éste le puede ofrecer, sino que obedece a sus condiciones y atributos personales y profesionales, es decir, a su currículum y a cualquier otra consideración ajena al cargo que en ese momento desempeñe. Ello implica que esa oportunidad debería mantenerse independientemente de que la persona dejara el cargo público que ostenta, pues ello vendría a constituirse en un elemento tendiente a demostrar que la razón de fondo para el ofrecimiento es ajena al desempeño del cargo público. Asimismo, conviene además recordar que, desde luego, este tipo de actividades debe desarrollarse fuera de la jornada ordinaria, o en el caso de funciones dentro de un órgano colegiado –como lo es un consejo directivo– en horas distintas a las previstas para las sesiones de dicho órgano, de tal suerte que no exista superposición horaria ni se descuiden en forma alguna las responsabilidades propias del cargo público por el cual se percibe dietas o salario.

Claro está que aún cuando el funcionario no esté cubierto por el régimen de prohibición y no se esté prevaleciendo en modo alguno de las facilidades que le brinda el cargo para efectos de acceder a este tipo de actividades, ello no lo releva de observar estrictamente los deberes éticos que deben imperar en la función pública, evitando toda posibilidad de un conflicto de intereses respecto de las responsabilidades de su cargo.

(…) Así las cosas, al participar en una actividad privada que le genere honorarios –tal como ocurre con la prestación de asesorías– el funcionario no puede prevalecerse de modo alguno, para esos fines, de las facilidades o condiciones que le brinda el cargo público que ocupa. Asimismo, la actividad a desarrollar no debe generarle ningún conflicto de intereses en relación con los deberes de su cargo, ni tampoco debe comprometer en forma alguna su imparcialidad al momento de cumplir con sus responsabilidades en la relación de empleo público. En consecuencia, siempre que se respeten íntegramente todas las condiciones señaladas, no estimamos que exista impedimento para que el funcionario que puede ejercer liberalmente su profesión sea contratado para brindar una asesoría (...).”

(Oficio N° 8059 (DAGJ-1872) del 5 de julio de 2005)

El no resultar alcanzado por la prohibición, no dispensa la observancia necesaria del deber de probidad e imparcialidad, evitando la realización de actividades en el ámbito privado capaces de generar conflictos de interés.

“(…) En todo caso, no está de más llamar la atención sobre el hecho de que, aunque un funcionario no esté sujeto al régimen de prohibición o dedicación exclusiva, de tal modo que se encuentra habilitado para ejercer liberalmente su profesión fuera del cargo, dicho ejercicio nunca debe entorpecer o afectar en modo alguno el desempeño normal y eficiente del puesto ocupado, ni tampoco debe producirse ninguna incompatibilidad contraria a los principios éticos de la función pública, de tal suerte que los trabajos que asuma el profesional fuera de su jornada ordinaria no deben entrañar ningún conflicto de intereses respecto de los asuntos que se atienden en la institución para la que presta sus servicios (…)”.

(Oficio N° 3026 (DAGJ-643) del 14 de marzo de 2005)

Actividades en el ámbito privado por parte de servidores no alcanzados por prohibición. Participación en actividades privadas de capacitación. Deber de imparcialidad.

“(…) Es decir, aún y cuando un servidor no devengue compensación por prohibición o haya suscrito un contrato de dedicación exclusiva, el deber de imparcialidad le obliga a no comprometer la gestión pública que desempeña con las actividades que ejerza en el ámbito privado, aspecto que también deberá considerarse aún tratándose de servicios de capacitación, a fin de que durante su impartición se evite que la misma se transforme en *asesoría* comprometiendo y desprotegiendo la función pública que ordinariamente ejerce (…)”.

(Oficio N° 5799 (DAGJ-1313) del 20 de mayo de 2005)

El descartar la aplicación de la prohibición con relación a un cargo determinado, no significa que quien lo ocupe no pueda estarlo al amparo de otra normativa.

“(…) el hecho de que su situación no se encuentre cubierta por el régimen de prohibiciones de la Ley No. 8422, no quiere decir que no le puedan aplicar las prohibiciones específicamente previstas para ese cargo en particular, por lo que igualmente habría que valorar las disposiciones normativas internas de la institución para la cual presta sus servicios, con relación a la regulación sobre prohibiciones y dedicación exclusiva. Aspecto éste que trasciende del ámbito de la presente consulta, por lo que queda bajo su exclusiva responsabilidad ajustarse a la normativa que a estos efectos regule su relación de servicio con el IFAM (…)”.

(Oficio N° 6620 (DAGJ-1522) del 8 de junio de 2005)

La restricción para ejercer profesiones liberales abarca no sólo el ejercicio privado sino también el ejercicio dentro de la función pública.

“(…) Sin embargo, no debe dejarse del lado el otro fin perseguido por dicha disposición legal, consistente en disponer que determinados funcionarios públicos y profesionales al servicio del Estado –entendido éste en términos generales– se dediquen por completo a su función, desvinculándose estrictamente de otras actividades a nivel profesional, que pudieran comprometer esa dedicación. Así, no se trata únicamente de evitar el colocar al funcionario ante un potencial conflicto de intereses público-privado, sino que adicionalmente se pretende que quienes ejerzan los respectivos cargos públicos sujetos a prohibición, se dediquen solamente a los mismos, para evitar que mediante el ejercicio de otras actividades propias del ejercicio profesional, ya sea en el sector público o en el privado, se distraiga el cumplimiento de los deberes inherentes a dicho cargo público. (…) De tal manera, que somos del criterio que la restricción impuesta para el ejercicio de profesiones liberales cubre no sólo el ejercicio privado sino también el desempeño de otro cargo público que implique el ejercicio de la o las profesiones liberales que ostente el respectivo funcionario público, por lo que no resultaría procedente que quien se encuentre afectado por dicho régimen, y por ende esté recibiendo el pago compensatorio del 65% sobre el salario base a que se refiere el numeral 15 de la Ley No. 8422, tenga a su vez abierta la posibilidad de ejercer su profesión en el ámbito público (…)”

(Oficio N° 2338 (DAGJ-241) del 6 de marzo de 2007)

En caso de la suspensión con goce de salario de un funcionario cubierto por la prohibición, subsiste tanto el pago de la compensación así como el deber de no ejercer las profesiones que posea.

“(…) Asimismo, debemos señalar que en lo que respecta a su consulta sobre la procedencia del pago por concepto de prohibición en aquellos supuestos en que el funcionario respectivo se encuentre suspendido con goce de salario, coincidimos con el criterio esbozado por la Asesora Legal de ese Instituto, en el sentido de que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional la medida cautelar de suspensión de un funcionario de su puesto, debe darse con goce de salario, pues de otra manera se le estaría sancionado en forma previa. Así, al funcionario le corresponderá el pago de todos los extremos que conforman su respectivo salario, sin que pueda interpretarse que durante ese lapso no le corresponde el pago por concepto de prohibición. (...) Antes bien, durante el período en que el funcionario se encuentre suspendido con goce de salario, continúa sujeto a cumplir con la restricción impuesta por dicho régimen, en el sentido de que no podría ejercer liberalmente la o las profesiones que posea, por lo que consecuentemente, también tendrá el derecho de que se le continúe pagando la respectiva compensación prevista legalmente (...)”.

(Oficio N° 2338 (DAGJ-241) del 6 de marzo de 2007)

Sobre las diferencias entre el régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, y el régimen de prohibiciones aplicable a la contratación administrativa.

“(…) Así las cosas y de cara a la gestión consultiva planteada, debe advertirse que la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 8422 relativas a la prohibición para el ejercicio liberal de profesiones, deben ser individualmente consideradas, teniendo claro que su aplicación para un servidor público determinado, se produce con arreglo a lo dispuesto en dichas normas, y sin que ello dependa ni esté en función, de las regulaciones o causales propias del régimen de prohibición aplicable a los procesos de contratación administrativa, tramitados por los entes y órganos cubiertos por la Ley de Contratación Administrativa. Por último, interesa rescatar que es una mera coincidencia que la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, haya dispuesto una reforma al artículo 22 de la Ley N° 7494 y particularmente del régimen de prohibiciones en ella regulado, reforma que pudo haber estado contenida, en cualquier otra norma legal ordinaria dictada por la Asamblea Legislativa –salvo claro está alguna de naturaleza presupuestaria-, aspecto que merece ser tomado en cuenta, a fin de tener claro que la aplicación de las disposiciones de ambos cuerpos normativos, son independientes y no están supeditadas unas a otras (...)”.

(Oficio N° 14326 (DAGJ-3348) del 7 de noviembre de 2005)

Sobre la inclusión de la función notarial dentro de las profesiones cuyo ejercicio liberal resulta prohibido. Competencia de la Dirección Nacional de Notariado.

“(…) en cuanto a la *segunda* de sus inquietudes, si bien es cierto las disposiciones de Ley N° 8422 y su Reglamento Ejecutivo establecen que la prohibición cubre todas las profesiones del servidor que puedan ser ejercidas de manera liberal, la emisión del criterio requerido en este aparte, corresponde a nuestro juicio ser emitido por la Dirección Nacional de Notariado, a la cual de conformidad con el artículo 24 inciso m) del Código Notarial vigente (Ley N° 7764 del 17 de abril de 1998), le compete “*Resolver las gestiones o cuestiones planteadas respecto de la función notarial, siempre que por ley no le compete a otro órgano*”, de ahí que este punto de la consulta bien puede formularse a esa Dirección (...)”.

(Oficio N° 8558 (DAGJ-2046) del 18 de julio de 2005)

La determinación del ámbito de aplicación subjetivo de la prohibición a lo interno de cada entidad, es una labor cuya titularidad y consecuente responsabilidad recae en sus autoridades administrativas.

“(…) aún cuando en virtud de los requerimientos de determinada consulta o gestión, o bien de conformidad con la valoración de conveniencia y oportunidad realizada por esta División, se ha llegado emitir criterio en algunos casos o situaciones concretas, y en particular en torno a la aplicación o no de la prohibición de mérito a una persona o cargo público determinado, ha venido siendo criterio reiterado de parte nuestra, el hecho de que son las autoridades de cada Administración y no de este Órgano Contralor, a quienes corresponde bajo su exclusiva y entera responsabilidad, determinar en cada caso cuáles de sus funcionarios se encuentran cubiertos o no por dicha restricción. Cabe señalar que en este examen y determinación administrativa, no debe perderse de vista que el artículo 38 inciso a) de la Ley N° 8422, establece como una causal de responsabilidad administrativa, el incumplimiento al régimen de prohibiciones e incompatibilidades en ella contenido, lo anterior sin perjuicio de eventuales responsabilidades de índole penal, surgidas al tenor del artículo 56 de dicha norma legal, numeral que tipifica el delito de reconocimiento ilegal de beneficios laborales. Interesa destacar que este resguardo a la titularidad de la Administración, para realizar en cada caso particular, la determinación de cuáles de sus servidores se encuentran cubiertos por la prohibición con arreglo a la Ley N° 8422 y su Reglamento Ejecutivo, se justifica además en el conocimiento directo e inmediato que cada Administración posee de su estructura orgánica, extremo que no puede dejarse de lado, a fin de captar en su correcto sentido, la naturaleza en la intervención de esta División, así como los alcances de nuestros pronunciamientos (…)”.

(Oficio N° DAGJ-3636 del 2 de diciembre de 2005)

La conformación del ámbito de aplicación subjetiva de la prohibición a lo interno de una entidad, necesariamente debe darse siguiendo los parámetros normativos establecidos al efecto, a fin de no incurrir en una causal de responsabilidad administrativa.

“(…) sorprende al Órgano Contralor el hecho de que la Asesoría Legal incluya dentro de los sujetos pasivos de la prohibición a lo interno de su representada, a ciertos cargos –por ejemplo el propio Asesor Legal, el Director Ejecutivo, los dos Sub Directores, y el Jefe del Departamento del Régimen Disciplinario–, lo anterior sin ajustarse a la regla legal anterior. En su lugar, dicha Asesoría echa mano del criterio de si el puesto que se trate, es o no –según su libre valoración– titular de los fines públicos atribuidos a esa corporación profesional, aspecto sobre el que esta Contraloría General estima, que las autoridades administrativas de su representada deben prestar especial atención y cuidado, esto a fin de no incurrir eventualmente en una causal de responsabilidad administrativa (artículo 38 inciso a) de la Ley N° 8422) por autorizar un pago en contravención a lo dispuesto en ese cuerpo normativo.

(…) Siempre sobre ese articular, no debe perderse de vista que sin perjuicio de lo ya indicado en cuento a que los servidores de un colegio profesional como lo es el de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica, se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley N° 8422 en la medida en que ejerzan potestades públicas, también es cierto que la aplicación de sus disposiciones y en lo que aquí interesa las atinentes a la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, debe darse en los términos y con arreglo a las condiciones establecidos en dicha norma legal y en su Reglamento Ejecutivo, las cuales al efecto establecen que tanto la aplicación de la prohibición como del consecuente pago de la retribución económica correspondiente, se extienden únicamente a favor de las personas que ocupan uno de los cargos referenciados en ellas.

En abono de lo anterior no debe perderse de vista en todo caso, que el ser sujetos pasivos de la Ley N° 8422 (artículo 2 en cuanto a la definición de servidor público), y lo dicho en torno al ejercicio de potestades públicas, no habilita a realizar una aplicación de la norma a contrapelo de lo que ella misma establece, como lo sería a nuestro juicio la intención de cubrir bajo el ámbito de la prohibición -sea en una empresa, un órgano o un ente público incluso uno no estatal como aquí acontece-, a personas que no ocupan cargos vinculados por dicha

prohibición por un mandato legal expreso, esto al no figurar en la enumeración taxativa de cargos que sí lo están (...)."

(Oficio N° 9314 (DAGJ-2224) del 4 de agosto de 2005)

El listado de cargos es taxativo, de ahí que no puede ser adicionado vía interpretación, salvedad hecha del desempeño de un cargo que guarde identidad con las características, funciones, labores y responsabilidades inherentes a uno de los incorporados en dicho listado.

"(...) la lista de cargos referenciados en los artículos 14 de la Ley N° 8422 y 27 de su Reglamento Ejecutivo, es de índole taxativa, la cual en consecuencia no puede ser adicionada mediante alguno de los métodos de interpretación reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, tal y como se menciona en el oficio recién citado, siguiendo un criterio que podemos denominar *material*, es posible llegar a determinar que un cargo público determinado, pese a no poseer la nomenclatura utilizada en los numerales 14 de la Ley N° 8422 y 27 de su Reglamento Ejecutivo, puede ser asimilado y en consecuencia comprendido dentro de los que se encuentran sujetos a la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, esto en la medida en que exista una identidad con las características, funciones, labores y responsabilidades inherentes al cargo referenciado.

Lo anterior significa el seguimiento por parte de este Despacho, de un criterio material que sin entrar a adicionar el listado taxativo por la vía de la interpretación, se aleja de una línea formalista que llevaría a dar prevalencia a la nomenclatura sobre la realidad material del cargo público que se trate y esencialmente sus atribuciones y responsabilidades (...)."

(Oficio N° 10771 (DAGJ-2555) del 25 de agosto de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 6343 (DAGJ-669) del 18 de junio de 2007)

Los ministros de Gobierno se encuentran alcanzados por la prohibición.

"(...) En otro orden de ideas, en lo que respecta a los cargos de Ministro a que se refiere el artículo 14, cabe mencionar que el artículo 27 del Reglamento a la Ley No. 8422 vino a especificar que se incluye dentro del régimen de prohibición para el ejercicio de las profesiones liberales a los ministros y viceministros de gobierno. Así, debe entenderse que los "ministros" a que se refiere el numeral 14 de la Ley No. 8422 son los regulados por el capítulo III de la Constitución Política, y por los artículos 21 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, es decir, aquellos nombrados por el Presidente de la República y concebidos como órganos constitucionales superiores de la Administración del Estado. Quedan por tanto comprendidos dentro del alcances de la norma de marras, todos los ministros, con o sin cartera, nombrados por el Presidente de la República, no así aquellos cargos que pese a denominarlos como "ministros" no refieren a las atribuciones y responsabilidades propias de un funcionario de gobierno del Poder Ejecutivo (...)."

(Oficio N° 7854 (DAGJ-1795) del 30 de junio de 2005)

La referencia en cuanto a "contralores y subcontralores internos", corresponde en estricto a cargos de auditoría interna, excluyendo por ende a contralores de servicios, contables, financieros, etc.

"(...) la norma incluyó ese término para cubrir expresamente a los funcionarios que ejercen las funciones de auditor y subauditor internos que, en el caso de algunas instituciones públicas como la Universidad de Costa Rica, dentro de la estructura orgánica se denominan contralor y subcontralor.

Así las cosas, es nuestro criterio que el texto de la norma, que incluye a los auditores y subauditores internos de todas las instituciones públicas, agregó el término "contralores" con la finalidad de comprender también a quienes ejercen tal función dentro de instituciones como las mencionadas, de forma tal que se refiere a quienes ejercen propiamente la labor auditora en las instituciones, y por ende no entendemos incluidos a los contralores de servicios ni los contralores financiero-contables, aspecto este último que se cuestiona en la consulta que aquí

nos ocupa. En efecto, nótese que la propia norma se refiere a los contralores y subcontralores internos, lo que confirma aún más el criterio expresado en cuanto a este aspecto (...)."

(Oficio N° 16090 (DAGJ-3421) del 14 de diciembre de 2004)

En cuanto a los “directores y subdirectores administrativos”, la extensión de su cobertura abarca toda la Administración Pública.

“(…) Es importante subrayar, que el artículo 14 de la Ley No. 8422, en lo que al cargo de director administrativo se refiere dispone literalmente: “los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas (...) y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública.”(el destacado no corresponde con el original). La letra de dicho numeral podría prestar a confusión, pues si bien en el caso de los cargos de directores administrativos la norma delimita su aplicación a aquellos que se ostenten en determinadas entidades de la Administración Pública, a saber, las entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, para el caso de los cargos de subdirectores administrativos su aplicabilidad se extiende para toda la Administración Pública. De tal manera, que consideramos que la interpretación que debe dársele a dicho precepto legal, es en el sentido de ampliar el ámbito de cobertura de los cargos de directores administrativos a aquél establecido para el caso de los subdirectores administrativos, pues de otra forma se podría caer en el absurdo de establecer que en aquellos órganos o entidades que no constituyan una entidad descentralizada, institución autónoma, semiautónoma o empresa pública, el director administrativo no queda sujeto a la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales pero sí el subdirector, a pesar de que evidentemente éste último refiere a un cargo de inferior jerarquía. De tal manera, que a criterio de esta Contraloría General, a pesar de la redacción confusa de la norma legal, debe entenderse correctamente que los cargos de director y subdirector administrativo aplican con respecto a toda la Administración Pública (...)."

(Oficio N° 10443 (DAGJ-2518) del 26 de agosto de 2005)

La referencia en torno a “directores y subdirectores administrativos”, cubre en términos exclusivos y excluyentes a quienes ocupen un puesto de jefatura en las unidades, áreas, dependencias –o cualquiera otra denominación- administrativas de órganos, entes y empresas públicas.

“(…) En este sentido y dado que las personas que ostentan un puesto de jefatura en las áreas o unidades administrativas, no necesariamente ostentan la condición de *directores*, y que de igual forma, estas áreas o unidades administrativas no necesariamente están estructuradas u organizadas como *direcciones*, o bien tienen una nomenclatura diversa, la norma reglamentaria reconoce estas situaciones y por ello echa mano de una redacción bastante general, sin embargo única y exclusivamente referida a las, áreas, unidades, departamentos, dependencias o cualesquiera otra nomenclatura que se utilice, administrativas en la persona de su director y su subdirector, no siendo extensiva la prohibición entonces a personas que ocupen un puesto de jefatura en áreas, unidades, departamentos o dependencias que no sean administrativas, lo cual reiteramos no constituye una novedad del reglamento sino una regulación ya prevista en la Ley (...)."

(Oficio N° 6398 (DAGJ-1471) del 3 de junio de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 9054 (DAGJ-2148) del 28 de julio de 2005)

Tratándose de los directores y subdirectores administrativos, la labor administrativa realizable debe ser principal y no accesoria.

“(…) a criterio de esta Contraloría General, el puesto de “director administrativo” a que hace referencia el artículo 14 citado, debe interpretarse en el sentido de que independientemente de la nomenclatura del puesto en cuestión, ya sea “director” “jefe” “encargado”, etc., e independientemente de si se trata de una dirección, división, unidad, área, etc., quedarán cubiertos por la norma a estos efectos, quienes ocupen los puestos de mayor jerarquía, pero

relativos a la función administrativa, por lo que quedarían excluidos del régimen de prohibición quienes ostenten puestos de dirección o similares pero a nivel financiero, legal, de recurso humanos, etc., pues a pesar de que como Usted lo señala en su oficio de consulta, existen otros cargos a nivel de jefatura, en secciones o dependencias, que si bien no son en principio las encargadas de gestionar las labores administrativas del ente u órgano respectivo, sí ejercen de forma accesoria funciones administrativas, la norma no fue concebida para un alcance de tal magnitud.

Lo anterior por cuanto, si el legislador en su momento consideró una serie de altos cargos públicos que por su propia naturaleza resultaban en principio vulnerables al surgimiento de conflictos de intereses entre la función pública y el ejercicio privado de la profesión, no cabría entender que la prohibición aplica también para todo aquel servidor público que ostente un cargo no equiparable al descrito en la norma, pero que implique la realización de funciones semejantes a aquellas propias del cargo, pero de manera accesoria. Así, para que aplique la norma, debe estarse frente a un cargo público, independientemente de la nomenclatura del mismo, que implique las atribuciones y responsabilidades inherentes al cargo originalmente descrito por la norma.

De manera tal, que únicamente cabría considerar sujeto a la prohibición establecida por el artículo 14, en cuanto al “director administrativo” y al “subdirector administrativo” a quienes ocupen los puestos de mayor jerarquía, en las áreas, departamentos, divisiones, unidades, etc. que tengan como principal misión, encargarse de las labores administrativas a nivel general de la entidad, sin que pudiera extenderse el sentido de la norma a quienes ejerzan dicha función de forma accesoria (...).”

(Oficio N° 7176 (DAGJ-1680) del 20 de junio de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 7854 (DAGJ-1795) del 30 de junio de 2005)

Puestos de dirección administrativa, en entidades en las que coexisten dos Administraciones cada una con su respectivo responsable administrativo. El caso de JAPDEVA.

“(…) Cabe agregar que en el caso de JAPDEVA se presenta la particularidad de que en virtud del artículo 22 de la Ley No.5337 y su reforma por la Ley No.7001, dicha entidad está organizada no en una única administración, sino en dos administraciones: la Portuaria y la de Desarrollo, cada una de las cuales depende de la Presidencia Ejecutiva y funcionan entre sí con absoluta independencia técnica, administrativa y de control, de modo que cada Administración lleva su propia contabilidad y presenta balance por separado, aunque la Institución como un todo debe presentar balances y estados de ganancias y pérdidas consolidadas (cfr. Artículo 23 de la Ley No.5337).

En virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, nos encontramos ante una situación excepcional por imperativo legal, en el tanto coexisten en una misma Institución dos Administraciones con sus propios responsables administrativos (la Dirección Administrativo Financiera de la Administración Portuaria y el Departamento Administrativo de la Administración de Desarrollo), lo cual conduce a que los titulares de ambos cargos se constituyan en sujetos pasivos del régimen de prohibición de la Ley No8422 y su Reglamento (...).”

(Oficio N° 9720 (DAGJ-2329) del 12 de agosto de 2005)

La referencia en torno a “directores y subdirectores de departamento y titulares de proveeduría”, cubre y alcanza en sentido estricto, a quienes ocupen un puesto de jefatura como encargados, titulares, etc, en proveedurías de órganos, entes o empresas públicas.

“(…) debe tenerse presente que este Despacho ha tenido oportunidad de analizar el punto, y con fundamento en los antecedentes legislativos incorporados en el expediente N° 13715, ha indicado que la mención incorporada en el numeral de cita, se encuentra referida en exclusivo a las personas que ocupan un puesto de jefatura –sea como titulares, encargados, etc- dentro de las proveedurías del sector público, descartando con ello la inclusión de personas que ocupen puestos de jefatura diversos en órganos y entes públicos.

En todo caso y a mayor abundamiento, importa advertir que el artículo 27 del Reglamento Ejecutivo a la Ley N° 8422, aclara el punto y haciendo eco de lo anterior, señala en lo que

interesa que “(...) Para tal efecto, la mención que el artículo 14 de la Ley, hace en cuanto a los directores y subdirectores de departamento, debe entenderse referida exclusivamente a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público”. (el subrayado corresponde al original)

(Oficio N° 9315 (DAGJ-2225) del 4 de agosto de 2005)

En el caso de las proveedurías, la prohibición cubre a quienes ocupen los cargos máximos de jerarquía.

“(…) la prohibición a la que se viene haciendo referencia, alcanza entonces al jefe –sea que se le denomine así, o bien encargado, titular, etc- y al subjefe -si es que lo hubiera- de la proveeduría de ese Instituto, quedando excluidos de dicho ámbito de cobertura en lo que toca a la Ley N° 8422 y su Reglamento Ejecutivo, el resto del personal de dicha proveeduría.

Así las cosas y dando respuesta a su consulta, este Despacho advierte que fuera de los puestos de jefatura máximos dentro de la proveeduría de ese Instituto, aquellas personas que eventualmente ocupen un puesto de jefatura dentro de dicha proveeduría, cuyo cargo sin embargo no se encuentre y ubique en el tope máximo de la estructura orgánica, no resultan alcanzadas por la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales (...).”

(Oficio N° 10421 (DAGJ-2506) del 26 de agosto de 2005)

Tratándose de las proveedurías del sector público, la prohibición resulta extensiva a órganos públicos, sean desconcentrados o no.

“(…) la mención que hace dicho precepto legal respecto a los directores y subdirectores de departamento, debe entenderse referida exclusivamente a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público. Interesa hacer notar que tanto la Ley No.8422 como su Reglamento, utilizan el término “sector público” para delimitar las proveedurías que se encuentran sujetas a la prohibición de marras, de manera tal, que la norma incluye los puestos de jefatura que se ostenten a nivel de las proveedurías de cualquier ente u órgano público, sin importar a estos efectos sin el mismo se encuentra o no desconcentrado, o si se trata tan solo de una desconcentración en materia de compras (...).”

(Oficio N° 8213 (DAGJ-1936) del 7 de julio de 2005)

En lo que a las proveedurías, la prohibición se extiende a sus titulares en todo el sector público.

“(…) Interesa hacer notar que tanto la Ley No. 8422 como su Reglamento, utilizan el término “sector público” para delimitar las proveedurías que se encuentran sujetas a la prohibición de marras, de manera tal, que la norma incluye los puestos de jefatura que se ostenten a nivel de las proveedurías de cualquier ente u órgano público, sin importar a estos efectos sin el mismo se encuentra o no desconcentrado, o si se trata tan solo de una desconcentración en materia de compras (...).”

(Oficio N° 9023 (DAGJ-2139) del 28 de julio de 2005)

La referencia a “directores y subdirectores de departamento y titulares de proveeduría”, no se extiende a los miembros de las Comisiones o Comités de Adjudicaciones.

“(…) Ahora bien, respecto a su interrogante de si procede pagarles la compensación económica por la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales a los funcionarios que conforman el Comité de Contratación Administrativa por ser éstos quienes, a juicio del Asesor Legal, conforman la jerarquía de la proveeduría, debemos responder negativamente a la misma. Lo anterior por cuanto, la intención del legislador a estos efectos, consistió en cubrir bajo dicho régimen a quienes ocuparan los puestos de mayor jerarquía pero en las proveedurías del sector público, que en términos generales son las oficinas encargadas de tramitar los procedimientos de compra de bienes y servicios que requiera la Administración, y no así respecto de las comisiones como la mencionada en su consulta, cuya misión va más allá de dicha función, siendo por lo general las que se encargan de hacer las valoraciones técnicas de las ofertas y

las respectivas recomendaciones sobre la adjudicación. Distinto sería el caso, de si no existiera un cargo de proveedor como tal, y dicha función la asumiera en su totalidad la mencionada Comisión de Contratación Administrativa, sin embargo, de la situación descrita en su oficio de consulta, se desprende con claridad meridiana, que existe una unidad de proveeduría que a la vez está representada en dicha Comisión.

Bajo este orden de ideas, interesa tener presente que el régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales que establece la norma de marras afecta la esfera de derechos subjetivos de los funcionarios cubiertos, por lo que no cabría aplicar una interpretación extensiva de la norma, que pretenda ir más allá de la letra de la Ley, para entender por incluidos a quienes ocupen los cargos de mayor jerarquía de departamentos o unidades distintas a la propia proveeduría.

Ahora bien, es importante aclarar que podría darse el caso de que algunos de los miembros de dicha Comisión se vean afectados por el referido régimen de prohibición, pero no en razón de su pertenencia a la misma, sino en razón del cargo público que ocupan dentro de dicha institución (...)."

(Oficio N° 10757 (DAGJ-2552) del 31 de agosto de 2005)

A quien suple la ausencia del titular de un cargo alcanzado por prohibición, dicha restricción le resulta aplicable, no así a quien asuma un recargo de funciones.

"(...) Así las cosas, en virtud de que la suplencia conlleva el asumir todos los deberes y potestades inherentes al cargo suplido, somos del criterio de que quien pase a ejercer un cargo cubierto por el régimen de prohibición a que se refiere el numeral 14 de la Ley No. 8422 a su vez se encontraría bajo el ámbito de cobertura del régimen de prohibición, pues aunque sea de forma temporal, está desempeñándose como titular de dicho cargo durante el período en que dure la suplencia.

(...) Sin embargo, en el caso de que se estén asumiendo únicamente las funciones de uno de los cargos sujetos al referido régimen de prohibición bajo la modalidad de recargo, no resultaría procedente el pago de dicha compensación económica pues como señalamos anteriormente en ese supuesto no se está asumiendo el ejercicio del cargo como tal con sus correspondientes deberes y potestades (...)."

(Oficio N° 10443 (DAGJ-2518) del 26 de agosto de 2005)

Tomando en cuenta la naturaleza taxativa del listado, dentro de los cargos excluidos de la prohibición según el análisis hecho por el Órgano Contralor, encontramos los siguientes:

"(...) contadores municipales (Oficio N° 811 (DAGJ-166) del 24 de enero de 2005); el auditor y proveedor de organizaciones o entidades que no formen parte de la Administración Pública (Oficio N° 6395 (DAGJ-1469) del 3 de junio de 2005); el director, jefe o encargado de recursos humanos de un órgano o ente del sector público (oficio N° 7045 (DAGJ-1643) del 16 de junio de 2005); los oficiales presupuestales (Oficio N° 6913 (DAGJ-1606) del 14 de junio de 2005); los encargados de servicios médicos en centros penales (Oficio N° 5905 (DAGJ-1332) del 23 de mayo de 2005); las Jefaturas del Departamento de Análisis Económico del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (Oficio N° 8067 (DAGJ-1879) del 5 de julio de 2005); el director financiero de un ente municipal (Oficio N° 3734 (DAGJ-829) del 4 de abril de 2005); el director del Departamento de Comisiones Legislativas (Oficio N° 6914 (DAGJ-1607) del 14 de junio de 2005); puestos de jefatura de Oficinas Regionales del Consejo de Transporte Público (Oficio N° 8299 (DAGJ-1961) del 11 de julio de 2005); el coordinador del Área Técnica del Instituto de Alcoholismo y Farmacodependencia (Oficio N° 6754 (DAGJ-1545) del 10 de junio de 2005); el director general de contabilidad del Banco Crédito Agrícola de Cartago (Oficio N° 7630 (DAGJ-1751) del 28 de junio de 2005); la coordinadora del Núcleo de Estudios Técnicos del Departamento de Pagos, un profesional 1 del Núcleo Actuarial y Presupuestario, un Profesional Jefe 1 del Núcleo de Gestión ambos del Departamento de Desarrollo –todos del Ministerio de Trabajo (Oficio N° 9877 (DAGJ-2372) del 16 de agosto de 2005, el coordinador del Núcleo de Pagos del Magisterio Nacional (Oficio N° 9878 (DAGJ-2373) del 16 de agosto de 2005), la directora del Departamento de Planes y Programas de Ministerio de Educación Pública (Oficio N° 10420 (DAGJ-2505) del 26 de agosto de 2005, el director de Desarrollo Urbano de una

corporación municipal (Oficio N° 10423 (DAGJ-2507) del 26 de agosto de 2005), los directores y subdirectores de los laboratorios clínicos de la Caja Costarricense de Seguro Social (Oficio N° 8768 (DAGJ-2086) del 21 de julio de 2005; el abogado de una municipalidad (Oficio N° 9724 (DAGJ-2331) del 12 de agosto de 2005); así como los encargados de unidades o dependencias de recursos humanos y financieras (Oficio N° 6913-(DAGJ-1606) del 14 de junio de 2005)".

Aplicación de la prohibición tratándose de los auditores y subauditores internos.

"(...) tratándose de los auditores y subauditores internos, se ha producido una derogación tácita parcial de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley General de Control Interno (Ley N° 8292 del 31 de julio de 2002, publicada en La Gaceta N° 169 del 4 de setiembre de 2002), en cuanto a los aspectos que vienen a ser regulados de manera distinta en la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, en lo que a ellos se refiere deben ajustar su actuación a los términos de la norma posterior, cuyo contenido según se indicó en el oficio recién citado, prevalece sobre lo establecido en la primera de dichas normas legales.

Cabe reiterar no obstante, que a tono con lo indicado en el oficio de mérito, esta derogación tácita parcial aplica únicamente, tratándose de los aspectos que vienen a ser regulados de manera distinta en la norma legal posterior, pues "(...) valga aclarar que el artículo 34 de la Ley General de Control Interno mantiene plenamente su vigencia tanto para los otros sujetos destinatarios que no se ven cubiertos por la nueva norma –como es el caso de los demás funcionarios de la auditoría interna– y también en los restantes aspectos que dicho artículo regula en sus incisos a), b), d) y e), continuando estos últimos igualmente aplicables para el caso de los jefes de las auditorías, es decir, el auditor y subauditor internos (...)".

(Oficio N° 11498 (DAGJ-2722) del 12 de setiembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 2375 (DAGJ-505) del 1 de marzo de 2005 y N° 2541 (DAGJ-538) del 3 de marzo de 2005)

La prohibición no resulta aplicable a los auditores y subauditores internos sujetos a una jornada de medio tiempo.

"(...) Ahora, dada la reducción de la jornada del auditor, el tema de la prohibición remunerada para el ejercicio de las profesiones liberales, requería un tratamiento también excepcional, pues es a todas luces obvio que resulta en exceso gravoso prohibir a una persona ejercer su profesión liberal cuando solo se le ha contratado por una jornada parcial. Nótese que la reducción de la jornada no está consignada como un beneficio para el auditor, sino como una prerrogativa de la Administración sujeta al control previo de la Contraloría General, sin perjuicio de los casos expresamente señalados en el párrafo segundo del artículo 30 de la Ley No. 8292. De manera que la Administración no puede recargarle al funcionario de medio tiempo limitaciones excesivas que no guardan proporción con la naturaleza y alcance de las obligaciones que asume con el ente y órgano público.

(...) Como se puede apreciar, la disposición contenida en este artículo 14 en lo esencial resulta igual a la norma contenida en la primera parte del inciso c) del artículo 34 de la Ley No. 8292, pues ambos textos se refieren a la prohibición general para el ejercicio de las profesiones liberales que recae en los jefes de las auditorías internas. Por lo tanto, en este extremo tenemos regulaciones no contradictorias, perfectamente compatibles. Ahora, nótese que el artículo 14 de la Ley No. 8422 no hace referencia en absoluto al caso de los auditores y subauditores con jornada laboral reducida. Este Despacho no considera (...) que esa no regulación deba ser interpretada como una voluntad tácita del legislador de pasar a cubrir con la prohibición en comentario a los funcionarios de jornada reducida. Lo anterior por cuanto esa no resulta una interpretación lógica, apegada al principio del legislador racional (...)"

(Oficio N° 85 (CO-02) del 5 de enero de 2006)

Aplicación de la prohibición a los directores médicos de Hospitales, Clínicas y Áreas de Salud de la CCSS desconcentrados al amparo de la Ley N° 7852.

"(...) llevando el análisis al supuesto en consulta, los directores y subdirectores generales de los Hospitales, Clínicas y Áreas de Salud de la CCSS que se encuentren desconcentrados al amparo

de la Ley N° 7852, se encuentran cubiertos por la prohibición de marras. Concretamente debe advertirse que de conformidad con el artículo 7° del Reglamento a la Ley N° 7852, el *Director Médico* es el jerarca del órgano desconcentrado, de ahí que éste y su inferior inmediato –cuyo cargo se asimilaría al de subdirector general del órgano desconcentrado– resultan vinculados por la prohibición, y en consecuencia no podrían ejercer de manera liberal sus profesiones, incluida su profesión de médicos.

No está demás señalar que en criterio de este Despacho, dentro de la categoría de órganos desconcentrados de la CCSS, cuyos directores y subdirectores generales tienen prohibición, quedan comprendidos únicamente los Hospitales, Clínicas y Áreas de Salud que han adquirido tal condición de conformidad y al amparo de la Ley N° 7852 y no de otras normas infralegales (...).

(Oficio N° 7471 (DAGJ-1737) del 24 de junio de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 7639 (DAGJ-1757) del 28 de junio de 2005 y N° 7872 (DAGJ-1810) del 30 de junio de 2005)

Aplicación de la prohibición a los Alcaldes Municipales. Sobre la derogación táctica del régimen de dedicación exclusiva al que se encontraban sujetos.

“(…) En el caso de los alcaldes municipales, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley No. 8422, no se encontraban cubiertos por la prohibición a la que venimos haciendo referencia, por lo que les aplicaría el régimen del 65%, siempre y cuando se ajusten a los indicados parámetros para determinar si les corresponde o no el pago de dicha compensación.

A lo que sí estaban sujetos, de conformidad con el artículo 20 del Código Municipal, era al régimen de dedicación exclusiva, estableciéndose que los alcaldes municipales devengarán, por concepto de dedicación exclusiva, calculado de acuerdo con su salario base, un 35% cuando sean bachilleres universitarios y un 55% cuando sean licenciados o posean cualquier grado académico superior al señalado. Sin embargo, entendemos que dicha norma ha sido derogada tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley No. 8422. Cabe recordar que con base en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y de la Procuraduría General de la República, para que dicho fenómeno jurídico acontezca, deben presentarse dos condiciones, por un lado que la normativa posterior regule la misma materia, y por otro lado que lo haga en forma incompatible, produciéndose por tanto una antinomia normativa.

Así, existe una antinomia entre la norma anterior que preveía el régimen de la dedicación exclusiva para el caso de los alcaldes municipales y la nueva normativa que más bien dispone la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales. Recordemos que en el caso de la dedicación exclusiva, ésta no es impuesta de forma obligatoria sobre el respectivo funcionario público, sino que es éste, quien por su propia voluntad, así lo decide. De tal forma, que resulta incompatible que por un lado se le dé la posibilidad de ejercer o no su profesión liberal, y que por el otro se le imponga que no puede hacerlo (...) Lo cual, nos lleva a concluir que efectivamente estamos frente a un caso de derogatoria tácita de la norma anterior, pues a partir de la entrada en vigencia de la Ley No. 8422 los alcaldes municipales que estén en posibilidad de beneficiarse por el ejercicio de la o las profesiones que posea, se encuentran impedidos por disposición del legislador para llevar a cabo dicho ejercicio, no quedando la decisión sujeta a la voluntad de los mismos. Por lo que, en consecuencia, únicamente podrán recibir el pago de la retribución económica del 65% a que hace referencia el artículo 15 de dicho cuerpo normativo, no correspondiéndoles pago alguno por concepto de dedicación exclusiva (...).

(Oficio N° 2377 (DAGJ-506) del 1° de marzo de 2005)

Aplicación de la prohibición a directores generales de órganos desconcentrados. El caso del Centro Nacional de la Música.

“(…) Tomando en cuenta lo anterior, cabe mencionar con vista en la normativa aplicable, que únicamente procedería la prohibición en el caso del Director y Subdirector del Centro Nacional de la Música, en virtud de que el mismo sí se encuentra desconcentrado del Ministerio de Cultura Juventud y Deportes, contando con autonomía funcional para el ejercicio de las especiales competencias asignadas al mismo. Por el contrario, en el caso del Coro Sinfónico Nacional, al

ser únicamente una unidad técnica de dicho órgano, o un programa como se le denomina en su oficio de consulta, no cabría pensar en el fenómeno de la desconcentración previsto por el artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública, por lo que los puestos de director y subdirector del Coro no se encontrarían sujetos a dicho régimen (...)."

(Oficio N° 7873 (DAGJ-1811) del 30 de junio de 2005)

Aplicación de la prohibición a directores generales de órganos desconcentrados. El caso de la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad.

"(...) es importante como aspecto de primer orden el entrar a determinar cuál es la naturaleza jurídica de la indicada Dirección, a efectos de poder definir a cuáles de sus funcionarios se aplica el régimen de prohibición. Al respecto, la Procuraduría General de la República señaló en el dictamen No. C-284-2002 del 23 de octubre de 2002 que la misma se trata de un órgano desconcentrado al tenor de lo dispuesto por el artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública. Así, es claro que según los parámetros establecidos a lo largo del presente oficio respecto al ámbito de aplicación subjetivo del numeral 14 de la mencionada Ley No. 8422, quienes ocupen los cargos de director general y subdirector general de dicha Dirección como órgano desconcentrado que es, se encontrarán sujetos al régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, siempre y cuando, claro está, dichos servidores reúnan los requisitos necesarios para ejercer liberalmente una o varias profesiones (...)."

(Oficio N° 8212 (DAGJ-1935) del 7 de julio de 2005)

Aplicación del régimen de prohibición a los magistrados suplentes. Sobre la vigencia plena de las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial atinentes al ejercicio liberal de la profesión, y su carácter de norma especial respecto a la Ley.

"(...) de la lectura del numeral 14 de la Ley N° 8422, se advierte que está dirigido a los funcionarios públicos que desempeñan esos cargos en forma permanente, y no a aquellos que lo hacen de modo ocasional, como ocurre con el caso de los magistrados suplentes, aspecto que es un primer elemento que tiende a descartar una abierta incompatibilidad entre ambas normas, toda vez que el objeto de su regulación no es exactamente el mismo.

Asimismo, la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene regulaciones específicas para el caso de las suplencias de magistrados, previendo los términos y condiciones bajo los cuales el suplente designado puede seguir ejerciendo de modo privado su profesión, y cuándo debe cesar en sus funciones de abogado y notario.

De esa forma, en la materia de ejercicio liberal de la profesión, a nuestro juicio las regulaciones para el caso de los magistrados suplentes resultan *especiales* en relación con el régimen de prohibición que, de modo general, instauró la Ley N° 8422, lo que también se constituye en un elemento para inclinarse por afirmar que no se ha producido una derogatoria tácita en el sentido consultado.

En consecuencia, no se advierte una efectiva incompatibilidad objetiva entre el contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el régimen de prohibición preceptuado en la nueva Ley N° 8422, sobre todo tomando en cuenta que para afirmar la existencia de una derogatoria tácita, la incompatibilidad debe ser de tal entidad que la contradicción generada resulte insalvable, atendiendo a que no existe una voluntad del Parlamento expresada en tal sentido, todo lo cual conduce a favorecer la conservación del acto legislativo.

Antes bien, puede estimarse incluso que ambas normas resultan complementarias en materia del ejercicio liberal de la profesión, una dirigida puntualmente a regular el caso de los magistrados suplentes, y otra general para el caso de aquellos que ejercen ese cargo de modo permanente, en virtud de su nombramiento en propiedad (...)."

(Oficio N° 8431 (DAGJ-2009) del 13 de julio de 2005)

El caso de un abogado que no ocupa un cargo como tal en una corporación municipal.

"(...) Como se podrá desprender de las anteriores consideraciones, el cargo público de abogado de una municipalidad no queda comprendido dentro del régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales establecido por la Ley No. 8422. Interesa destacar asimismo,

que en el supuesto de que se tratara de un abogado que no ostentara un cargo público como tal dentro de dicha corporación municipal, sino que su relación con ésta obedeciera a un contrato por servicios profesionales, tampoco quedaría cubierto por la prohibición, pues evidentemente en ese supuesto en particular, no estaríamos siquiera frente a un funcionario público a estos efectos, siendo que la norma bajo análisis cubre únicamente a los funcionarios que desempeñen alguno de los cargos públicos expresamente contemplados (...)”.

(Oficio N° 9724 (DAGJ-2331) del 12 de agosto de 2005)

ÁMBITO DE APLICACIÓN SEGÚN EL ENTE, ÓRGANO O EMPRESA PÚBLICA

Cargos cubiertos por la prohibición en un ministerio de Gobierno.

“(…) Del anterior numeral se desprende que en lo que a la estructura ministerial atañe, los cargos afectados por la prohibición del ejercicio de profesiones liberales son: Ministro, Viceministro, Oficial Mayor, Auditor, Subauditor, Director y Subdirector Administrativo, Directores y Subdirectores de órganos desconcentrados –si los hubiere-, y Jefe y SubJefe de la Proveduría Institucional (...)”.

(Oficio N° 6762 (DAGJ-1550) del 10 de junio de 2005)

Cargos cubiertos por la prohibición en una municipalidad.

“(…) Del anterior numeral se desprende que en lo que a la estructura municipal atañe, los cargos afectados por la prohibición del ejercicio de profesiones liberales son únicamente: Alcalde, Director Administrativo, Jefe y SubJefe –si los hubiere- de la Proveduría Institucional (...)”.

(Oficio N° 6737 (DAGJ-1537) del 10 de junio de 2005)

Cargos cubiertos por la prohibición en una empresa pública.

“(…) De los anteriores numerales se desprende que en una empresa pública los posibles funcionarios sometidos al régimen de prohibición de la Ley No.8422 son los que ocupen cargos como los siguientes: el gerente general, los gerentes y subgerentes que orgánicamente dependan de él, el cargo equivalente a Director y Subdirector Administrativo –independientemente de la nomenclatura de la unidad o el cargo-, el Auditor y Subauditor Interno así como el jefe o subjefe de la Proveduría Institucional (...)”.

(Oficio N° 9512 (DAGJ-2274) del 9 de agosto de 2005)

REQUISITOS

Al desempeño de uno de los cargos referenciados, se suma el cumplimiento de los requisitos académicos y profesionales requeridos para el ejercicio liberal de la profesión.

“(…) este Despacho considera que el pago de la retribución establecida en el artículo 15 de la Ley N° 8422, resulta procedente a favor de personas que ocupen los cargos mencionados en dicha norma, que además posean un título académico universitario de grado o posgrado que los acredite como profesionales en determinada rama del conocimiento, y finalmente que en general cuenten con todos y cada uno de los requisitos para poder ejercer liberalmente su profesión, dentro de los que se incluye el hecho de estar debidamente incorporado al colegio profesional respectivo cuando así corresponda (...)”.

(Oficio N° 2025 (DAGJ-433) del 21 de febrero de 2005)

La Ley parte de la premisa que los cargos referenciados, son ocupados por profesionales en determinada rama del conocimiento.

“(…) el establecimiento de la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, parte de la premisa o supuesto de que los cargos referenciados son ocupados por personas que cuentan con un título académico que los acredita como profesionales en determinada rama”, de ahí que la procedencia de dicho pago a favor de una persona, dependerá no solo de que su cargo se encuentre referenciado en la norma, sino además de la tenencia o no de un título académico que lo acredite como profesional (…)

(Oficio N° 2025 (DAGJ-433) del 21 de febrero de 2005)

El incumplimiento del requisito académico, trae consigo la improcedencia en el pago de la retribución económica respectiva.

“(…) pese a que el cargo que ocupa el proveedor municipal se encuentra incluido dentro de los mencionados en el artículo 14 de la Ley N° 8422 al ser el titular de dicha proveeduría, la situación personal en la que éste se encuentra, hace imposible que pueda ejercer liberalmente una o más profesiones que no posee y cuyo ejercicio por ende le estaría vedado al no contar con los requisitos necesarios y suficientes para así poder hacerlo, de ahí que resultaría equivocado pensar en la posibilidad de tenerlo como sujeto pasivo de la prohibición, y en consecuencia se tornaría abiertamente improcedente llegar a pagarle la retribución establecida en el artículo 15 de la Ley N° 8422 (…)

(Oficio N° 1261 (DAGJ-296) del 3 de febrero de 2005)

La tenencia y consecuente exigencia de un título académico, que acredite la condición de un servidor como profesional, responde a un examen por realizar en cada caso concreto.

“(…) Por otra parte, debemos señalar que el análisis que se lleva a cabo a los efectos de determinar si en un supuesto en concreto procede o no el pago de la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, es un análisis casuístico que varía según la profesión de que se trate. Así, habrán situaciones en las que baste el título de bachillerato, mientras que en otros supuestos se requerirá ostentar un nivel de licenciatura. Asimismo, existirán profesiones para cuyo ejercicio resulta indispensable la afiliación al colegio profesional respectivo, en el tanto que habrán otras en las que ello no resulte necesario.

En este orden de ideas, valga recordar y tener presente, que en el caso de la contaduría privada ya la Procuraduría General de la República se ha pronunciado al respecto, disponiendo que dicho supuesto responde a una situación muy particular, en la cual el legislador le concedió la calificación de “profesión” y en la cual existe un Colegio de Contadores Privados, constituido como un ente público no estatal, encargado de autorizar el ejercicio de dicha profesión, siempre y cuando se cumpla con los requisitos correspondientes (…)

(Oficio N° 10440 (DAGJ-2515) del 26 de agosto de 2005)

La contaduría privada como un caso de excepción, a la tenencia del título académico de cara a la acreditación de la condición de profesional.

“(…) por las consideraciones que de seguido pasan a exponerse, debemos reconocer que el caso de los contadores privados constituye una excepción a la exigencia del grado académico superior universitario, por existir una ley especial, que expresamente le confiere la naturaleza de profesión a la contaduría privada.

(…) Los argumentos que recoge el citado criterio, atendiendo a su sustento, son compartidos por esta Contraloría General, toda vez que, si bien debemos hacer énfasis en que como regla de principio el numeral 14 de la Ley N° 8422 resulta aplicable a aquellos funcionarios que ostentan un grado académico superior universitario y se encuentran debidamente incorporados al respectivo colegio profesional, cuando ello sea requisito para el ejercicio de la profesión, es lo cierto que el caso de la contaduría privada reviste características especiales que lo convierten en una excepción a dicha regla.

En efecto, tenemos que la Ley N° 1269 (Ley Orgánica del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica) le confirió claramente la naturaleza de profesión a la contaduría privada. Se trata así de una normativa especial, que por decisión del legislador señala que el desempeño de los contadores privados apareja el ejercicio liberal de una profesión, para cuyos efectos se establecen una serie de requisitos y se exige la debida incorporación al citado colegio profesional (...)."

(Oficio N° 3135 (DAGJ-665) del 15 de marzo de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 6721 (DAGJ-1530) del 10 de junio de 2005)

COMPENSACIÓN

La retribución económica asociada a la prohibición tiene una naturaleza compensatoria.

"(...) En este sentido, debe recordarse y tenerse presente, que el pago de la prohibición funciona como una suerte de indemnización que viene a compensar la restricción que se le está imponiendo al sujeto pasivo, de no poder favorecerse con el ejercicio de su profesión, por lo que bajo ninguna circunstancia procedería el pago de dicha indemnización si el servidor en cuestión, a pesar de desempeñar alguno de los cargos a que refiere el artículo 14, no es un profesional (...)."

(Oficio N° 16193 (DAGJ-3433) del 15 de diciembre de 2004)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 6916 (DAGJ-1608) del 14 de junio de 2005)

El pago compensatorio solo puede ser hecho a favor de aquellos servidores cubiertos por prohibición.

"(...) El artículo 14 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, establece una prohibición para el ejercicio de profesiones liberales respecto de una serie de funcionarios que ocupan alguno de los cargos referenciados expresamente en la norma, abordando el tema de una manera extensiva, comprendiendo incluso a servidores que en virtud de otras normas jurídicas ya se encontraban afectados por esta prohibición.

Ahora bien debe tenerse presente que el artículo 14 de la Ley N° 8422, contiene una disposición de una naturaleza evidentemente restrictiva, y por ende su lectura debe ser practicada en términos igualmente restrictivos, de ahí que no resulta procedente pretender tener como sujetos pasivos de la misma a servidores que ocupan puestos diversos a los mencionados en la norma.

"(...) La retribución económica prevista en el artículo 15 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, se encuentra en función de la aplicación de la prohibición establecida en el artículo 14 del mismo cuerpo normativo (...)."

(Oficio N° 6395 (DAGJ-1469) del 3 de junio de 2005)

Únicamente quienes se encuentran en capacidad académica y profesional de ejercer de manera liberal su profesión, pueden recibir la retribución económica compensatoria.

"(...) resulta necesario agregar que el criterio reiterado de este Despacho ha sido que únicamente quienes posean un título profesional respectivo que le habilite para ejercer la profesión y se encuentren incorporados al Colegio Profesional respectivo –siempre que éste exista y regule la profesión de que se trate–, son quienes tienen derecho al pago de la prohibición, dado que son quienes materialmente se verían imposibilitados para ejercerla (...)."

(Oficio N° 11055 (DAGJ-2637) del 6 de setiembre de 2005)

Lo dispuesto en la Ley en torno al porcentaje de retribución económica compensatoria en materia de prohibición, prevalece respecto a otras normas que establezcan porcentajes menores.

"(...) como parte del ejercicio de análisis y determinación que debe realizar su representada, más allá de la modificación de normas legales por lo dicho líneas atrás, y la no variación en la situación

jurídica de servidores de esa Dirección que pudieran estar alcanzados por la prohibición de mérito por mandato de una norma legal diversa a la que aquí nos ocupa, *las gestiones internas* a las que se hace referencia en el oficio de consulta, en nuestro criterio se relacionan más bien con la revisión del porcentaje de retribución económica pagado a tales servidores por concepto de prohibición, pues en caso de ser menor al 65% previsto en la Ley N° 8422 y su Reglamento Ejecutivo, necesariamente habría que practicar los ajustes correspondientes (...)."

(Oficio N° 8558 (DAGJ-2046) del 18 de julio de 2005)

Modificación de la situación jurídica de personas cubiertas bajo un régimen de dedicación exclusiva y ahora alcanzadas por prohibición. Consecuencias en el pago del porcentaje compensatorio.

"(...) debe tener en cuenta además, que es posible la presencia de supuestos en los que el cargo que se trate estando referenciado ahora en la Ley N° 8422 o en su Reglamento Ejecutivo, estuviera alcanzado anteriormente por un régimen de dedicación exclusiva, en cuyo caso tal y como lo hemos advertido, el cambio en la situación jurídica de estas personas conduce a una variación de dicho régimen, pasando a ser ahora de prohibición por un mandato legal expreso y en consecuencia deben practicarse los ajustes correspondientes en el porcentaje por pagar, esto en la medida en que fuera inferior al 65% sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo (...)."

(Oficio N° 9315 (DAGJ-2225) del 4 de agosto de 2005)

La retribución económica ligada a la prohibición, no excluye el pago de otros beneficios ajenos y diversos de dicha restricción.

"(...) se tiene que en la medida en que el pago del denominado sobresueldo por el ejercicio de una jefatura de departamento en su representada, no guarde relación ni constituya una retribución económica ligada al no ejercicio de profesiones liberales, -tal y como parece desprenderse del articulado de la norma reglamentaria que se adjuntó al oficio de consulta-, no existiría ningún impedimento o restricción para pagar dicho sobresueldo a una persona, que dado el cargo de jefatura que ocupe dentro de la estructura orgánica del Museo Nacional de Costa Rica, se encuentra sujeta a la prohibición de mérito de conformidad con la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública y su Reglamento Ejecutivo y que por tal motivo se le retribuye con un 65% sobre su salario base fijado para la categoría del puesto respectivo (...)."

(Oficio N° 6913 (DAGJ-1606) del 14 de junio de 2005)

Procedencia del pago de bonificaciones o compensaciones no asociadas con la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión.

"(...) respecto a si resulta correspondiente el pago de la prohibición, a pesar de que a su vez la Ley No. 6836, de Incentivos a Profesionales en Ciencias Médicas prevé el pago de bonificaciones adicionales, debemos señalar que es menester determinar por qué concepto es que se reconocen dichos incentivos, a efectos de establecer si se estaría en presencia de un doble pago.

En este sentido, debe tenerse presente que el pago de la prohibición funciona como una suerte de indemnización que viene a compensar la restricción que se le está imponiendo al sujeto pasivo, de no poder favorecerse con el ejercicio de su profesión, con lo cual, en nada obstaría que se le reconozca dicho pago conjuntamente con otras compensaciones o bonificaciones, siempre y cuando las mismas tengan por objeto reconocer otro tipo de situaciones, como parecieran ser las contempladas en el artículo 5 de dicha Ley, en razón de la antigüedad en el servicio, la dedicación a la carrera hospitalaria o a la carrera administrativa, las horas de consulta externa, la dedicación a zona rural, etc. Cabe destacar, que la anterior manifestación la efectuamos bajo el entendido de que dichos incentivos no refieren a un reconocimiento por abstenerse de ejercer liberalmente la profesión, sino que más bien reconocen la experiencia a nivel hospitalario o administrativo, o por laborar en zonas rurales, sin que para ello se requiera haber convenido en no ejercer la profesión fuera del desempeño del respectivo cargo público.

Así, distinto sería el caso, si se tratara del reconocimiento de un porcentaje por concepto de

dedicación exclusiva, por cuanto, resulta improcedente jurídicamente la coincidencia en un mismo cargo público del régimen de la dedicación exclusiva y del de la prohibición, pues no podría a la vez brindarse la posibilidad de no llevar a cabo el ejercicio liberal de la profesión a cambio de un plus salarial, y al mismo tiempo exigirse que no lo haga a cambio de una compensación (...)

(Oficio N° 8152 (DAGJ-1914) del 6 de julio de 2005)

Reglas de pago de la retribución económica en supuestos de salario único.

“(…) cabe mencionar que de conformidad con lo dispuesto por el transitorio IV, a los funcionarios públicos que reciben un salario único, y que se encontraren percibiendo algún porcentaje salarial ligado al no ejercicio liberal de la profesión, cuestión ésta que deberá determinarse a lo interno de cada entidad u órgano de la Administración Pública, se les deberá ajustar dicho porcentaje, en el caso de que el mismo resulte inferior al 65%. Ahora, es importante destacar que en vista de que se trata de salarios únicos, el ajuste se tendría que hacer utilizando como parámetro un salario base de referencia a un puesto de similar naturaleza.

Así, en el caso que se nos plantea respecto de los funcionarios de los Regímenes del Servicio Exterior e Interno que reciben salario único, y que actualmente no se les paga ninguna compensación adicional aparte de su salario, debemos señalar que en el caso de que dichos servidores efectivamente se encuentren sujetos a la prohibición para el ejercicio de profesionales liberales a que se refiere el artículo 14 de la Ley No. 8422 -por ostentar alguno de los cargos públicos indicados por la norma y además contar con los requisitos necesarios para ejercer una profesión liberal- se les deberá pagar a los mismos un 65% del salario base, que en el caso de los salarios únicos, en los cuales no es posible desglosar un monto de salario base, se recurrirá al salario base de un puesto de similar naturaleza (...)

(Oficio N° 7854 (DAGJ-1795) del 30 de junio de 2005)

EXCEPCIONES

La docencia como actividad tradicionalmente exceptuada de una restricción como lo es la prohibición.

“(…) Primero, una excepción relativa a la docencia, el Legislador ciertamente fue claro al disponer que se trata de aquella impartición de clases llevada a cabo en “instituciones de educación superior”, en el derecho comparado se encuentra una abundante cantidad de normas análogas a la que aquí nos ocupa, en donde la respectiva ley de incompatibilidades que pesan sobre los servidores públicos por regla general siempre deja la abierta la posibilidad de que los mismos puedan ejercer la docencia universitaria, pero no la docencia a otros niveles de la enseñanza.

Parece evidente en este caso que también existe un interés público de por medio, el cual el Legislador atinadamente ha considerado necesario tutelar, pero no simplemente para evitar que los servidores públicos se vean privados de ejercer la docencia en centros universitarios de naturaleza pública, sino más bien, con la finalidad más elevada de no obstaculizar la transmisión de los conocimientos y experiencias especializados adquiridos en la trayectoria pública a las nuevas generaciones de profesionales, que como se sabe constituye por así decirlo una élite singular y muy importante para el futuro del desarrollo de cualquier país, por lo cual sencillamente ningún país se puede dar el lujo de prescindir de esos valiosos y en ocasiones incluso prácticamente imprescindibles servicios, en virtud de la unicidad de experticia generada en el desempeño de determinadas funciones públicas (...)

(Oficio N° 12930 (DAGJ-3043) del 14 de octubre de 2005)

La docencia como excepción al régimen de prohibición. Sus alcances particulares deben ser analizados en cada caso.

“(…) interesa tener presente que la excepción que la norma establece con relación a la docencia, encuentra su razón de ser en el hecho de que la educación es un bien de indudable interés

público, el cual ha sido tutelado por el Estado tanto nivel legal como constitucional. Ahora bien, el artículo 14 utiliza el término de “docencia”, el cual de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española se entiende como: “*Práctica y ejercicio del docente*”, y el docente es definido como: “*el que enseña. Perteneciente o relativo a la enseñanza*”. Así, dicho término se torna a estos efectos, en un concepto jurídico indeterminado, que debe interpretarse casuísticamente por el operador jurídico, según las particularidades de cada situación concreta; sin embargo, en términos generales, podríamos entender que en línea con el espíritu de la norma, no sólo quedaría comprendido dentro del supuesto de excepción el ejercicio de la docencia entendido como el impartir cursos en centros de educación superior, sino también a su vez, todas aquellas actividades intrínsecamente relacionadas con la docencia, como podría ser la realización de investigaciones científicas y literarias. Sin embargo, a criterio de esta División, entratándose de actividades conexas –como el caso de la investigación– las mismas deben encontrarse directamente relacionadas con los fines de enseñanza en centros de educación superior, para poder considerarse comprendidas dentro del régimen de excepción (...).”

(Oficio N° 9874 (DAGJ-2370) del 16 de agosto de 2005)

Desempeño en un cargo administrativo-docente, cuyas funciones se encuentran relacionadas de manera directa con los fines del centro de enseñanza respectivo.

“(...) distinto es el caso de pretender amparar al supuesto de excepción las labores accesorias a la docencia, como podrían ser las de índole administrativo.

Sin embargo, en el caso de que se tratare de un cargo administrativo pero intrínsecamente ligado a la parte sustantiva de la docencia, estimamos que igualmente quedaría cubierto por la excepción de marras, lo cual podría suceder en el caso de ciertos cargos administrativo-docentes, cuyas funciones, si bien refieren a labores administrativas, suelen ser asumidas por los propios docentes de la institución, a quienes dentro de su tiempo de servicio, se les encarga la coordinación de cursos o carreras en determinada fracción de su tiempo de servicio, quedando el período restante para asumir la respectiva carga académica.

Ahora, aún en el caso de que las funciones a asumir refieran exclusivamente a la parte administrativa, podría considerarse que aplica el mencionado régimen de excepción, en el tanto dichas funciones se encuentren directamente relacionadas con los fines de enseñanza en tales centros de educación superior. En otros términos, el cargo debe implicar la realización de funciones *administrativo-docentes* y no sólo administrativas, pues es claro que de manera indirecta, cualquier labor meramente administrativa realizada por los distintos funcionarios de una institución de educación superior, coadyuva con el cumplimiento de las finalidades de enseñanza perseguidas por la misma, sin que por ello, pueda entenderse que dichos cargos quedan cubiertos por la citada excepción. Así, para quedar comprendido dentro del referido régimen, resulta indispensable que las labores administrativas a realizar, se encuentren intrínsecamente relacionadas con la docencia, de manera tal, que las mismas funcionen como medios para su correcta realización (...).”

(Oficio N° 14334 (DAGJ-3352) del 7 de noviembre de 2005)

La docencia como excepción a la prohibición, debe darse en centros universitarios y parauniversitarios. El caso del Colegio Universitario de Alajuela.

“(...) En ese sentido y tratándose de los centros de educación parauniversitaria, debe tenerse presente que los numerales primero y segundo de la Ley sobre la creación y funcionamiento de las Instituciones de Educación Superior Parauniversitaria (Ley N° 6541 del 19 de noviembre de 1980, publicada en la Colección de Leyes y Decretos año 1980, semestre 2°, tomo 1°, página 428), establecen que dichas instituciones, ubicadas vale señalar en una posición intermedia entre la educación diversificada y la educación superior universitaria, son en lo que aquí interesa centros de educación superior. Al respecto dichas normas disponen lo siguiente:

“Artículo 1°.- Regúlase todo lo referente a la creación y funcionamiento de las instituciones de educación superior parauniversitaria.

Artículo 2°.- Se considerarán instituciones de educación superior parauniversitaria las reconocidas así por el Consejo Superior de Educación, y cuyo objetivo principal sea ofrecer

carreras completas, de dos o tres años de duración, a personas egresadas de la educación diversificada.

El nivel de las carreras de educación superior parauniversitaria es intermedio, entre la educación diversificada y la educación superior universitaria". (el destacado en ambo casos es nuestro)

Así las cosas y a manera de conclusión, en lo que toca a los artículos 14 de la Ley y 27 de su Reglamento Ejecutivo, aplicables –como se dijo líneas atrás– únicamente a las personas que ocupen uno de los cargos allí referenciadas, y cumplan además los requerimientos y condiciones establecidos para tal efecto, la excepción a la prohibición para el ejercicio liberal de las profesiones relativa a la docencia, se encuentra referida en criterio de este Despacho, a la que se brinda en centros de enseñanza superior -sean estos universitarios o parauniversitarios-, categoría dentro de la que se encuentra incluido el Colegio Universitario de Alajuela, el cual fue creado mediante la Ley N° 6541 antes mencionada (...)"

(Oficio N° 9317 (DAGJ-2227) del 4 de agosto de 2005)

El Instituto Nacional de Aprendizaje no es una institución de educación superior.

"(...) teniendo presente el marco jurídico antes descrito y analizado, conviene referirnos en concreto a la consulta que nos ocupa, en donde se solicita una autorización para ejercer la docencia en el INA, entidad que el gestionante considera como de educación superior, cuando ello no es así porque si lo fuera estaría dentro de las excepciones de aplicación directa a que nos referimos supra.

En efecto, el Instituto Nacional de Aprendizaje es una institución semiautónoma que no tiene carácter ni sus programas educativos son propios de la educación superior sino que son de índole técnica, puesto que no es ni una Universidad Pública que haya sido creada conforme al artículo 84 de la Constitución Política, ni un ente parauniversitario regulado por la Ley No.6541 de 19 de noviembre de 1980 y sus reformas (Ley de Creación y Funcionamiento de las Instituciones de Educación Superior Parauniversitarias) y su Reglamento (publicado a La Gaceta No.51 del 14 de marzo de 2005). Lo anterior significa que la docencia que se pretendería ejercer por parte de un funcionario público de otra entidad del sector público en el INA o bien de cualquier otro centro educativo a nivel infra a la educación superior (universitaria o parauniversitaria), como puede ser la impartida en escuelas y colegios públicos, no se encuentra dentro las excepciones a dicha norma (...)"

(Oficio N° 12930 (DAGJ-3043) del 14 de octubre de 2005)

Participación en carreras y otros programas de formación o extensión académica, impartidos directamente por centros de educación superior u otras entidades vinculadas a dichos centros.

"(...) Ahora bien, nótese que el numeral 14 de la Ley N° 8422 establece la excepción analizada en términos generales, es decir, sin distinguir si esa participación como docente en instituciones de educación superior debe darse necesariamente dentro del programa de estudios de una carrera, o también puede comprender cursos de cualquier otro programa de formación o extensión académica patrocinado, aprobado y avalado por esas instituciones.

Así las cosas, estimamos que resulta de aplicación el conocido aforismo de que *no cabe distinguir donde la ley no lo hace*, lo que, sumado a otros elementos adicionales que existen de por medio, inclina nuestro criterio a la conclusión de que si el profesional participa en actividades docentes impartidas ya sea por universidades (o instituciones de educación parauniversitaria) u otras entidades adscritas o patrocinadas por las primeras, aún cuando no se trate de cursos pertenecientes al programa de una carrera, siempre se encuentra cubierto por la excepción contenida en la propia legislación que impuso el régimen de prohibición.

(...) es nuestro criterio que las actividades docentes referidas en su consulta pueden caer dentro de los supuestos de excepción contenidos en el numeral 14 de la Ley N° 8422, entendiendo que dentro de tales hipótesis se pueden incluir programas docentes impartidos directamente o patrocinados, avalados o respaldados de alguna forma por una institución de educación superior, tal como lo es la Universidad de Costa Rica.

(...) En este punto, debe aprovecharse la oportunidad de señalar que (...) la posibilidad de ejercer labores docentes quedaría amparada al régimen de excepción contenido en la Ley

Nº 8422 no sólo cuando se trate de cursos impartidos directamente por las instituciones de educación superior, sino también en todas aquellas entidades creadas por éstas, es decir, que estén adscritas, avaladas, patrocinadas o supervisadas por esta clase de instituciones, v. gr. centros académicos o fundaciones que desarrollan programas de extensión académica que cuentan con su aval, supervisión y respaldo directo. Lo anterior, por cuanto atendiendo a la especial naturaleza de las labores docentes, y el interés que éstas revisten para el propio Estado, según fue comentado, estimamos que ello debe dar lugar a una interpretación amplia del régimen de excepción, de forma tal que no se limite la posibilidad de participación en actividades académicas promovidas por las universidades, cuando se utilicen otro tipo de organizaciones como las mencionadas (...).”

(Oficio N° 8769 (DAGJ-2087) del 21 de julio de 2005)

La integración de tribunales de tesis se enmarca dentro de la actividad docente.

“(…) respecto a su consulta acerca de si dentro del concepto de docencia se incluye o no el fungir como lector de una tesis o miembro del jurado calificador de la misma, considera esta Contraloría General que siendo dichas actividades derivaciones estrechamente vinculadas a la docencia –no a otras docente-administrativas que son de otra naturaleza–, motivo por el cual se considera que se enmarcan dentro del concepto de docencia utilizada por la Ley No.8422, como parte de la culminación del proceso formativo y académico de los estudiantes (...).”

(Oficio N° 9733 (DAGJ-2335) del 12 de agosto de 2005)

Opiniones en medios de comunicación o centros y actividades académicos.

“(…) es criterio de este Despacho que mientras la actividad de opinión en medios de comunicación o académicos se haga a título estrictamente personal, en las que la función pública de auditoría que ejerce no se ve comprometida, ni se violenten los deberes de discreción y confidencialidad inherentes al cargo respecto de asuntos que esté conociendo en razón de sus funciones respecto a sujetos pasivos del ámbito de su jurisdicción, no existe obstáculo legal alguno para que ejerzan el derecho fundamental a la libertad de expresión que consagra los ordinales 28 y 29 de la Constitución Política, según el cual toda persona es libre de comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito y su publicación sin previa censura, bajo su responsabilidad personal por los abusos o la buena u mala fe con que se dirijan, así como por la lesión a las leyes vigentes, como por ejemplo en este caso, las propias de las funciones públicas que ejerce (...).”

(Oficio N° 9733 (DAGJ-2335) del 12 de agosto de 2005)

Tratándose del ejercicio de la docencia, el Reglamento Ejecutivo vino a permitir variaciones en el horario pero no en la jornada de trabajo.

“(…) se tiene claro entonces que la regulación restrictiva que el artículo 14 de la Ley Nº 8422 incorpora, en lo que atañe al ejercicio de la actividad docente realizada fuera de la jornada ordinaria, vino a ser de alguna forma matizada vía reglamentaria.

Ahora bien, el punto jurídico que aquí nos ocupa pasa por determinar, si lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial calza o no dentro del concepto de “reglamentación interna” al que hace referencia la norma reglamentaria de mérito, extremo que necesariamente debe ser contestado en términos positivos, pues de lo que se trata es que exista una norma de aplicación y cobertura en la entidad que se trate, que venga a admitir dicho ejercicio durante el horario de trabajo, y en tales términos es que debe darse respuesta a su inquietud. Cabe mencionar en todo caso, que el Reglamento Ejecutivo de cita hace referencia al horario de trabajo, definido por ese mismo cuerpo normativo como la distribución de las horas de servicio en un día (artículo 2), lo cual significa que dicha norma, viene a permitir que el horario pueda sufrir modificaciones con motivo del ejercicio de la actividad docente, criterio que a nuestro juicio expresa en términos similares la Ley Orgánica del Poder Judicial, al hacer mención de horas laborales. Lo anterior guarda su importancia, y va más allá de una mera precisión conceptual, a fin de tener claro que ni el Reglamento Ejecutivo a la Ley Nº 8422, y según lo entendemos tampoco la Ley Orgánica del Poder Judicial, vienen a permitir como resultado o consecuencia del ejercicio de la actividad docente, cambios o modificaciones en la jornada de trabajo, definida por la norma

reglamentaria a la que se viene haciendo referencia, como el número de horas que se deben trabajar.

En ese sentido, razones obvias nos llevan a entender que de no ser así, se incurriría en una desatención de las tareas, labores y responsabilidades atinentes al cargo público que se ostenta, y con ello de la función pública encargada a todos quienes nos desempeñamos como servidores públicos, lo cual de ninguna forma podría contar con la venia y el aval de las normas a las que se viene haciendo referencia, ni soportar en todo caso un análisis de razonabilidad y menos de conveniencia (...)."

(Oficio N° 1926 (DAGJ-200) del 26 de febrero de 2007)

Sobre la derogación tacita del Reglamento general sobre licencias con y sin goce de sueldo del Poder Judicial.

"(...) De lo expuesto hasta ahora, se desprende con claridad meridiana, que existe una colisión normativa entre el Reglamento general sobre licencias con y sin goce de sueldo del Poder Judicial y la Ley No. 8422, pues ambos regulan de manera incompatible esta materia en algunos aspectos. Así, el numeral 14 de la Ley de marras, establece como únicas excepciones al régimen de prohibición la docencia en centros de enseñanza superior y la atención de los asuntos en los cuales el funcionario, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive sea parte, mientras que el citado Reglamento tiene un alcance más amplio, pues permite ejercer actividades de docencia con respecto a instituciones de enseñanza en general, y no limitadas a los centros de enseñanza superior –universitaria y parauniversitaria– como lo hace el mencionado precepto legal. Asimismo, el Reglamento incluye la docencia impartida en instituciones científicas y culturales, organismos internacionales y gobiernos extranjeros. Adicionalmente, el artículo 3 de dicho Reglamento faculta a los servidores judiciales a realizar asesorías durante el disfrute de permisos sin goce de salario, supuesto que del todo no se encuentra contemplado en el artículo 14 de la Ley No. 8422 de reiterada cita (...)

(...) Así las cosas, en vista de que el conflicto se suscita entre una norma legal y una norma reglamentaria, el mismo se resuelve a favor de la Ley, pues dicha norma ostenta un nivel de mayor jerarquía. De forma tal, que a partir de la entrada en vigencia de la mencionada Ley No. 8422, los funcionarios que ocupen alguno de los cargos públicos expresamente mencionados por el numeral 14, se encuentran impedidos para brindar asesorías de cualquier tipo, o ejercer la docencia en centro de enseñanza distinta a la superior, o en instituciones científicas o culturales, organismos internacionales o gobiernos extranjeros (...)."

(Oficio N° 9874 (DAGJ-2370) del 16 de agosto de 2005)

MOMENTO DE PAGO DE LA RETRIBUCIÓN ECONÓMICA

La claridad y suficiencia de las disposiciones atinentes a la prohibición, vienen a determinar el momento de pago de la retribución económica correspondiente.

"(...) En ese sentido, advirtiendo que la Ley N° 8422 establece en su artículo 71, que la *claridad y suficiencia* de sus disposiciones, conduce a determinar la aplicación de las regulaciones en ella contenidas, debemos indicar entonces, que la fecha de aplicación de la prohibición de mérito y del consecuente pago, se encuentra en función de la claridad y precisión que haya tenido, la referencia hecha a cada uno de los cargos públicos enumerados en las normas de cita.

Cabe señalar sin embargo, que la valoración de esta claridad y suficiencia en la definición de los cargos referenciados, ya fue realizada por el Poder Ejecutivo al momento de emitir el Reglamento Ejecutivo, de manera tal que, y fijando con esto nuestra posición sobre el particular, se tiene que tratándose de los cargos cuyos alcances vinieron a ser precisados por dicha norma reglamentaria, la restricción y su compensación resultan aplicables a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, lo anterior a diferencia de quienes ocupen alguno de los cargos que sí fueron objeto de alguna precisión, respecto de los cuales, tanto la prohibición como su pago resultan aplicables a partir de la entrada en vigencia de la norma reglamentaria de marras (...)."

(Oficio N° DAGJ-3636 del 2 de diciembre de 2005)

Contenido y alcances del Transitorio VI del Reglamento Ejecutivo a la Ley.

“(…) Así las cosas, para todos aquellos cargos que no aparezcan en la enumeración contenida en el Transitorio VI del Reglamento Ejecutivo, la prohibición y el pago compensatorio resultan aplicables a partir del 29 de octubre de 2004, fecha en la que se publicó y entró en vigencia la Ley N° 8422. Dice la norma transitoria: “(…) *Transitorio VI.*—*En el caso de los cargos señalados en el artículo 14 de la Ley, respecto de los cuales en el presente Reglamento se establezca los alcances de la cobertura a la prohibición legal, tal y como ocurre con el caso de gerentes, subgerentes, directores y subdirectores administrativos, directores y subdirectores de departamento, así como los titulares de las proveedurías del sector público, la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales y la correspondiente compensación económica, regirán a partir de la entrada en vigencia del presente Reglamento*” (…)

(Oficio N° DAGJ-3636 del 2 de diciembre de 2005)

Tratándose de los directores y subdirectores de departamento y titulares de proveedurías del sector público, el pago procede a partir de la emisión del Reglamento Ejecutivo a la Ley.

“(…) en el caso específico de los titulares de proveeduría, distinto a lo que considera el consultante en cuanto a que hubo claridad desde la promulgación de la Ley de marras, el texto de la norma no fue lo suficientemente claro, pues su redacción se prestaba a confusión respecto a los alcances de los términos “titular”, “director” y “subdirector” de departamento y la relación de dichos cargos entre sí. Así, la letra de dicho precepto permitía efectuar diversas interpretaciones sobre si cubría únicamente al puesto de mayor jerarquía, o si incluía también a los subjeses o similares, ello en razón de la referencia a directores y subdirectores, o bien si la intención era la de cubrir también a quien estuviera encargado de la proveeduría aunque no ostentara un cargo de jefatura por recaer éste en el director o subdirector de departamento, entendiéndose como tal al departamento de adquisiciones. Otra posible interpretación, consistía en considerar que la norma cubría por un lado al jefe de la proveeduría y por otro lado a cualquier cargo de jefatura o subjefatura de departamentos de cualquier índole, o por el contrario que el cargo de director debía asemejarse al de titular, siendo que además se incluía a quien desempeñara un puesto de subjefe o subdirector de proveeduría. También existía confusión respecto a cuáles proveedurías quedaban bajo el ámbito de cobertura de dicha norma. Las anteriores manifestaciones las realizamos a efectos de evidenciar que no existía claridad absoluta respecto a la cobertura de la norma en lo que a dichos cargos se refiere (…)

(…) Así, de la lectura de dicho numeral se desprende que la norma reglamentaria no se limitó a transcribir el texto del artículo 14 en lo que a estos efectos interesa, sino que más bien vino a delimitar y aclarar el sentido de la Ley No. 8422, razón por la cual de conformidad con lo indicado por el numeral 71 de dicho precepto legal, la aplicabilidad del régimen de prohibición con respecto a dicho cargo público entró a regir hasta la promulgación del mencionado Reglamento (…)

(…) En consecuencia, debemos responder su interrogante señalando, con base en los argumentos expuestos a lo largo del presente oficio, que el pago de la retribución económica por razón de la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales en el caso de quienes ocupen el cargo de titular de proveeduría del sector público, rige a partir de la entrada en vigencia del Reglamento a la Ley No. 8422, es decir, el 29 de abril de 2005 (…)

(Oficio N° 9504 (DAGJ-2264) del 9 de agosto de 2005)

Pago retroactivo de la retribución económica. Obligaciones de la Administración y del funcionario.

“(…) Ahora bien, advirtiendo que el ejercicio de determinación por parte de cada Administración al que se viene haciendo referencia, conduce –y así debe ser– siempre a estar frente a uno de los cargos referenciados, sea en la Ley N° 8422 o en su Reglamento Ejecutivo, y reiterando que dichas normas son las que definen, el momento a partir del cual resulta aplicable la prohibición y por ende procedente el pago respectivo según el cargo correspondiente, para cada cargo, el hecho que dicha determinación se produzca estando ya publicadas y vigentes ambas normas, y

mediando el trámite y cumplimiento de gestiones presupuestarias a fin de hacer efectivo dicho pago, lo anterior presupone a favor del servidor respectivo un *pago retroactivo*. Cabe mencionar que este pago retroactivo, tendrá como punto de partida –o lo que es lo mismo punto de referencia-, el día de entrada en vigencia de la norma que se trate según el cargo que se trate, sea la Ley o su Reglamento Ejecutivo, toda vez que la entrada en vigencia de la norma correspondiente, es el elemento que configura tanto la restricción de mérito como el derecho a percibir el pago compensatorio. Huelga señalar sin embargo, que tal y como lo ha venido señalando esta División, el pago retroactivo a favor de un servidor, que según la estimación institucional se encuentra alcanzado por la prohibición de marras, supone en lo que toca al funcionario, un no ejercicio de profesiones liberales según corresponda entre el momento de entrada en vigencia de la Ley o de su Reglamento Ejecutivo, y de parte de la Administración, una certeza absoluta de que ese ejercicio no se ha producido, pues en ausencia de dicha certeza, el pago de la retribución económica correspondiente resultaría improcedente. Resta acotar que a nuestro juicio, al igual y como ocurre con la integración del ámbito subjetivo de la prohibición en cada entidad y órgano, es a la administración activa a quien le corresponde, seleccionar el o los mecanismos que estime necesarios y oportunos a fin de alcanzar esta certeza, y de esa forma aplicar el régimen de prohibición de manera fundada en las normas jurídicas a las que se viene haciendo referencia (...).”
(Oficio N° DAGJ-3636 del 2 de diciembre de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

La Libertad profesional es una libertad fundamental y su restricción es reserva de ley.

“(…) La Constitución costarricense no consagra expresamente la libertad profesional. No obstante, esa libertad puede deducirse de la conjunción de varios derechos constitucionales, tal como sucede con la libertad de contratación. En el presente caso, la deducción se origina de lo dispuesto en los artículos 56 y 46 de la Constitución Política, en virtud de los cuales se reconocen el derecho al trabajo y la libertad de empresa que, para nuestros efectos, será entendida como libertad de establecimiento. // (...) De lo expuesto anteriormente, se sigue que cualquier restricción al ejercicio profesional debe estar prevista en la Ley, así como encontrar fundamento en el interés público. Principio que se aplica, por principio, a la prohibición del ejercicio libertad de la profesional por parte del funcionario público (...).”
(Opinión Jurídica N° OJ-132-2006 del 21 de setiembre de 2006)

La lista de funcionarios que señala el artículo 14 de la Ley es taxativa.

“(…) en el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, Ley N° 8422, lo que se establece es un régimen limitativo y por ende de aplicación restrictiva, de ahí que cubre únicamente a los funcionarios que en mismo se indican, y por ende no sería atendible ningún argumento que pretenda incluir a otros funcionarios dentro del régimen (...).”
(Dictamen N° C-422-2005 del 7 de diciembre de 2005)

La Contraloría General de la República es la competente para pronunciarse de manera concreta si un funcionario está sujeto o no al régimen de prohibición.

“(…) Por otra parte, tal como se indica y según consta en los antecedentes que acompañan la consulta, ésta ya fue planteada en idénticos términos ante la Contraloría General de la República, órgano superior de fiscalización de la Hacienda Pública que ya rindió su criterio mediante los oficios arriba indicados. Ante esa situación, resulta necesario indicar que sobre el tema ya nos hemos pronunciado en el sentido de que “...la competencia para dictaminar, con carácter vinculante, sobre los funcionarios que están sujetos al régimen de prohibición previsto en el artículo 14 de la Ley N° 8422 citada, corresponde a la Contraloría General de la República y no a esta Procuraduría” (opinión jurídica N° OJ-129-2005 del 31 de agosto de 2005 y en igual sentido, el dictamen N° C-422-2005 del pasado 7 de diciembre del 2005) (...).”

(Dictamen N° C-133-2006 del 29 de marzo de 2006)

(En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-422-2005 del 7 de diciembre de 2005 y N° C-281-2006 del 11 de julio de 2006)

La indemnización de los funcionarios contemplados en el artículo 14 se otorga si ostentan una profesión liberal, pues no toda prohibición ni todo cumplimiento de deberes es indemnizable.

“(…) procede recordar que la Ley N. 8422 al contemplar supuestos expresos de incompatibilidad, tuvo particular interés en referirse al auditor y subauditor. En efecto, al contemplar la prohibición para ejercer profesiones liberales, el artículo 14 de la Ley contempla específicamente al auditor y al subauditor interno de las Administraciones Públicas. Ciertamente, eso no significa que se deja sin efecto lo dispuesto en el artículo 34 y, por ende, la prohibición que pesa sobre el resto de funcionarios que ejercen funciones de auditoría. Pero, ejemplifica claramente que en materia de prohibiciones se indemniza la referida al no ejercicio profesional y en relación con profesiones liberales. Y ello en el tanto el legislador considera no sólo que la persona debe dedicarse exclusivamente a las actividades propias del cargo, sino ante todo la necesidad de mantener la imparcialidad y objetividad en el ejercicio del cargo, evitando todo conflicto de interés derivado del ejercicio profesional. Ergo, no toda prohibición y no todo cumplimiento de los deberes de la función es indemnizable (…).”

(Dictamen N° C-384-2004 del 23 de diciembre de 2004)

Cargos sujetos el régimen de prohibición en el caso de los ministerios de gobierno

“(…) Nótese que tal y como se plantea en la consulta, la norma recién transcrita, al mencionar a los directores administrativos, sólo hace referencia a quienes se desempeñen en ese cargo en “... entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas”, sin mencionar a los directores administrativos de órganos desconcentrados. A pesar de ello, posteriormente indica que también están sujetos a la prohibición los “subdirectores administrativos” sin hacer respecto a ellos diferencia alguna según el tipo de órgano o ente de la Administración Pública para el cual prestan sus servicios. (...) Con posterioridad a la emisión del reglamento aludido, la Contraloría General de la República (órgano al que -como ya indicamos- compete la potestad de dictaminar con carácter vinculante sobre esta materia) reafirmó la posición que ya había externado en el sentido de que “... en lo que a la estructura ministerial atañe, los cargos afectados por la prohibición del ejercicio de profesiones liberales son: Ministro, Viceministro, Oficial Mayor, Director y Subdirector Administrativo, Directores y Subdirectores de órganos desconcentrados -si los hubiere- y Jefe y Subjefe de la Proveeduría Institucional (…).”

(Opinión Jurídica N° OJ-129-2005 del 31 de agosto de 2005)

No a todos los jefes de departamento se les paga el sobresueldo por concepto de prohibición.

“(…) el puesto de jefe de departamento de un órgano desconcentrado sí es equiparable al de “director de departamento” mencionado en el artículo 14 de la ley n.º 8422; pero no todos los jefes de departamento están afectos a la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales previsto en esa norma, sino sólo aquellos que desempeñen esos puestos de jefatura en las proveedurías institucionales (…).”

(Opinión Jurídica N° OJ-129-2005 del 31 de agosto de 2005)

Razones por las que se prohíbe el ejercicio liberal de la profesión a los jefes del área administrativa y de proveeduría.

“(…) En este contexto, debe advertirse que la intención de la norma no es cubrir a la generalidad de las jefaturas de dirección que existen en las estructuras orgánicas de las diversas instituciones, sino únicamente las correspondientes a las áreas administrativas y de proveeduría.

En el caso del área administrativa, ello puede considerarse razonable tomando en cuenta lo sensible que resulta toda la gestión presupuestaria y financiera que llevan a cabo las entidades, que involucra la responsabilidad y la toma de decisiones en cuanto al manejo de los fondos de la institución. Por su parte, la proveeduría, en tanto le concierne todo lo relacionado con las contrataciones administrativas que desarrolla la institución, igualmente se trata de un departamento que juega un importante papel dentro de la administración de los recursos institucionales. De ahí que en el contexto de los fines que persigue la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito –como parte del régimen preventivo– se ha considerado importante que los titulares de estas áreas se encuentren cubiertos por el régimen y a su vez perciban la correspondiente compensación salarial (...).”

(Dictamen N° C-421-2005 del 7 de diciembre de 2005)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-010-2006 del 16 enero de 2006)

No es procedente pagar la prohibición a todos los jefes de departamento, sino que se deben observar los límites que impone la Ley.

“(…) resultaría abiertamente improcedente que se pretenda someter al régimen de prohibición a la generalidad de las jefaturas de dirección que existen en la institución, cuando se trata de un régimen que limita el ejercicio de una libertad fundamental y por ende deben observarse de modo estricto los límites establecidos por la ley que lo regula (...).”

(Dictamen N° C-421-2005 del 7 de diciembre de 2005)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-010-2006 del 16 enero de 2006)

Existen limitaciones al ejercicio liberal de la profesión, como lo es la prevalencia del interés público.

“(…) Es preciso recordar que, en tesis de principio, los servidores públicos tienen la libertad de poder ejercer de manera privada la profesión que ostentan, una vez cumplida la jornada laboral para la cual han sido contratados.

No obstante, en aquellos casos en que así se justifique, la ley puede imponer la prohibición de su ejercicio liberal, con la finalidad de asegurar una dedicación integral del funcionario a las labores de su cargo público y evitar los conflictos de intereses que pudieran presentarse a raíz del desempeño simultáneo de actividades privadas, es decir, garantizar en última instancia la prevalencia del interés público y el interés institucional sobre cualquier tipo de interés privado (...).”

(Dictamen N° C-379-2005 del 7 de noviembre de 2005)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-196-2006 del 17 de mayo de 2006)

Para que proceda el pago de la compensación económica se le debe generar un perjuicio al funcionario.

“(…) Así las cosas, debe tenerse presente que el pago de la compensación económica a favor de determinados servidores públicos se justificará en aquellos casos en que la prohibición que se impone lleve consigo la posibilidad de generar un perjuicio, ya que la misma es de carácter indemnizatorio (...).”

(Dictamen N° C-379-2005 del 7 de noviembre de 2005)

Los funcionarios que asuman cualquiera de los puestos señalados en el artículo 14 se encuentran sometidos al régimen de prohibición.

“(…) De acuerdo con nuestro punto de vista, y dada la finalidad del régimen de la prohibición de salvaguardar los principios éticos que regentan el ejercicio de la función pública, tendente a evitar los conflictos de intereses y que el interés particular afecte la realización de los fines públicos a que está destinada la actividad de la Administración Pública, no cabe duda de que el Vicepresidente también se encuentra sometido a este régimen, tesis que se confirmó con la entrada en vigencia del numeral 14 de la Ley n.º 8422, donde se reafirma la prohibición de los presidentes ejecutivos de las instituciones autónomas de ejercer las prohibiciones liberales,

la cual alcanza al Vicepresidente de la junta directiva cuando lo sustituye en sus ausencias temporales, y por el lapso de tiempo que dure la suplencia. Además, si una persona se está desempeñando a tiempo completo en un puesto, es lógico suponer que sus posibilidades para ejercer otros o para dedicarse a actividades privadas remuneradas, se reducen a la mínima expresión, salvo los casos de docencia que permite la ley (...)."

(Dictamen N° C-024-2005 del 20 de enero de 2005)

El artículo 14 de la Ley 8422 no derogó tácitamente los artículos 49 y 63 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

"(...) En el caso en estudio, consideramos que existen razones suficientes para considerar que no se ha producido la derogatoria tácita, y que más bien la norma que estamos glosando está referida a los Magistrados propietarios del Poder Judicial, no así a quienes se desempeñan como Magistrados suplentes. En primer lugar, porque el legislador, en el numeral 14 de la Ley n.º 8422, se está refiriendo a funcionarios que desempeñan sus labores en forma permanente, no así aquellos que prestan el servicio en forma ocasional, como ocurre en caso de las suplencias. En segundo término, no existe una efectiva incompatibilidad objetiva entre las normas anteriores y el precepto posterior, por la elemental razón de que este último está diseñando para funcionarios que desempeñan el cargo en forma continua en la Administración Pública, mientras que los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial regulan el desempeño de una función administrativa discontinua.

Por otra parte, no existen elementos de juicio ciertos, para concluir que la expresión que usa la Ley n.º 8422 "Magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones" se deben incluir a los Magistrados suplentes. Ante la duda, se debe optar por la conservación del acto legislativo, en este caso por la vigencia de los preceptos que se encuentran en la Ley Orgánica del Poder Judicial (...)."

(Dictamen N° C-050-2005 del 8 de febrero de 2005)

Dada la incompatibilidad surgida entre el artículo 20 del Código Municipal y el artículo 14 de la Ley N° 8422, los alcaldes municipales deben ajustarse a este último.

"(...) A partir de la entrada en vigencia de la ley N° 8422, y de conformidad con lo dispuesto en su numeral 14, las corporaciones municipales que en apego a lo establecido en el artículo 20 del Código Municipal tengan suscrito con sus Alcaldes contratos de dedicación exclusiva, deben proceder a ajustarse a lo dispuesto en la Ley de cita, razón de la incompatibilidad existente entre los institutos jurídicos previstos en ambos ordinales (...)."

(Dictamen N° C-423-2005 del 7 de diciembre de 2005)

Bajo ciertas condiciones existe la posibilidad de ejercer la docencia dentro de la jornada laboral.

"(...) Por regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de repetida cita, solo es posible que los Alcaldes se desempeñen como docentes en el tanto lo hagan a nivel universitario (público o privado) y fuera de la jornada ordinaria.

Como excepción a lo anterior, el ejercicio de la docencia universitaria de los Alcaldes podría llevarse a cabo dentro de la jornada de trabajo, únicamente en aquellas corporaciones municipales que con base en sus respectivas reglamentaciones internas, se les autorice a hacerlo en horas que coincidan con el horario de trabajo, debiendo para ello los respectivos Concejos Municipales, establecer los mecanismos idóneos que permitan determinar que dicho servidor cumplirá el tiempo correspondiente a la jornada ordinaria (...)."

(Dictamen N° C-423-2005 del 7 de diciembre de 2005)

Las limitaciones a las libertades fundamentales (prohibición de ejercer liberalmente la profesión) son de aplicación restrictiva.

“(…) Las normas que establecen limitaciones para el ejercicio de libertades fundamentales, como la libertad de trabajo o la libertad profesional, deben ser interpretadas restrictivamente (…)”.

(Dictamen N° C-409-2006 del 9 de octubre de 2006)

Derogatoria tácita parcial del artículo 123 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, en cuanto al ejercicio de la docencia.

“(…) Con fundamento en lo anterior, el inciso b) del artículo 123 de la Ley n.º 8131 de 18 de setiembre del 2001, que le permitía a los jefes de los subsistemas de la Administración Financiera y los demás funcionarios pertenecientes a ellos ejercer la docencia, sin especificar si era en centros de enseñanza superior o en centros de educación primaria o secundaria, en el tanto esos funcionarios se encuentren comprendidos en los alcances del artículo 14 de la Ley n.º 8422, sufrió una derogatoria tácita parcial. Parcial, porque solo opera en relación con los funcionarios que se indican en la ley posterior, y no en cuanto a todos los que se mencionan en el inciso b) del artículo 123 de la Ley n.º 8131, los cuales no fueron considerados en la primera y, por consiguiente, deben seguir siendo regulados por la ley anterior. Igual situación se presenta con el artículo 34 de la Ley n.º 8292, Ley General de Control Interno (…)”.

(Dictamen N° C-348-2004 del 25 de noviembre de 2004)

Diferencia entre prohibición y dedicación exclusiva.

“(…) Así las cosas, y en razón de haber quedado establecido que el puesto en cuestión debe entenderse sometido al régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales contemplado en la Ley N° 8422, resulta importante recordar que el régimen de dedicación exclusiva presenta una serie de diferencias con el de prohibición.

Fundamentalmente, el primero tiene un carácter contractual, y por ende voluntario y renunciante, de tal suerte que el funcionario tiene la posibilidad de decidir si se acoge o no a éste, a cambio de un incentivo salarial, y de hacerlo, se compromete a prestar sus servicios de forma exclusiva a la respectiva institución. En cambio, la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, por su naturaleza, es de carácter superior, al venir impuesta por ley, de tal suerte que no existe posibilidad para el funcionario de negociar sus términos ni tampoco de renunciar a tal régimen, justamente por ser de acatamiento obligatorio (…)”.

(Dictamen N° C-133-2006 del 29 de marzo de 2006)

El funcionario no puede decidir si se acoge al régimen de prohibición, porque debe necesariamente sujetarse a la norma que la impone.

“(…) Por lo anterior, no se trata de que el profesional puede “decidir” si se acoge o no al régimen de prohibición, sino simplemente que para que proceda su incorporación a dicho régimen y el respectivo pago del plus debe estar habilitado para el ejercicio profesional, y si no lo está por alguna de las razones apuntadas, igualmente no existe posibilidad de que se configure la situación que la norma pretende regular, cual es evitar mediante la prohibición el posible conflicto de intereses que podría surgir si el funcionario se dedica al ejercicio privado de su profesión. Y desde ese punto de vista, a nuestro juicio, por esa vía no existe un portillo para que el servidor pueda hacer nugatoria la finalidad de la norma (…)”.

(Dictamen N° C-287-2006 del 18 de julio de 2006)

El régimen de prohibición pretende que prevalezca el interés general sobre el interés personal.

“(…) en tesis de principio, los servidores públicos tienen la libertad de ejercer liberalmente la profesión que ostentan, una vez cumplida la jornada laboral para la cual han sido contratados. Sin embargo, en algunos supuestos la ley impone la prohibición del ejercicio liberal de

la profesión, fundamentalmente con la finalidad de asegurar una dedicación integral del funcionario a las labores de su cargo público y por lo tanto evitar los conflictos de intereses que se pudieran presentar por el desempeño simultáneo de actividades privadas, de manera tal que se pretende garantizar la prevalencia del interés público y el interés institucional sobre cualquier tipo de interés privado (...)

(Dictamen N° C-271-2006 del 5 de julio de 2006)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-272-2006 del 5 de julio de 2006)

La interpretación del régimen de prohibición es de naturaleza restrictiva.

“(…) Asimismo, que la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales se origina en una norma de rango legal, que limita una libertad fundamental, razón por la cual toda interpretación en torno a sus alcances debe ser de naturaleza restrictiva, lo que obliga a interpretar que si el segundo puesto –como miembro de junta directiva- a ocupar por el funcionario no implica de ningún modo el ejercicio de su profesión liberal, sí podría ser nombrado en éste (...)

(Dictamen N° C-271-2006 del 5 de julio de 2006)

La limitación para los funcionarios citados en el artículo 14 es más severa que para el resto de funcionarios.

“(…) Valga hacer la acotación de que en el caso de los funcionarios incluidos en el listado que contiene el artículo 14 de la Ley N° 8422, la limitación incluye todas las profesiones liberales que pueda ostentar el funcionario, aunque no sean requisito para ocupar el respectivo puesto, lo que introduce, para el caso específico de esos funcionarios, una limitación aun más severa que la que pesa sobre los demás servidores, para quienes el régimen de prohibición se limita al ejercicio de la profesión liberal en virtud de la cual ocupan el puesto (...)

(Dictamen N° C-272-2006 del 5 de julio de 2006)

A pesar de que no exista impedimento para que el servidor forme parte de una junta directiva, si es uno de los funcionarios del artículo 14 está bajo el régimen de prohibición y no se le debe contratar por la profesión que ejerce.

“(…) exige una rigurosa valoración de los elementos del caso, pues dependiendo de las funciones y condiciones de nombramiento en la junta directiva de la institución autónoma de que se trate, pues podrían existir circunstancias que le impidan acceder al puesto, ya sea porque ello implique de algún modo el ejercicio de la profesión (v. gr., que en seno de la directiva ejerza una labor de asesoría legal, económica, financiera, etc., siendo profesional en alguna de estas áreas); o bien porque el perfil del cargo establecido por la normativa que regula los requisitos de nombramiento exija contar con determinada formación académica de nivel superior, supuesto en el cual el nombramiento se basaría justamente en la condición profesional del candidato (...)

(Dictamen N° C-272-2006 del 5 de julio de 2006)

Los funcionarios que están bajo el régimen de prohibición o de dedicación exclusiva pueden ser nombrados por mandato legal para que asistan a sesiones de un órgano colegiado.

“(…) aún cuando un funcionario esté sujeto a las limitaciones derivadas ya sea del régimen de prohibición o el de dedicación exclusiva, en ambos casos puede ser nombrado formalmente en otro cargo público, siempre y cuando la designación obedezca al cumplimiento de un mandato de ley que le obliga a ocuparlo en representación de la institución para la cual labora, tal como ocurre, para el caso del Consejo Nacional del Deporte y la Recreación, con el Ministro o Viceministro que tenga a cargo la cartera del Deporte y el Ministro o Viceministro de Educación y el de Salud, según se mencionó en el citado dictamen, o bien cuando el jerarca lo designe como su representante, o en representación de la institución (...)

(Dictamen N° C-366-2006 del 14 de setiembre de 2006)

Definición de profesión liberal.

“(…) esta Procuraduría ha definido las profesiones liberales “como aquellas que, además de poderse ejercer en el mercado de servicio en forma libre, es necesario contar con un grado académico universitario y estar debidamente incorporado al respectivo colegio profesional, en el caso de que exista. En otras palabras, las profesiones liberales serían aquellas que desarrolla un sujeto en el mercado de servicios, el cual cuenta con un grado académico universitario, acreditando su capacidad y competencia para prestarla en forma eficaz, responsable y ética, y que está incorporado a un colegio profesional (…)”.

(Dictamen N° C-379-2005 del 7 de noviembre de 2005)

Características de la profesión liberal.

“(…) Así, el profesional liberal cuenta no sólo con una formación intelectual y científica de cierto nivel en un determinado campo de actividad o rama del conocimiento, que a su vez lo faculta para resolver los asuntos que le sean planteados (...).

(…) En efecto, tal como lo explica la doctrina, el profesional liberal en el desempeño de su profesión actúa con independencia de criterio, es decir, existe como premisa básica una libertad de juicio, que confiere ese amplio margen de discrecionalidad en el manejo y aplicación de sus conocimientos, criterio en el cual confía el cliente para la resolución del asunto que le somete a su encargo, y en cuyo manejo no interviene, justamente por esa independencia con la que actúa el profesional liberal en su campo. Asimismo, atendiendo al perfil de ese profesional es que su cliente lo elige a él y no a otro para asesorarlo o para la realización de determinado trabajo (...).”

(Dictamen N° C-379-2005 del 7 de noviembre de 2005)

El secretariado no es una profesión liberal, aunque se alcance un grado académico universitario.

“(…) Lo anterior permite afirmar que pueden existir ramas del conocimiento en las que puede alcanzarse una formación académica superior de nivel universitario -y desde ese punto de vista la persona tiene la condición de profesional- pero ello no necesariamente implica que se trate de una profesión liberal, que es justamente lo que ocurre con la formación en el campo del secretariado.

(…) Nótese cómo en el caso de las labores desarrolladas por una profesional en secretariado no puede existir esa plena libertad de juicio, sobre todo porque las labores que puedan encargársele necesariamente constituyen un apoyo técnico administrativo que por naturaleza estará siempre bajo una relación de subordinación, y en donde no existe de por medio una labor que implique la libertad y a la vez la responsabilidad de resolver por el fondo determinados asuntos en forma autónoma (...).”

(Dictamen N° C-379-2005 del 7 de noviembre de 2005)

A pesar de que un profesional liberal esté bajo las órdenes de un superior y reciba un salario en lugar de honorarios, no pierde su independencia técnica.

“(…) Al respecto, valga llamar la atención sobre el hecho de que aquel profesional -liberal- que está contratado por un patrono y percibe sueldo en lugar de honorarios, no pierde por esa circunstancia su independencia técnica en todo lo relativo a su especialidad, aunque pueda estar sometido a cierta dependencia jerárquica y económica que lo obligue a cumplir, por ejemplo, un determinado horario, a atender a determinados clientes, a rendir cuentas sobre sus labores, a observar reglamentaciones internas, etc., tal como ocurre con los médicos de empresa, abogados de planta, contadores generales de las compañías, etc. Es decir, puede configurarse una subordinación de naturaleza laboral, pero no de criterio, toda vez que dentro de su especialidad y en lo relativo propiamente al ejercicio de su profesión, la persona mantiene su libertad de juicio para efectos de atender los asuntos que le sean encargados (...).”

(Dictamen N° C-379-2005 del 7 de noviembre de 2005)

Para que se pague el rubro correspondiente por concepto de prohibición es preciso contar con una profesión susceptible de ser ejercida en forma liberal

“(…) esta Procuraduría estima que la determinación de la eventual sujeción o no de un funcionario al régimen de prohibición contenido en la Ley N° 8422 no puede basarse en un análisis simplista, que únicamente se limite a considerar si los atestados del servidor permiten calificarlo, de acuerdo al régimen jurídico, como profesional, sino que además debe valorarse si se trata de una profesión liberal, pues únicamente en este supuesto es que cabe la restricción impuesta y la correlativa compensación económica por la limitación de su ejercicio.

Ergo, pueden existir ramas del conocimiento en que una persona obtenga un grado académico superior universitario, (de tal suerte que ello ciertamente lo convierte en profesional), pero que no se trate de una profesión que puede ser ejercida en forma liberal, como ocurre justamente en el caso del secretariado; o bien que una ley especial le otorgue la categoría de profesión a cierta formación académica de un grado inferior, de modo que el calificativo de profesional emane propiamente de la legislación (como en el supuesto de los contadores privados), en cuyo caso igualmente debe determinarse si se trata de una profesión susceptible de ser ejercida en forma liberal, a efectos de aplicar el régimen de prohibición (…).”

(Dictamen N° C-379-2005 del 7 de noviembre de 2005)

La Administración Educativa es una profesión liberal para efectos del régimen de prohibición.

“(…) Así las cosas, la profesión de Administración Educativa es una profesión que se puede ejercer en forma liberal, no solo a través de las modalidades que se indicaron, sino también por medio de los servicios de consultoría en el sector privado, de tal forma de que si un Alcalde cuenta con el título de licenciado en esa profesión, le corresponde la compensación económica que establece el numeral 15 de la Ley n.° 8422 (…).”

(Dictamen N° C-367-2006 del 14 de setiembre de 2006)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-271-2006 del 18 de setiembre de 2006)

Aún cuando el funcionario ocupe uno de los puestos consignados en el artículo 14, si no cuenta con una profesión liberal no cabe pagarle el rubro correspondiente a la prohibición.

“(…) El funcionario que es profesional en secretariado no puede entenderse sometido al régimen de prohibición contenido en el numeral 14 de la Ley N° 8422 y 27 de su correspondiente reglamento, aún cuando ocupe uno de los puestos ahí señalados, toda vez que no se trata de una profesión liberal. Por ende, no le corresponde el pago de la respectiva compensación económica prevista en el artículo 15 de la citada Ley, todo de conformidad con la interpretación restrictiva que debe imperar en esta materia, al tratarse de una limitación al régimen de libertad en el ejercicio de los derechos fundamentales (…).”

(Dictamen N° C-379-2005 del 7 de noviembre de 2005)

La prohibición es una limitación para el ejercicio liberal de la profesión.

“(…) Asimismo, no está de más recordar que el régimen de los derechos fundamentales se caracteriza por el principio de reserva de ley en su regulación, así como por el principio “*pro libertatis*” que informa su interpretación, determinando este último que toda norma jurídica debe ser interpretada en forma que favorezca la libertad. Bajo esa premisa básica, debe entenderse que la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales constituye un régimen que impone limitaciones al ejercicio de una libertad, de ahí que su interpretación necesariamente deba ser de corte restrictivo, y por consiguiente, no puede pretenderse extender su aplicación a supuestos no contemplados en la norma (…).”

(Dictamen N° C-422-2005 del 7 de diciembre de 2005)

Definición de profesional liberal.

“(…) Es menester de esta Procuraduría aclarar que se entiende como profesiones liberales, “aquellas que, además de poder ejercer en el mercado de servicio en forma libre, es necesario contar con un grado académico universitario y estar debidamente incorporado al respectivo colegio profesional, en el caso de que exista. En otras palabras, las profesiones liberales serían aquellas que desarrolla un sujeto en el mercado de servicios, el cual cuenta con un grado académico universitario, acreditando su capacidad y competencia para prestarla en forma eficaz, responsable y ética, y que está incorporado al colegio profesional (...)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-076-2003 del 22 de mayo de 2003)

(En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-422-2005 del 7 de diciembre de 2005 y N° C-027-2006 del 30 de enero de 2006)

El pago de la prohibición tiene carácter indemnizatorio.

“(…) el pago de esta compensación económica o sobresueldo compensatorio, a favor de determinados servidores públicos, se justificará en los casos en que la prohibición impuesta lleve consigo la efectiva posibilidad de generar un perjuicio -cual es el costo de oportunidad que implica no ejercer en forma privada su profesión- habida cuenta de que este pago es estrictamente de carácter indemnizatorio. En consecuencia, no se debe entender como un simple rubro de estímulo laboral, y mucho menos como un mecanismo generalizado para obtener un aumento en el salario de los funcionarios (...)”.

(Dictamen N° C-422-2005 del 7 de diciembre de 2005)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-027-2006 del 30 de enero de 2006)

El régimen de prohibición impone una limitación al ejercicio liberal de la profesión.

“(…) Es evidente que estamos ante un régimen claramente limitativo de derechos, en virtud del cual los funcionarios que ocupen los puestos enumerados por la norma quedan legalmente imposibilitados para ejercer su profesión liberal fuera del cargo. Es decir, el funcionario pierde toda posibilidad de obtener beneficios patrimoniales adicionales por su ejercicio profesional, de tal suerte que sus ingresos -por dicho concepto- habrán de provenir exclusivamente de la remuneración correspondiente al cargo público (...)”.

(Dictamen N° C-245-2006 del 15 de junio de 2006)

La prohibición es una imposición legal.

“(…) Nótese que la sujeción a este régimen indudablemente implica una lesión a la libertad profesional, claro está, que resulta legítima en tanto viene impuesta por una norma con rango de ley y debidamente apegada a principios de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto responde a la protección de intereses públicos de carácter superior, como es la íntegra dedicación del servidor a las funciones de su cargo, y sobre todo el evitar cualquier posibilidad de un conflicto de intereses que pudiera producirse para el funcionario si conservara la posibilidad de patrocinar intereses privados que resultan distintos e incluso contrapuestos a los del Estado (...)”.

(Dictamen N° C-245-2006 del 15 de junio de 2006)

Para recibir el sobresueldo por prohibición, el funcionario debe ser profesional liberal y estar debidamente incorporado al colegio profesional correspondiente.

“(…) si el funcionario no cuenta con el título académico que lo acredite como profesional liberal, y como consecuencia lógica tampoco está incorporado a ningún colegio profesional, a pesar de estar desempeñándose en uno de los puestos señalados en el artículo 14 de la Ley N° 8422, no cabe el pago de la compensación económica del 65% que se indica en el artículo 15 de la ley en mención. Lo anterior, por cuanto, según ha quedado explicado, no se produce lesión alguna a los derechos del funcionario, y por ende, no cabe ningún pago indemnizatorio por este concepto (...)”.

Todo profesional liberal debe estar incorporado al colegio profesional, exceptuando aquellos casos donde no exista el colegio respectivo.

“(…) Lo primero que debe aclararse enfáticamente es que esta Procuraduría General ha venido señalando en distintas oportunidades que si bien es cierto es requisito indispensable la incorporación al colegio profesional respectivo para el ejercicio legal de la profesión, existen casos en que para determinada carrera no existe un colegio profesional creado por ley, situación en la que, desde luego, resultaría a todas luces ilógico pensar que los graduados no puedan ejercer su profesión, pues ello sería tan absurdo como pretender exigir una condición de imposible cumplimiento. En este sentido, no puede perderse de vista que, como se explicó líneas atrás, estamos frente a una libertad fundamental, cuyo ejercicio no está sujeto más que a las limitaciones previstas en la ley e impuestas básicamente por razones de interés público. Ergo, en esta materia rige el principio de autonomía de la voluntad, de ahí que si el legislador no ha impuesto en determinada área del conocimiento la colegiatura obligatoria como requisito para la habilitación profesional, es evidente que la persona está en libertad para ejercer liberalmente su profesión desde que obtiene el respectivo grado académico, sin estar incorporado a ningún colegio profesional (…)”.

(Dictamen N° C-287-2006 del 18 de julio de 2006)

El funcionario que de propia voluntad no desea incorporarse al colegio profesional se encuentra imposibilitado de ejercer su profesión de manera liberal, por tanto, no le corresponde el pago por concepto de prohibición.

“(…) Al respecto, es claro que si el profesional decide no incorporarse al respectivo colegio o bien incurre adrede en una conducta que provoca su inhabilitación, se encuentra en una condición que no le permite el ejercicio liberal, a nivel privado, de su profesión, de ahí que no contando con esa posibilidad, igualmente está ausente la causa para pagar el plus compensatorio, habida cuenta de que la razón por la que no puede dedicarse al ejercicio privado no es la prohibición impuesta por ley dada su condición de funcionario público, sino el incumplimiento de requisitos legales impuestos a cualquier profesional en ese campo, aún cuando no ocupara ningún puesto en la Administración (…)”.

(Dictamen N° C-287-2006 del 18 de julio de 2006)

Los funcionarios que no están incorporados al colegio profesional correspondiente a pesar de tener una profesión liberal, no están en igualdad de condiciones que aquellos que sí cumplen con todos los requisitos.

“(…) el funcionario que se encuentra debidamente incorporado al colegio profesional respectivo y habilitado para el ejercicio liberal de su profesión, no está en las mismas condiciones de cualquier otro funcionario que no cuenta con el respectivo grado académico o que, teniéndolo, no se encuentra habilitado para el ejercicio profesional por parte del respectivo colegio, cuando dicha habilitación la exija la ley.

Por tal razón, si al primero se le paga, como en derecho corresponde, el plus indemnizatorio previsto en el numeral 15 de la Ley N° 8422 y a otros no se les cancela dicho rubro por no estar habilitados para el ejercicio de una profesión liberal, a nuestro juicio no se produce ninguna lesión al numeral 57 de la Constitución Política –como en forma errada afirma el criterio legal que se adjunta a la consulta– dada la objetiva diferencia de condiciones indicada, así como la ausencia de causa para que pueda otorgarse el pago en el segundo supuesto, según ha quedado explicado sobradamente a lo largo del presente dictamen (…)”.

(Dictamen N° C-287-2006 del 18 de julio de 2006)

A pesar de que la condición de profesional liberal no es requisito para optar por alguno de los puestos del artículo 14, sí lo es para el pago de la prohibición.

“(…) la condición de profesional liberal en determinadas circunstancias puede no ser indispensable para ocupar alguno de los puestos enumerados en el artículo 14 de la Ley N° 8422 y el numeral 27 de su respectivo reglamento, pero sí lo es para quedar sometido al régimen de prohibición y percibir la respectiva compensación salarial que se deriva de esa limitación (…)”.

(Dictamen N° C-287-2006 del 18 de julio de 2006)

Diferencia entre dedicación exclusiva y prohibición.

“(…) conviene resaltar que en el caso de la dedicación exclusiva no estamos frente a un régimen que impone limitaciones a una libertad fundamental en virtud de una norma –como sí sucede con la prohibición, en cuyo caso toda interpretación debe ser de corte restrictivo– sino que se trata de obligaciones contractuales que el funcionario libre y voluntariamente decide asumir, de tal suerte que previamente puede valorar si le conviene suscribir el contrato o le resulta más atractivo ejercer libremente su profesión y cualesquiera otras actividades a nivel público o privado (…)”.

(Dictamen N° C-196-2006 del 17 de mayo de 2006)

La interpretación en materia de derechos fundamentales ha de ser restrictiva en tanto impone una limitación al ejercicio liberal de la profesión.

“(…) En efecto, no puede perderse de vista que el régimen de los derechos fundamentales se caracteriza por el principio de reserva de ley en su regulación, así como por el principio “*pro libertatis*” que informa su interpretación, determinando este último que toda norma jurídica debe ser interpretada en forma que favorezca la libertad. Bajo esa premisa básica, debe entenderse que la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales constituye un régimen que impone limitaciones al ejercicio de una libertad, de ahí que su interpretación necesariamente deba ser de corte restrictivo, y por consiguiente, no se le debe atribuir un alcance que rebase los límites que posee tal régimen (…)”.

(Dictamen N° C-272-2006 del 5 de julio de 2006)

Aspectos que deben valorarse ante la posibilidad de ocupar otro puesto si el funcionario está cubierto por el régimen de prohibición.

“(…) en caso de que el servidor estuviera cubierto por el régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, dependiendo de las funciones que habría de asumir en el Consejo y las condiciones de su nombramiento, el funcionario tendría que valorar cuidadosamente si el régimen le impide asumir las responsabilidades de ese cargo directivo, ya sea porque ello implique de algún modo el ejercicio de la profesión o bien su nombramiento obedezca justamente a su condición profesional (…)”.

(Dictamen N° C-345-2006 del 28 de agosto de 2006)

Definición y características del régimen de dedicación exclusiva.

“(…) Así, es claro que la dedicación exclusiva se trata de un régimen consensual que permite al Estado contar con un cierto grupo de funcionarios que no ejerzan su profesión liberalmente, sino que brinden la totalidad de sus servicios a la institución contratante, a cambio de una retribución económica o un plus salarial.

Además, en el caso de la dedicación exclusiva estamos frente a un régimen que conlleva una serie de obligaciones contractuales que el funcionario libre y voluntariamente decide asumir, previa valoración de si le conviene suscribir el contrato, o si le resulta más atractivo ejercer libremente su profesión y cualesquiera otras actividades a nivel público o privado (…)

Como se advierte, en el contrato de dedicación exclusiva la regla es precisamente que exista una dedicación completa del funcionario a las labores del cargo que ocupa, y es por medio de

este régimen contractual que la Administración asegura que su personal se dedique exclusiva y permanentemente a las actividades institucionales, convirtiéndolo en una fuerza de trabajo –parafraseando lo expresado por la jurisprudencia constitucional- idónea y más eficiente.

Nótese que en el caso de la dedicación exclusiva el régimen está fundado no sólo en la restricción para el ejercicio liberal de la profesión, sino que además procura que toda la fuerza de trabajo del funcionario y sus actividades se dirijan de lleno hacia la institución pública en que ocupa su cargo y con la cual ha suscrito el respectivo contrato (...).

(Dictamen N° C-418-2006 del 19 de octubre de 2006)

Los contratos a plazo fijo o a tiempo indefinido suscritos por los funcionarios con anterioridad a la Ley N° 8422 para realizar labores docentes, no se afectan con su entrada en vigencia.

“(...) debemos indicar ahora que los funcionarios afectos a la prohibición prevista en el artículo 14 de la ley n.° 8422 que tenían suscrito un contrato (ya fuere a plazo fijo o a tiempo indefinido) para prestar servicios de docencia en un centro de enseñanza superior, no deben verse afectados por esa restricción sino hasta el momento en que por cualquier causa expire ese contrato (...).”

(Opinión Jurídica N° OJ-136-2005 del 16 de setiembre de 2005)

Naturaleza restrictiva de la prohibición según la Ley.

“(...) en razón de la naturaleza restrictiva que caracteriza dicha prohibición, la enunciación de los cargos sujetos a ella es claramente taxativa, conforme a su tenor literal; y sobra decir que la aplicación concreta de acuerdo a la estructura organizacional específica, le corresponde hacerla a cada administración activa, y en caso de duda o incerteza, la Contraloría General sería la que lo determine, según se explicó en el acápite primero de este pronunciamiento (...).”

(Opinión Jurídica N° OJ-202-2005 del 7 de diciembre de 2005)

La prohibición es una garantía para la prevalencia del interés público.

“(...) Es preciso indicar que en los artículos mencionados, la ley impone la prohibición del ejercicio liberal de la profesión, con la finalidad de asegurar una dedicación integral del funcionario a las labores de su cargo público y por lo tanto evitar los conflictos de intereses que se pudieran presentar por el desempeño simultáneo de actividades privadas, de manera tal que se pretende garantizar la prevalencia del interés público y el interés institucional sobre cualquier tipo de interés privado (...).”

(Dictamen N° C-422-2005 del 7 de diciembre de 2005)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-287-2006 del 18 de julio de 2006)

La prohibición del ejercicio liberal de la profesión pretende evitar las incompatibilidades y el conflicto de intereses.

“(...) Nótese que la prohibición en el caso de las profesiones liberales está motivada en razones de carácter ético, tendientes a evitar cualquier incompatibilidad o conflicto de intereses que pueda presentarse para el funcionario si ejerce su profesión para la Administración –y por ende al servicio de los intereses públicos– y a la vez atiende y asesora a nivel profesional a otros clientes privados, que responden a necesidades e intereses distintos y muchas veces opuestos a los del Estado (...).”

(Dictamen N° 196 del 17 de mayo de 2006)

El Vicepresidente cuando suple al Presidente Ejecutivo, debe hacerlo a tiempo completo, asumiendo todos los poderes y deberes que le competen al segundo y está sometido al mismo régimen de prohibiciones.

“(...) dada la finalidad del régimen de la prohibición de salvaguardar los principios éticos que regentan el ejercicio de la función pública, tendente a evitar los conflictos de intereses y que el

interés particular afecte la realización de los fines públicos a que está destinada la actividad de la Administración Pública, no cabe duda de que el Vicepresidente también se encuentra sometido a este régimen, tesis que se confirma con la entrada en vigencia del numeral 14 de la Ley n.º 8422, donde se reafirma la prohibición de los presidentes ejecutivos de las instituciones autónomas de ejercer las prohibiciones liberales, la cual alcanza al Vicepresidente de la junta directiva cuando lo sustituye en sus ausencias temporales, y por el lapso de tiempo que dure la suplencia. Además, si una persona se está desempeñando a tiempo completo en un puesto, es lógico suponer que sus posibilidades para ejercer otros o para dedicarse a actividades privadas remuneradas, se reducen a la mínima expresión, salvo los casos de docencia que permite la ley (...)."

(Dictamen N° C-024-2005 del 20 de enero de 2005)

La prohibición para el ejercicio liberal de la profesión es inherente al puesto, por tal razón se debe respetar el régimen.

"(...) nos parece importante reiterar que la prohibición para ejercer liberalmente una profesión u ocupación resulta inherente al puesto desempeñado, por lo que mientras el funcionario esté ocupándolo, constituye una obligación ineludible para el servidor respetar este régimen. Recordemos que la prohibición es una condición de *"incompatibilidad funcional; se trata de condiciones personales que tienden a garantizar el correcto ejercicio del cargo público, no sólo en aras de aumentar la neutralidad, libertad e independencia de los servidores municipales, sino para incrementar la calidad y eficiencia de sus servicios"*."

(Dictamen N° C-179-2007 del 11 de junio de 2007)

La prohibición pretende que el funcionario se dedique de manera íntegra al puesto para el cual fue contratado.

"Ciertamente sobre este tema hemos señalado de modo reiterado que, en tesis de principio, los servidores públicos tienen la libertad de ejercer de manera privada la profesión que ostentan, una vez cumplida la jornada laboral para la cual han sido contratados.

Es preciso indicar que la ley impone la prohibición del ejercicio liberal de la profesión, con la finalidad de asegurar una dedicación integral del funcionario a las labores de su cargo público, cumpliendo a cabalidad con el principio de eficiencia y eficacia en el desarrollo de los servicios públicos, a efecto de que todos sus conocimientos y energía los ponga al servicio de la entidad patronal y, por otra parte, evitar los conflictos de intereses que se pudieran presentar por el desempeño simultáneo de actividades privadas, de manera tal que se pretende garantizar la prevalencia del interés público y el interés institucional sobre cualquier tipo de interés privado."

(Dictamen N° C-140-2007 del 7 de mayo de 2007)

El régimen de prohibición de la Ley 8422 pretende que determinados funcionarios de alta jerarquía y cargos estratégicos se dediquen íntegramente a su puesto.

"Ahora bien, como puede advertirse de la enumeración que hacen las normas arriba transcritas, este régimen está concebido para sujetar a aquellos funcionarios que ocupan los puestos de alta jerarquía dentro de las diversas instituciones, así como algunos cargos estratégicos dentro de la gestión administrativa, respecto de los cuales resulta especialmente importante que exista, como ya mencionamos, una dedicación íntegra al servicio público, además de prevenir cualquier conflicto de intereses que pueda surgir en virtud de un ejercicio liberal de la profesión."

(Dictamen N° C-140-2007 del 7 de mayo de 2007)

Dentro de los directores de órganos desconcentrados se ubican los directores médicos, por lo cual les resulta aplicable el régimen de prohibición.

"En el caso sometido a consulta, la inquietud surge fundamentalmente de la categoría de directores generales de órganos desconcentrados que establece expresamente el artículo 27 del reglamento en cuestión, toda vez que, tal como se expone en el oficio de consulta, quienes

ocupan el cargo de Director Médico, fungen como los máximos jerarcas de aquellas clínicas u hospitales que han sufrido un proceso de desconcentración al amparo de la Ley N° 7852.

Como puede advertirse, el régimen resultaría aplicable a los directores médicos en virtud de la disposición citada, en tanto se entienda ese cargo como el de *director general* de la clínica u hospital que tiene condición de órgano desconcentrado. Asimismo, aplicando tal categoría prevista en la norma sin hacer ninguna diferenciación entre el proceso de desconcentración de la Caja Costarricense de Seguro Social al amparo de su ley especial N° 7852, de frente a las regulaciones generales sobre este punto contenidas en la Ley General de la Administración Pública, sobre todo en cuanto al grado de desconcentración. Lo anterior, a la luz del principio general de derecho de que no cabe distinguir donde la ley no lo hace.”

(Dictamen N° C-140-2007 del 7 de mayo de 2007)

Artículo 15.—Retribución económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales.

Salvo que exista un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica por la aplicación del Artículo anterior será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIII, Folios 3698 a 3700, Acta de la Sesión Plenaria N° 87 del 9 de octubre de 2003.

Ref: Artículos 1, inciso 39); y 31 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Contenido y alcances del denominado “régimen especial de remuneración”.

“(…) en criterio del Órgano Contralor, la mención que el artículo 15 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, hace a un *régimen especial de remuneración para el funcionario público*, se encuentra referida y circunscrita al hecho de que en determinado ente u órgano público exista -con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 8422-, un régimen especial vinculado a la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, el cual frente al establecido en la norma legal antes relacionada, deberá ser además diferente en lo que toca al pago de la retribución económica correspondiente, otorgando un porcentaje de retribución superior o inferior al establecido en aquella. (...) A mayor abundamiento conviene tomar en cuenta, que la duda a la que se hace referencia en el oficio de consulta, sería válida en la medida en que al amparo de una norma jurídica, dicha entidad prohibiera a sus funcionarios el ejercicio liberal de su profesión, y estuviera establecido por tal motivo el pago de una retribución económica superior o inferior a la establecida en el artículo 15 de la Ley N° 8422, escenario en el que sí podría hablarse de un régimen especial, y el análisis entonces se dirigiría a determinar cuál retribución es la que debería ser aplicada.

Finalmente interesa rescatar que al tenor del artículo 15 de la Ley N° 8422, el régimen especial de remuneración debe estar referido en sentido estricto a *una prohibición para el ejercicio liberal de la profesión*, y no a otro tipo de restricciones o limitaciones que a lo interno de cada entidad u órgano público puedan existir, dentro de las cuales pareciera incluirse el régimen interno de incompatibilidades del que hace mención la División de Asesoría Jurídica (...).”

(Oficio N° 4100 (DAGJ-913) del 12 de abril de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 8213 (DAGJ-1936) del 7 de julio de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Para determinados puestos, el momento para empezar a pagar el plus salarial por concepto de prohibición es partir de la vigencia del Reglamento a la Ley.

“(…) En efecto, en el numeral 27 del Reglamento a la Ley n.º 8422, Decreto Ejecutivo n.º 32333 de 12 de abril del 2005, se señala que la prohibición del numeral 14 de la citada ley cubre a los directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencias –según la nomenclatura interna que corresponda- administrativas de la Administración Pública, así como a los jefes o encargados de áreas, unidades o dependencias de proveeduría del sector público, entendiéndose por directores y subdirectores de departamento exclusivamente a las personas o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público. En vista de esta situación, en el transitorio VI del citado reglamento, se indica que, en los casos de los cargos señalados en el artículo 14 de la Ley, tal y como ocurre con el caso de gerentes, subgerentes, directores y subdirectores administrativos, directores y subdirectores de departamento, así como los titulares de las proveedurías del sector público, la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales y la correspondiente compensación económica, regirán a partir de la entrada en vigencia el Reglamento, y no a partir de la vigencia de la Ley n.º 8422. Vista así las cosas, existen varias razones para sostener que el pago de la indemnización rige a partir de la vigencia del Reglamento a la Ley. En primer lugar, porque, como acertadamente lo sostuvo la Contraloría General de la República, no estamos en presencia de una norma de aplicación automática, en cuyo caso era necesario esperar a lo que definiera la norma reglamentaria al respecto (…)”.

(Dictamen N° C-270-2005 del 28 de julio de 2005)

(En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-044-2006 del 6 de febrero de 2006 y N° C-216-2006 del 29 de mayo de 2006)

Para determinados puestos, el momento para empezar a pagar el concepto de prohibición es partir de la vigencia del Reglamento a la Ley.

“(…)Por último, es importante tener presente, en este análisis, que en la norma transitoria se dispone que, tanto la prohibición como la compensación, rigen a partir de la vigencia del Reglamento, lo cual significa, que antes de tal acontecimiento los funcionarios públicos que ocupan los puestos *supra* mencionados, no estaban cubiertos por la prohibición del numeral 14 de la Ley n.º 8422 por lo que no se les puede reconocer la compensación económica entre el lapso que va desde la vigencia de la Ley y la entra en vigor de su Reglamento, pues la compensación económica tiene como *conditio sine qua non* el estar cubierto por la prohibición. Si no fuera así, estaríamos frente una especie de enriquecimiento sin causa, ya que el funcionario público estaría recibiendo una compensación económica sin que haya mediado de su parte ninguna contraprestación a favor de la Administración Pública. En síntesis, la aplicación de la prohibición y el pago de la indemnización rigen a partir de la entrada en vigencia del Reglamento a la Ley n.º 8422 (…)”.

(Dictamen N° C-270-2005 del 28 de julio de 2005)

Ajuste del salario cuando el funcionario cubierto por el régimen de prohibición devengaba un salario único.

“(…) De acuerdo con lo explicado anteriormente, el decano no se encuentra sujeto al régimen de dedicación exclusiva. Empero, lo anterior no significa que, con la entrada en vigencia de la Ley n.º 8422, se le tenga que reconocer un 65% por indemnización de prohibición, pues el transitorio n.º IV de su Reglamento establece que tratándose de personas que reciben un salario único, a lo interno de cada entidad u órgano de la Administración Pública, debe determinarse si en tal supuesto ya se paga algún porcentaje salarial ligado al no ejercicio liberal de la profesión. En tal caso y en la medida en que dicho porcentaje sea menor al dispuesto en la Ley, debe realizarse el ajuste correspondiente tomando como parámetro un salario base de referencia a un puesto de naturaleza similar (…)”.

No pueden concurrir en un mismo funcionario simultáneamente los regímenes de dedicación exclusiva y de prohibición.

“(…) si bien tanto la dedicación exclusiva como la prohibición que se analiza tienden a evitar el ejercicio profesional privado de ciertos servidores públicos, entre ambas figuras existen varias diferencias, siendo la fundamental de ellas -al menos para lo que aquí interesa- que la dedicación exclusiva surge de un convenio entre el patrono y el funcionario, mientras que la prohibición surge de la ley, por lo que su acatamiento resulta imperioso desde el momento mismo en que entra en vigencia la norma legal que la establece. Debido a que ambas figuras tienden hacia un objetivo similar, no es posible concebir la concurrencia de ambas en un mismo funcionario, por lo que tampoco es admisible el pago simultáneo de las compensaciones que cada una de ellas supone. Así, por la naturaleza obligatoria que caracteriza una prohibición como la prevista en el artículo 14 de la ley n.º 8422, es entendible que el régimen convencional de dedicación exclusiva que existía antes de la entrada en vigencia de esa norma, deba dejarse sin efecto (…)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-136-2005 del 16 de setiembre de 2005)

La compensación establecida en el artículo 15 de la ley tiene carácter indemnizatorio.

“(…) Asimismo, es importante llamar la atención sobre el hecho de que la indemnización prevista por el artículo 15 de la Ley N° 8422, es estrictamente de carácter indemnizatorio, justamente porque esa limitación que se impone al ejercicio liberal de la profesión conlleva la posibilidad de generar un perjuicio, cual es el costo de oportunidad que implica no ejercer en forma privada la profesión.

En consecuencia, el rubro salarial de un 65% sobre el salario base no se debe entender como un simple estímulo laboral, y mucho menos como un mecanismo generalizado para aumentar el salario de los funcionarios. Así las cosas, el común de los servidores cuyo puesto no está contemplado por la normativa en cuestión, deben continuar rigiéndose –si fuera del caso– por las normas y procedimientos que los han venido regulando (Ley de prohibición, contratos de dedicación exclusiva, leyes especiales, etc.) (…)”.

(Dictamen N° C-421-2005 del 7 de diciembre de 2005)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-010-2006 del 16 enero de 2006)

El pago del 65% por concepto de prohibición debe calcularse sobre el salario base.

“(…) Ahora bien, aún cuando es sabido que a partir del año 1998 en el ICAFE se pasó de un esquema salarial propio de la Administración central, basado en un salario base más otros componentes o pluses salariales, a un esquema de salario único como salario único o total de contratación, lo cierto es que el artículo 15 de la citada Ley N° 8422 establece que la compensación económica por concepto de la prohibición del numeral 14 *Ibíd*em, será equivalente a un 65% *“sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo”*. Y como bien lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, el concepto aludido de *“salario base”* es aquél establecido en razón de la categoría salarial prevista en las leyes de salarios, entre otras escalas de sueldos como parámetro base para una contratación en el Sector Público, al cual se le suman otros complementos o pluses salariales -como el pago por anualidades, disponibilidad, carrera profesional, etc-, para configurar la obligación del empleador público con respecto a sus servidores (…)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-202-2005 del 7 de diciembre de 2005)

En el caso de que el funcionario no cuente con un salario base es preciso establecer uno de referencia.

“(…) Así las cosas, lo procedente en este caso sería establecer para los funcionarios remunerados con el sistema ‘salario único’, un ‘salario base de referencia’, al cual se aplicaría el 65% de compensación económica de comentario. Ese salario base de referencia podría ser, por ejemplo,

el del puesto de un servidor de otra institución o dependencia pública, ubicado en la misma línea jerárquica del interesado, que realice funciones similares y cuya retribución sí contemple un salario base (...)"

(Opinión Jurídica N° OJ-202-2005 del 7 de diciembre de 2005)

Para que proceda el pago por concepto de prohibición una norma de rango legal así lo ha de señalar.

"(...) Por otra parte, en orden a la posible compensación salarial de tal limitación, resulta necesario aclarar que no basta la existencia de una norma de rango legal que establezca la prohibición del ejercicio profesional en relación con un puesto determinado dentro de la Administración, sino que es indispensable que la misma norma u otra disposición adicional prevean la posibilidad de otorgar una retribución económica, lo cual es requisito indispensable para que proceda el pago de esa compensación, de conformidad con el mandato del Principio de Legalidad consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y desarrollado en el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública (...)"

(Dictamen N° OJ-422-2005 del 7 de diciembre de 2005)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-027-2006 del 30 de enero de 2006)

Requisitos para el pago de la compensación económica por concepto de prohibición a los jefes de proveeduría y áreas administrativas.

"(...) Así las cosas, queda claro que los funcionarios que ostentan un cargo de jefatura en las proveedurías del sector público, así como en las áreas o dependencias administrativas -cualesquiera que sea la denominación que reciban los puestos correspondientes- en la Administración Pública, cuenten con el título profesional respectivo que les habilite para ejercer la profesión y se encuentren incorporados al Colegio Profesional respectivo, quedan sometidos al régimen de prohibición y por ende resultan beneficiarios de la retribución económica prevista en el artículo 15 de la Ley N° 8422 y el numeral 31 de su reglamento. / (...) los funcionarios que ocupan los cargos de Director Administrativo y Proveedor no cuentan con título académico superior, y por consiguiente tampoco están incorporados a ningún colegio profesional, resulta de obligada conclusión que, a pesar de estar nombrados en puestos enumerados en el artículo 14 de la Ley N° 8422, no les corresponde el pago de la compensación económica del 65% sobre el salario base, ya que el régimen de prohibición contenido en la Ley resulta aplicable únicamente para los profesionales liberales que se ajustan a las exigencias señaladas, requisitos que no están presentes en los supuestos señalados en la consulta (...)"

(Dictamen N° C-422-2005 del 7 de diciembre de 2005)

Para que se le reconozca el pago por concepto de prohibición el funcionario debe contar con una profesión liberal.

"(...) la condición de profesional liberal en determinadas hipótesis puede no ser requisito indispensable para ocupar alguno de los puestos enumerados en el artículo 14 de la Ley N° 8422 y el numeral 27 de su respectivo reglamento, sí lo es para quedar sometido al régimen de prohibición y percibir la respectiva compensación salarial que se deriva de esa limitación, de tal suerte que, en el supuesto consultado, no existiría fundamento legal para otorgar ese reconocimiento, tal como ha quedado explicado (...)"

(Dictamen N° C-027-2006 del 30 de enero de 2006)

Con la entrada en vigencia de la Ley algunos funcionarios dejaron de estar sometidos al régimen de dedicación exclusiva y pasaron a ser cubiertos por el régimen de prohibición, llevando aparejado el derecho a percibir el pago del 65% sobre el salario base

"(...) En consecuencia, si anteriormente un funcionario estaba ligado por un contrato de dedicación exclusiva, por lo que recibía en su salario un plus determinado a título de ese rubro, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 8422 el respectivo contrato perdió sus efectos, para dar paso al régimen de prohibición, el cual opera de pleno derecho una vez que

ha entrado en vigor la nueva normativa. De lo anterior se sigue que también a partir de ese momento el funcionario adquiere el derecho a percibir como parte de su remuneración un plus del 65% sobre su salario base, como consecuencia de la sujeción al nuevo régimen de prohibición, de tal suerte que en el caso sometido a consulta efectivamente correspondería efectuar el correspondiente ajuste del 10%, a fin de completar el porcentaje que otorga el numeral 15 de la Ley N° 8422 (...)."

(Dictamen N° C-133-2006 del 29 de marzo de 2006)

Reconocimiento del pago de la prohibición a los gerentes generales.

"(...) los gerentes generales, para quienes la prohibición rige desde la entrada en vigencia de la norma legal y, por ende, se le debe reconocer el pago de la prohibición a partir de esa fecha (...)."

(Dictamen N° C-216-2006 del 29 de mayo de 2006)

El Presidente y los Vicepresidentes de la República tienen derecho al pago del 65% por concepto de prohibición.

"(...) partir de la promulgación de la Ley N° 8422 se instauró una prohibición al ejercicio liberal de la profesión a la que quedaron sometidos tanto el presidente como los vicepresidentes de la República. Tenemos entonces que quienes ocupan dichos cargos han perdido esa libertad profesional –reiteramos, atendiendo a fines de alto contenido ético por parte del Estado– situación que indudablemente genera un perjuicio de carácter económico, dado el costo de oportunidad que supone la supresión del lucro que puede generar el ejercicio privado de cualquier profesión que ostenten dichos jerarcas, de tal suerte que su fuente de ingresos –en relación con el ejercicio profesional- se ve ahora constreñida a la percepción de la remuneración que les paga el Estado por el desempeño del cargo (...)."

(Dictamen N° C-245-2006 del 15 de junio de 2006)

Para efectos del pago de la prohibición al Presidente y Vicepresidentes, la Ley de Presupuesto define su salario como base.

"(...) Por otra parte, en orden a la remuneración que perciben los funcionarios en cuestión, estimamos que resulta determinante la regulación que de este aspecto contiene la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del 2006 (Ley N° 8490 del 15 de diciembre de 2005), toda vez que en lo que atañe a la Relación de Puestos de Cargos Fijos de la Presidencia de la República, dispone expresamente la fijación de un total de salario base para los cargos de presidente (código clase 11210) y vicepresidentes de la República (códigos clase 11213 y 11215). Lo anterior, dentro del *objeto gasto 00101*, que, tal como indica el criterio legal de la Unidad de Asuntos Jurídicos de esa Secretaría, corresponde a la subpartida "*Sueldo para cargo fijos*". Así las cosas, estamos ante una disposición expresa del propio legislador, en la que se ha especificado que el monto ahí previsto constituye el salario base (...)."

(Dictamen N° C-245-2006 del 15 de junio de 2006)

No cabe la posibilidad de recibir un doble pago por concepto de prohibición.

"(...) De modo que en esta clase de hipótesis es evidente que si el servidor ya tenía incorporado en su salario un plus indemnizatorio por el orden del 65% sobre el salario base por ese concepto, y ahora queda cubierto por el régimen del artículo 14 de la Ley N° 8422, simplemente esa retribución se debe mantener en idénticas condiciones, y si venía percibiendo un porcentaje inferior, procede hacer el ajuste correspondiente para alcanzar ese 65%. / (...) En efecto, valga llamar la atención sobre el hecho evidente de que no cabría pensar en que los funcionarios tengan derecho a sumar en su salario un 65% adicional al porcentaje que ya venían recibiendo en virtud de cualquier otra disposición legal, toda vez que ello configuraría un doble pago abiertamente improcedente, por responder a la misma causa, sea la compensación por la

prohibición para el ejercicio liberal de su profesión, situación que sería desde todo punto de vista inadmisibles (...).”

(Dictamen N° C-281-2006 del 11 de julio de 2006)

Para recibir el pago contemplado en el artículo 15 es indispensable ser profesional liberal y estar en la lista del artículo 14.

“(…) es evidente que si el funcionario se encuentra en el supuesto de que no existe un colegio profesional de incorporación obligatoria para la profesión liberal que ostenta, y ocupa alguno de los cargos sujetos al régimen del artículo 14 de la Ley N° 8422, sí le corresponde el pago del plus salarial previsto en el artículo 15 de dicha normativa, habida cuenta de que en tal hipótesis sí cuenta con la posibilidad de ejercer a nivel privado su profesión.

Como se advierte, la incorporación al colegio profesional respectivo –cuando así corresponda– como condición *sine qua non* para el otorgamiento del plus salarial previsto por concepto de prohibición no constituye una exigencia arbitraria, excesiva o antojadiza, sino únicamente una de las premisas básicas para estar legalmente habilitado para el ejercicio profesional, cuya limitación se ha dispuesto indemnizar (...).”

(Dictamen N° C-287-2006 del 18 de julio de 2006)

Artículo 16.—Prohibición de percibir compensaciones salariales.

Los servidores públicos solo podrán percibir las retribuciones o los beneficios contemplados en el Régimen de Derecho Público propio de su relación de servicio y debidamente presupuestados. En consecuencia, se les prohíbe percibir cualquier otro emolumento, honorario, estipendio o salario por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de estas, en el país o fuera de él.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo III, Folios 725 a 726, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 24 del 28 de junio de 2000.

Ref: Artículo 32 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Sobre la práctica administrativa que originó esta restricción.

“(…) la ley ordena que todo funcionario público que tenga una relación de empleo o de servicio con la Administración, debe estar regido por el régimen de derecho público y además sea retribuido necesaria y exclusivamente por el erario público, mediante fondos debidamente presupuestados, norma que encuentra su origen en los principios constitucionales de transparencia y universalidad presupuestaria.

Con esta disposición el legislador está proscribiendo expresamente la posibilidad jurídica de que un funcionario público reciba su retribución, honorario o cualquier otro nombre que se le quiera dar al estipendio –ya que se denota que la enumeración al ser amplia conlleva el alcance general que se le quiso dar– por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que no sean el Estado, sus instituciones y las empresas públicas.

Esta regulación significa un cambio radical respecto a lo que había sido la situación preexistente a la entrada en vigencia de esta ley, en donde en innumerables casos es sabido que funcionarios públicos al servicio de una Administración, venían siendo retribuidos a través de fundaciones, empresas privadas, organismos internacionales, etc., creándose potenciales situaciones

inconvenientes e inadecuadas para la efectiva tutela de la imparcialidad, objetividad y responsabilidad propias del ejercicio de las funciones públicas (...)."

(Oficio N° 16220 (DAGJ-3446) del 15 de diciembre de 2004)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 9057 (DAGJ-2150) del 28 de julio de 2005)

Alcances de la referencia legal a beneficios contemplados en el régimen de derecho público propio de la relación de servicio y debidamente presupuestados.

"(...) es importante tener presente que es indudable la ausencia de un régimen jurídico general que regule las relaciones entre el Estado y sus servidores, según lo ordenado por el artículo 191 de la Constitución Política, pues la Ley que se emitió -Estatuto del Servicio Civil- tiene alcances parciales, ya que ésta regula solamente las relaciones con los servidores del Poder Ejecutivo, razón por la cual, entendemos que cuando la norma habla del "*Régimen de Derecho Público propio de su relación de servicio*", se refiere a la normativa en la materia aplicable a cada caso, de tal manera que para que resulte procedente el pago de dichas retribuciones y beneficios, los mismos deben estar contemplados en dicha normativa. Asimismo, se debe cumplir con el otro requisito adicional que dispone el artículo de marras, referente a que dichas retribuciones deben encontrarse debidamente presupuestadas. (...) interesa destacar que la norma utiliza una redacción amplia para determinar la clase y naturaleza de las retribuciones que les está vedado percibir a los servidores públicos, pues se hace referencia a "*emolumento, honorario, estipendio o salario*", por lo que independientemente de cómo se intente catalogar dicho pago –sea como parte de la relación laboral en sentido estricto bajo el concepto de salario o beneficios salariales, o por el contrario como honorarios profesionales, etc.– lo cierto del caso es que si se cumplen los restantes presupuestos contemplados por la norma, la misma resultaría aplicable. De tal manera, que la referida norma cubre también el pago de viáticos y gastos de transporte, pues se trata en definitiva del pago de una subvención, en dinero o en especie, de los gastos en que se incurra, en razón de un traslado que deba efectuar el funcionario en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de éstas. (...) a pesar de que un determinado pago por concepto de emolumento, honorario, estipendio o salario se encuentre contemplado en el Régimen de Derecho Público, el mismo no sería procedente si proviene de una persona física o jurídica privada, nacional o extranjera, pues evidentemente en ese caso no podría entenderse que dicho pago se encuentra "*debidamente presupuestado*", al tratarse de una persona ajena al Estado. Bajo esta misma tesitura, conviene en esta ocasión, reforzar la tesis hasta ahora sostenida por este órgano contralor en esta materia, en el sentido de que la prohibición de marras también cubre a aquellos supuestos en los cuales el pago del emolumento, honorario, estipendio o salario proviene de organismos internacionales, públicos o privados, pues evidentemente en tales casos, igualmente no podría cumplirse con el requisito de que los mismos se encuentren presupuestados, pues es claro que la presupuestación de tales recursos necesariamente refiere a los órganos y entes públicos nacionales. Diferente sería el caso, si estuviéramos en presencia de transferencias o donaciones otorgadas por organismos internacionales para tales fines, y acordes con el bloque de legalidad, a favor del Estado costarricense, pues tal situación implicaría que dichos recursos estarían entrando en las arcas públicas, y por tanto quedaría debidamente presupuestados (...) Conviene aclarar asimismo, que lo que la norma prohíbe no es solamente la percepción de salarios, emolumentos, honorarios o estipendios adicionales a los que ya de por sí le paga el órgano o ente patrón a sus servidores, sino que a la vez se prohíbe el pago de dichos extremos, aún y cuando el funcionario únicamente los esté recibiendo por parte de personas físicas o jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, o públicas internacionales. Ello obedece a que en principio no existiría justificación para que una persona diversa al Estado costarricense sea la que asuma dicha obligación de pago, máxime en razón del posible surgimiento de conflictos de intereses. Por otra parte, debe tenerse presente que el pago de tales estipendios, salarios, emolumentos u honorarios debe resultar en razón del cumplimiento de las funciones del servidor o con ocasión a éstas, en el país o fuera de él, lo cual tendría que analizarse en cada situación particular, pues evidentemente, si un servidor público recibe un pago de una persona física o jurídica privada, o en su caso de un organismos internacional, con ocasión de una relación laboral o de servicios profesionales debidamente autorizada por el ordenamiento jurídico, en los casos en los que no exista régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales o dedicación exclusiva, y siempre y cuando las labores a asumir en

dicha relación privada no se configuren como parte de las funciones del respectivo cargo público o con ocasión de éstas, ello por sí mismo no resultaría improcedente (...).
(Oficio N° 485 (DAGJ-89) de 10 de enero de 2006)

Sobre la amplitud del término *compensaciones salariales*.

“(…) Una vez definidas cuáles son las características que a estos efectos deben reunir las retribuciones o beneficios que por el ejercicio de las funciones de los servidores públicos les corresponda percibir, conviene analizar los supuestos que la norma prohíbe. Así, en primer término, interesa destacar que la norma utiliza una redacción amplia para determinar la clase y naturaleza de las retribuciones que les está vedado percibir a los servidores públicos, pues se hace referencia a “*emolumento, honorario, estipendio o salario*”, por lo que independientemente de cómo se intente catalogar dicho pago –sea como parte de la relación laboral en sentido estricto bajo el concepto de salario o beneficios salariales, o por el contrario como honorarios profesionales, etc.– lo cierto del caso es que si se cumplen los restantes presupuestos contemplados por la norma, la misma resultaría aplicable (...).”

(Oficio N° 11030 (DAGJ-2627) del 6 de setiembre de 2005)

Se trata de pagos provenientes de entidades u organizaciones privadas.

“(…) a criterio de esta División, al hablarse de “*persona física o jurídica, nacional o extranjera*” se debe entender que se trata de personas privadas, y no del Estado, sus instituciones y sus empresas públicas (en adelante nos referiremos al “*Estado*” en los términos amplios indicados). A la anterior conclusión llegamos, en virtud de que la razón de ser de una norma de naturaleza preventiva en materia de la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública como lo es el artículo 16, se encuentra no sólo en evitar un doble pago por el cumplimiento de las funciones asignadas a los servidores públicos, por las cuales ya éstos están siendo debidamente remunerados, sino además en prevenir el surgimiento de conflictos de intereses entre lo público y lo privado (...).”

(Oficio N° 11030 (DAGJ-2627) del 6 de setiembre de 2005)

La aplicación de la restricción demanda un análisis casuístico.

“(…) debe tenerse presente que el pago de tales estipendios, salarios, emolumentos u honorarios debe resultar en razón del cumplimiento de las funciones del servidor o con ocasión a éstas, en el país o fuera de él, lo cual tendría que analizarse en cada situación particular, pues evidentemente, si un servidor público recibe un pago de una persona física o jurídica privada con ocasión de una relación laboral o de servicios profesionales debidamente autorizada por el ordenamiento jurídico, en los casos en los que no exista régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales o dedicación exclusiva, y siempre y cuando las labores a asumir en dicha relación privada no se configuren como parte de las funciones del respectivo cargo público o con ocasión de éstas, ello por sí mismo no resultaría improcedente (...).”

(Oficio N° 11030 (DAGJ-2627) del 6 de setiembre de 2005)

La restricción aplica en un sentido estricto, con relación a las labores por las cuales ya se recibe la respectiva remuneración.

“(…) valga aclarar que efectivamente, la prohibición de percibir cualquier emolumento, honorario, estipendio o salario proveniente de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, por parte de servidores públicos en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de éstas, en el país o fuera de él, es con relación a las labores por las cuales ya reciben su debida compensación salarial. De tal manera, que no se incluiría el supuesto de la remuneración recibida por el ejercicio de labores ajenas a dicho cargo, y para las cuales el ordenamiento jurídico le faculta para percibir su respectiva remuneración, como podría ser el caso del desempeño de otro cargo público en los supuestos de excepción previstos por el numeral 17, o de la realización de un trabajo extraordinario autorizado por este órgano contralor, o de la prestación de servicios profesionales, entre otros (...).”

El pago de viáticos y gastos de representación no se encuentran alcanzados por esta restricción.

“(…) Ahora bien, entratándose del pago de viáticos y gastos de representación, existe una excepción a la prohibición dispuesta por el mencionado artículo 16 respecto a que los funcionarios públicos no podrán percibir retribuciones o beneficios por parte de personas físicas o jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de éstas, cuando los mismos sean asumidos por parte de un organismo auspiciador de un cónclave, seminario o congreso, según los términos del citado Reglamento de Viáticos y Gastos de Representación. No obstante, tal y como se señaló líneas atrás, ello únicamente procedería en el supuesto de que dicha situación no comprometa el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones a cargo del respectivo servidor público. De tal manera, que corresponderá al respectivo funcionario público determinar, que no haya motivos para suponer el surgimiento de un conflicto de intereses, debiendo para ello, tomar en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza de la entidad privada que auspicia el evento, los fines que persigue la misma, el tipo de evento a realizarse, la legitimidad del interés que pueda ostentar la entidad privada en patrocinar la participación de servidores públicos, etc (…).”

(Oficio N° 14765 (DAGJ-3445) del 14 de noviembre de 2005)

Se trata de pagos ligados al cumplimiento de las funciones públicas encomendadas o con ocasión de éstas.

“(…) el pago cubierto por alguna de estas entidades, fondos u organizaciones extranjeras, no tiene por objeto en estos casos, remunerar o retribuir al servidor por el ejercicio de su cargo ordinario y el cumplimiento de las tareas y labores a él asociadas, sino facilitar la colaboración y la cooperación entre entidades y órganos judiciales homólogos, en atención cabe mencionar, de una situación especial como lo es su designación como director del programa respectivo. Aunado a lo anterior, aunque puede indicarse que el servidor judicial que se trate, sin demérito de su perfil, conocimiento y atributos personales y profesionales, accede a la dirección del programa respectivo, con ocasión -además de lo anterior- del cargo judicial que desempeña, cierto es que la remuneración que estaría percibiendo de una organización, fondo o agencia extranjera no consiste en un pago relacionado o asociado con el desempeño regular y ordinario de su cargo, sino en razón y con motivo de una situación verdaderamente extraordinaria, lo cual en principio descartaría la lesión a la restricción legal atinente a percibir compensaciones salariales, descartando adicionalmente y en todo caso, el surgimiento eventual de algún conflicto de interés por tal motivo (…).”

(Oficio N° 956 (DAGJ-126) del 20 de enero de 2006)

No se está limitando la posibilidad de recibir honorarios por la prestación de servicios profesionales, ni una remuneración de tipo salarial ligada a la realización de un trabajo extraordinario.

“(…) la norma impide que en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de éstas –esto es prevaleciéndose de las condiciones que le brinda el ejercicio de su cargo-, el servidor público reciba una remuneración o compensación complementaria a la que ya percibe, la cual para tal efecto debe entenderse como única y total, abandonando de esta forma la práctica irregular antes mencionada; sin embargo esta disposición a nuestro juicio, no tiene la virtud de venir a imposibilitar que los servicios profesionales de los servidores públicos puedan ser eventualmente contratados y consecuentemente remunerados –en la medida que jurídicamente así resulte procedente-, ni tampoco a proscribir la posibilidad que tales servidores, puedan recibir una remuneración salarial adicional bajo el concepto de horas extraordinarias o merced a la realización de un trabajo extraordinario. Cabe señalar que a nuestro entender, el sentido anterior ubica el contenido de la norma de mérito dentro de un contexto de razonabilidad y en resguardo de parámetros de justicia, técnica y conveniencia (numerales 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública), pues en caso contrario, además de apartarse de

la intención del legislador en ella materializada de forma positiva, tratándose de la eventual contratación de servicios profesionales, se estaría entonces frente a una disposición que no obstante su rango legal (artículo 19 de la ley General de la Administración Pública), vendría a limitar en demasía desde nuestro punto de vista, la libertad individual y el derecho al trabajo de una persona por el hecho de ser funcionario público.

Asimismo y en caso concreto del denominado trabajo extraordinario, regulado en los artículos 17 de la Ley N° 8422 y 2 y 34 de su Reglamento Ejecutivo, se caería en el absurdo de impedir el percibir un pago –en este caso de naturaleza salarial- que vendría a remunerar la realización de una actividad –concretamente la prestación de un servicio determinado-, permitida expresamente por la propia Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, constituyendo entonces un verdadero contrasentido, llegar a estimar como prohibida la simple consecuencia remuneratoria de una actividad lícita y autorizada por el mismo cuerpo normativo que contiene la restricción a la que se viene haciendo referencia (...).”

(Oficio N° 9057 (DAGJ-2150) del 28 de julio de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 6348 (DAGJ-1453) del 2 de junio de 2005)

La restricción no cubre pagos que den con motivo del rompimiento de la relación de servicio. El caso del desarraigo laboral.

“(…) En lo que se refiere a lo dispuesto por el numeral 16 de la Ley No. 8422, debemos destacar que la prohibición de percibir compensaciones salariales implica que los servidores públicos se encuentran imposibilitados para recibir cualquier emolumento, honorario, estipendio o salario -distinto a las retribuciones contempladas en el Régimen de Derecho Público propio de su relación de servicio y debidamente presupuestadas- por parte de personas físicas o jurídicas nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de éstas. Así, interesa hacer notar que el sentido de dicha norma es evitar que el funcionario público reciba un pago adicional al que le corresponde en virtud de su relación de servicio con la Administración, por el propio cumplimiento de sus funciones, o por actividades relacionadas directamente con éstas. De tal forma, que la citada norma únicamente resulta aplicable para el caso de aquellas compensaciones que se paguen dentro de la relación de servicio, precisamente por el ejercicio de las funciones propias del cargo o con ocasión de éstas, pero no cubre los pagos que se realicen en razón del rompimiento de la relación de servicio. Bajo esta misma tesitura, cabe señalar que el pago del desarraigo laboral sobre el cual versa la presente consulta, no podría, a nuestro criterio, asemejarse a una compensación laboral recibida por los trabajadores del INCOP por el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, pues más bien, dicho pago se efectuaría a título de indemnización en atención a una coyuntura muy particular, consistente en una reestructuración laboral de ese Instituto como consecuencia del proceso de modernización del sector portuario. En otros términos, el pago en cuestión no se da por concepto del ejercicio de las funciones, sino por la cesación del cargo, con lo cual, no nos encontramos frente al supuesto previsto por la norma (...).”

(Oficio N° 9727 (DAGJ-2332) del 12 de agosto de 2005)

Participación de servidores en actividades de capacitación remuneradas. Supuestos.

“(…) el hecho que la invitación sea cursada al Órgano Contralor -y por ende canalizada a través de una vía institucional-, a fin de que se designe a uno de sus funcionarios en determinada actividad de capacitación, o en particular a la persona que ocupe un cargo específico dentro de su estructura orgánica, hace que la participación del servidor se de en el primero de los supuestos, en razón de ser funcionario de la institución y concretamente con ocasión de las funciones que le han sido y sean asignadas, y en el segundo supuesto en virtud de desempeñar un cargo determinado en la Contraloría General. En los supuestos anteriores si bien una vez satisfechos los requerimientos reglamentarios internos antes mencionados, el servidor resulta habilitado para asistir a la actividad de capacitación que se trate, sí existiría en el artículo 16 un impedimento legal para poder recibir una remuneración por su participación en tales actividades, sin que para ello importe que a dicha remuneración se le denomine honorario, estipendio, etc. Ahora bien no obstante lo anterior, en la medida en que la invitación sea cursada a título personal, aprovechando los conocimientos que en determinada rama del conocimiento

o en un tema particular puede tener el servidor que se trate, en la medida en que se satisfaga el requerimiento reglamentario de información y obtención del aval previo respectivo, a nuestro juicio no existiría en lo que toca al artículo 16 de la Ley N° 8422, inconveniente legal alguno para participar en la actividad de capacitación, así como para recibir por ello una remuneración, toda vez que en ese caso la remuneración se estaría otorgando a la persona no en su condición de funcionario del Órgano Contralor ni en razón o lo que es lo mismo con ocasión de sus funciones en la institución, sino en virtud de su perfil y preparación profesional y conocimientos. Siempre colocados en este último supuesto, es posible que el funcionario invitado, pueda eventualmente echar mano de los conocimientos y la experiencia adquirida en virtud de su condición de servidor del Órgano Contralor, ello gracias a la atención de las funciones y tareas que le haya sido y le sean encargadas, sin embargo criterio de este Despacho la aplicación de este conocimiento y experiencia, forma parte de los atributos y el perfil personal y profesional del servidor, cuyo empleo en ese tipo de actividades no plantea ninguna conducta o comportamiento irregular, ni lleva desde nuestro punto de vista a recibir una remuneración con ocasión de su condición de funcionario de la Contraloría General. Finalmente y por lo demás al estar frente a una invitación cursada a título personal, estimamos que el servidor que se trate sí debe tener especial cuidado en dejar en claro ante los organizadores y el auditorio de la actividad de capacitación que se trate, así como en el material de apoyo que utilice o distribuya, que sus opiniones y criterios corresponden a manifestaciones personales, y no la emisión o exposición de posiciones oficiales de la Contraloría General en torno a un tema determinado (...).”

(Oficio N° 8778 (DAGJ-2093) del 21 de julio de 2005)

La restricción no aplica tratándose de la remuneración por actividades privadas del funcionario.

“(…) Como se observa, lo que la ley prohíbe es que el ejercicio funciones públicas por parte de servidores públicos sea compensada por entidades privadas en cualquier forma, situación que no aplica cuando la actividad que ejerza un funcionario público sea fuera del horario y jornada oficial, para dedicarse a actividades enteramente privadas, remuneradas por personas físicas o morales particulares, ajenas a sus labores ordinarias en la función pública, y siempre que no se esté infringiendo el respectivo régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que eventualmente se encuentra sometido (...).”

(Oficio N° 5799 (DAGJ-1313) del 20 de mayo de 2005)

Se impide no solo que entidades privadas hagan pagos adicionales a los que ya percibe el servidor, sino también que una entidad privada asuma el pago de extremos que corresponden ser pagados por el ente público respectivo.

“(…) Conviene aclarar asimismo, que lo que la norma prohíbe no es solamente la percepción de salarios, emolumentos, honorarios o estipendios adicionales a los que ya de por sí le paga el órgano o ente patrón a sus servidores, sino que a la vez se prohíbe el pago de dichos extremos, aún y cuando el funcionario únicamente los esté recibiendo por parte de personas privadas. Ello obedece a que en principio no existiría justificación para que una persona diversa al Estado sea la que asuma dicha obligación de pago, máxime en razón del posible surgimiento de conflictos de intereses (...).”

(Oficio N° 11030 (DAGJ-2627) del 6 de setiembre de 2005)

Sobre el fundamento jurídico requerido para que otro ente u órgano público realice pagos a favor de un servidor público.

“(…) De forma tal, que si existe alguna norma o instrumento jurídico que justifique que en determinado caso el pago de alguno de los extremos contemplados por el Régimen de Derecho Público propio de la relación de servicio del respectivo funcionario, y debidamente presupuestados, provenga de otro órgano o ente público distinto a aquél con el cual dicho funcionario mantiene su relación laboral, ello no resultaría a nuestro juicio incompatible con la regulación bajo análisis (...).”

(Oficio N° 11030 (DAGJ-2627) del 6 de setiembre de 2005)

Sobre la que imposibilidad que una entidad privada como lo es una asociación de desarrollo, aporte recursos para el pago de horas extraordinarias de servidores públicos.

“(…) Así las cosas, a partir de la entrada en vigencia de la Ley No. 8422 ya no resultaría procedente que las asociaciones de desarrollo integral en los convenios a que se hace referencia en su oficio de consulta, colaboraran con el pago de horas extras a los funcionarios del indicado Ministerio, pues como señalamos líneas atrás, el numeral 16 de dicho cuerpo normativo prohíbe que los servidores públicos perciban retribuciones o beneficios por parte de personas físicas o jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, en razón de sus funciones o con ocasión de éstas; por lo que, al tratarse dichas asociaciones de personas jurídicas privadas, no podrían asumir éstas el pago de dichos extremos (…)”.

(Oficio N° 11030 (DAGJ-2627) del 6 de setiembre de 2005)

Prohibición para percibir compensaciones salariales. Aplicación concreta.

“(…) entratándose del cumplimiento de una función propia del cargo de Ministro de Transportes –o en este caso del Viceministro como representante del primero- existiría prohibición para percibir el pago de una dieta girada por una persona jurídica extranjera por la participación de dicho servidor en las sesiones del Consejo Directivo, pues esa remuneración la estaría recibiendo precisamente en razón del cumplimiento de sus funciones, por lo que a tales efectos, únicamente podrá percibir las retribuciones o los beneficios contemplados en el Régimen de Derecho Público propio de su relación de servicio y debidamente presupuestado. Bajo este orden de ideas, debe tenerse presente que el cumplimiento de esas funciones adicionales de desempeñarse como miembro de dicho órgano forma parte de las responsabilidades y deberes inherentes a su cargo, por los cuales ya se encuentra debidamente remunerado, por lo que a partir de la entrada en vigor de la Ley No. 8422 no resultaría procedente que dicho funcionario perciba de parte de esa Corporación el pago de las indicadas dietas por su participación en las sesiones a celebrar por su Consejo Directivo. Cabe aclarar no obstante, que ello no obstaculiza para que a dicho funcionario se le cancele lo que corresponda por concepto de viáticos, según los parámetros y regulaciones que establece el ordenamiento jurídico en esa materia (…)”.

(Oficio N° 3895 (DAGJ-882) del 7 de enero de 2005)

Prohibición para percibir compensaciones salariales. Aplicación concreta.

“(…) a criterio de esta División de Asesoría y Gestión Jurídica, el aceptar el patrocinio de líneas aéreas, organizaciones internacionales o sindicales, para que los agremiados de la ACOJUD –*con ocasión de sus funciones de judicatura*– asistan a eventos de carácter académico, y de dirigencia gremial y sindical, pareciera susceptible de generar el surgimiento de un potencial conflicto de interés entre lo público y lo privado, que pudiera comprometer el ejercicio imparcial de dichos servidores, en el ejercicio de una función tan delicada como lo es la administración de justicia. (...) Así las cosas, en la medida en que la categoría de afiliado de la ACOJUD deriva con ocasión del ejercicio del cargo público de judicatura, sus afiliados, como funcionarios públicos que son, se deben entender afectos a la prohibición establecida por el artículo 16 de la mencionada Ley No. 8422. Lo anterior por cuanto, su participación en la indicada Asociación lo es en su condición de funcionarios públicos, y no en su condición personal (...)”.

(Oficio N° 14765 (DAGJ-3445) del 14 de noviembre de 2005)

La prohibición de recibir compensaciones salariales tiene como objetivo evitar los pagos de otras fuentes ajenas al Estado.

“(…) Aunque el texto de esa norma no fue lo suficientemente preciso en su segunda parte, de los antecedentes legislativos se puede determinar que lo que se tuvo en mente fue impedir que los servidores públicos recibieran sumas adicionales al salario regular de parte de “*personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras*”, ajenas a la institución patronal; o sea, que también se pudieran recibir pagos provenientes de otras fuentes distintas del respectivo presupuesto. El objetivo allí perseguido, según se dijo, era evitar los pagos a funcionarios a través de lo que se llamó en el pasado el “Estado paralelo”, cuyo típico ejemplo lo constituían ciertas fundaciones que realizaban ese tipo de pagos. / (…) En términos generales, aquellas retribuciones y beneficios, pueden referirse a cualquiera de las variedades salariales de la amplia gama existente en la administración pública; ello siempre y cuando -como se dijo- el pago sea efectuado por el patrono público (…)”.

(Dictamen N° C-115-2006 del 17 de marzo de 2006)

La percepción de honorarios desnaturalizaría lo dispuesto en el artículo 16.

“(…) si se autorizara y acreditara a funcionarios públicos de ese Ministerio a actuar como traductores oficiales, lo que se estaría haciendo, en el fondo, es, ni más ni menos, que burlando lo que dispone el numeral 16 de la Ley n.º 8422, porque con la autorización del ejercicio de esa función pública se le estaría retribuyendo con honorarios, con lo que se quebrantaría el espíritu de la norma (ratio legis). Con otras palabras, una manera de dejar sin efecto el numeral 16 de la citada Ley sería a través de la autorización y acreditación de los funcionarios públicos que prestan servicio para ese ministerio como traductores oficiales, pues, además del salario que reciben por el ejercicio de sus funciones públicas en el órgano público, recibirían honorarios a causa de los servicios que prestan a personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de una función pública, lo cual desnaturaliza y contradice el precepto legal que estamos glosando (…)”.

(Dictamen N° C-331-2006 del 23 de agosto de 2006)

Los funcionarios públicos que participen en convenios de cooperación entre diversas organizaciones y el Estado sólo pueden recibir el pago de su salario.

“(…) pueden suscribirse convenios de cooperación entre organizaciones comunales y entes del Estado, pero debe hacerse el señalamiento de que si intervienen funcionarios públicos la retribución por sus labores será únicamente su salario y cualquier beneficio adicional deberá ajustarse a la normativa vigente para su reconocimiento y ser debidamente presupuestado, siendo claro que dichos funcionarios actúan bajo la prohibición total de recibir cualquier beneficio de parte de terceros. Por otro lado, si el ente privado es quien aporta la mano de obra necesaria, éste será quien contrata y paga el salario en su condición de sujeto privado que hace nacer el vínculo laboral, así que el Estado no asume relación alguna con ellos, ni obligaciones financieras (…)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-042-2006 del 30 de marzo de 2006)

(En igual sentido puede verse la Opinión Jurídica N° OJ-043-2006 del 30 de marzo de 2006)

Artículo 17.—Desempeño simultáneo de cargos públicos.

Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente. De esta disposición quedan a salvo los docentes de instituciones de educación superior, los músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y los de las bandas que pertenezcan a la Administración Pública, así como quienes presten los servicios que requieran la

Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias para atender emergencias nacionales así declaradas por el Poder Ejecutivo, el Tribunal Supremo de Elecciones, durante los seis meses anteriores a la fecha de las elecciones nacionales y hasta tres meses después de verificadas, así como otras instituciones públicas, en casos similares, previa autorización de la Contraloría General de la República.

Para que los funcionarios públicos realicen trabajos extraordinarios que no puedan calificarse como horas extras, se requerirá la aprobación previa de la Contraloría General de la República. La falta de aprobación impedirá el pago o la remuneración. Igualmente, ningún funcionario público, durante el disfrute de un permiso sin goce de salario, podrá desempeñarse como asesor ni como consultor de órganos, instituciones o entidades, nacionales o extranjeras, que se vinculan directamente, por relación jerárquica, por desconcentración o por convenio aprobado al efecto, con el órgano o la entidad para el cual ejerce su cargo.

Asimismo, quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública no podrán devengar dieta alguna como miembros de juntas directivas o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1287, Acta de la Sesión Plenaria N° 68 del 27 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1154, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 25 del 12 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1796 a 1797, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 27 del 27 de agosto de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2599 a 2600, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 36 del 18 de setiembre de 2002.

Ref: Artículos 1, incisos 7), 8), 17), 23) y 42); 33, 34, 35 y 36 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

NO DESEMPEÑO SIMULTÁNEO DE CARGOS PUBLICOS

Fines de la restricción al desempeño simultáneo de cargos públicos.

“(…) la primera de las restricciones se dirige a impedir que cualquier persona que ya desempeñe un cargo público en alguna de las instituciones, entidades u órganos públicos, y salvo las excepciones antes advertidas, pueda ocupar al mismo tiempo otro cargo que sea remunerado salarialmente, disposición orientada a evitar por una parte, una *doble remuneración de tipo salarial* asegurando una remuneración única y total como contraprestación al desempeño de su cargo y el cumplimiento de las funciones que le sean asignadas, y además evitar que los servidores públicos desempeñen a la vez dos o más cargos, que de una u otra forma puedan comprometer su dedicación, atención o imparcialidad, o bien generar algún conflicto de intereses, esto pese a tratarse de cargos ejercidos en el sector público. (...)”

(Oficio N° 361 (DAGJ-82) del 12 de enero de 2005)

El desempeño simultáneo de cargos públicos debe darse en entes y órganos de la Administración Pública.

“(…) En primer lugar en cuanto a la restricción para el desempeño simultáneo de cargos públicos remunerados salarialmente (artículos 17 de la Ley N° 8422 y 33 de su Reglamento Ejecutivo), debe tenerse presente que dicho desempeño debe darse en órganos y entes de la Administración Pública. En este caso si bien el desempeño se daría en un ente público no estatal, comprendido por ende dentro del concepto de Administración Pública que brinda el artículo 1° de la Ley General de la Administración Pública, se trata de un cargo que según se indica es “*ad honorem*”, motivo por el cual debe atenderse a lo dispuesto en el numeral reglamentario antes citado, en cuyo párrafo segundo se establece que: “*La imposibilidad establecida en el párrafo primero del artículo 17 de la Ley, no impide el nombramiento y el consecuente desempeño en aquellos cargos cuya naturaleza sea ad honorem*”.

(Oficio N° 7929 (DAGJ-1846) del 1° de julio de 2005)

Lo que se prohíbe es el desempeño simultáneo y no la superposición horaria.

“(…) en lo que atañe al desempeño simultáneo de cargos públicos regulado en el artículo 17 de la Ley No. 8422, debemos aclarar que no resulta procedente la interpretación que se le atribuye al término “simultáneo” en el criterio legal emitido por la Oficina Jurídica de dicha Universidad, por cuanto, es importante considerar que la conducta a prohibir es el desempeño simultáneo de cargos públicos remunerados, y no la superposición horaria, pues dicha situación ya se encontraba regulada mediante la Ley No. 2166, de Salarios de la Administración Pública, del 9 de octubre de 1957, específicamente en su artículo 15, que al respecto dispone que ningún servidor podrá devengar dos o más sueldos, salvo que correspondan a puestos distintos, que no exista superposición horaria, y que entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la mencionada Ley No. 8422, la situación a regular va más allá, en el sentido de que conforme a dicho precepto, ya no es posible jurídicamente recibir más de una remuneración en razón del ejercicio de un cargo público, independientemente del momento en que se desempeñen dichas labores, a menos, claro está, que el servidor se encuentre en algunos de los supuestos de excepción contemplados expresamente por la norma (…)

(Oficio N° 708 (DAGJ-115) del 16 de enero 2006)

Simultáneo no es lo mismo que superpuesto.

“(…) En consecuencia, por “simultáneo” debe entenderse correctamente que ambos puestos se desempeñan al mismo tiempo, sin que tenga que haber coincidencia total o parcial en los horarios de éstos, pues como se dijo ello refiere al supuesto de superposición horaria que ya de por sí se encontraba prohibido por la Ley No. 2166 (…)

(Oficio N° 2273 (DAGJ-482) del 28 de febrero de 2005)

La no superposición horaria funge como una regla de principio, aplicable sin necesidad de una consagración normativa expresa.

“(…) la regla de no incurrir en una superposición horaria es plenamente aplicable, porque se trata de una regla de principio que no tiene que estar recogida de manera expresa en una norma jurídica, sino que se deriva de las obligaciones del régimen de empleo público. En efecto, el salario que perciben los funcionarios públicos responde a la relación de servicio que media con el Estado, y esa remuneración lleva aparejada una serie de obligaciones, entre las que están, desde luego, el correcto y efectivo cumplimiento de las funciones del cargo, obligación que no puede cumplirse a cabalidad si dentro de la jornada oficial de la institución el funcionario se distrae en funciones o actividades ajenas a éste (…)

(Oficio N° 12591 (DAGJ-1683) del 15 de octubre de 2002)

La restricción en cuanto al no desempeño simultáneo de cargos públicos, no encuentra como excepción la ocupación de plazas de cuarto o medio tiempo.

“(…) En cuanto a la interrogante referente a si aplica la prohibición de desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos establecida por el artículo 17, cuando dichos cargos públicos consisten en plazas de cuarto o medio tiempo, cabe señalar que a criterio de esta Contraloría General, lo que se busca impedir con el precepto legal en comentario es la doble remuneración por parte del Estado, entendido éste en términos generales, por lo que con solo que una persona esté desempeñando un cargo remunerado, cualquiera que sea, siempre y cuando sea dentro de la Administración Pública, se encuentra imposibilitado para recibir otra remuneración adicional, ya sea salarialmente o mediante el pago de dietas.

De tal manera, que si el texto de la norma es claro y no contempla como excepción el supuesto de laborar en jornadas inferiores a la ordinaria, no cabría entender otra cosa (…)

(Oficio N° 16310 (DAGJ-3465) del 17 de diciembre de 2004)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 3427 (DAGJ-756) del 29 de marzo de 2005)

Cargos de naturaleza ad honorem.

“(…) Cabe aclarar que la mencionada imposibilidad establecida en el primer párrafo de dicho numeral no impide el nombramiento y consecuente desempeño de aquellos cargos cuya naturaleza sea ad honorem, sin embargo, ello no puede entenderse como la posibilidad de que una persona que ostente dos cargos públicos remunerados salarialmente, en virtud de la citada Ley opte por renunciar a su salario con el propósito de seguir desempeñando ambos cargos. Tal interpretación sería contraria a lo dispuesto por dicho precepto legal e incluso podría atentar contra los principios y normas que abogan por la irrenunciabilidad de los derechos en materia laboral. Diferente es el caso de que el cargo en sí mismo esté concebido como ad honorem. (…)

(Oficio N° 2273 (DAGJ-482) del 28 de febrero de 2005)

La restricción aplica independientemente del análisis de la existencia o no de un real o potencial conflicto de interés.

“(…) Asimismo, no debe perderse de vista que la restricción legal que nos ocupa, es clara y no se encuentra en su tenor literal, la posibilidad de realizar algún tipo de valoración o ponderación casuística, en torno a si en cada caso existe o no una colisión de intereses, o si el desempeño simultáneo de cargos que pueda darse, favorece o no el surgimiento de reales o potenciales conflictos de intereses, de ahí que frente a dicha disposición, y más allá la claridad y precisión de su contenido, los reparos que en ese sentido se puedan formular no son de recibo (…)

(Oficio N° 5211 (DAGJ-683) del 21 de abril de 2006)

El recargo de funciones no resulta contrario a esta restricción.

“(…) Así pues, este criterio de este Órgano Contralor que el sistema de recargos de funciones establecidos en las distintas normas estatutarias que rigen la función pública es en un todo compatible con el párrafo primero del artículo 17 de la Ley No.8422, porque tiende a resolver necesidades del servicio publico que deben ser atendidas mediante ese mecanismo, so pena de que en caso de no cancelarlo cuando ello proceda, incurría la Administración en un enriquecimiento sin causa y un trato injusto para el servidor que asumió ambos puestos de forma temporal para no entorpecer el buen, regular y continuo servicio público (…)

(Oficio N° 7051 (DAGJ-1649) del 16 de junio de 2005)

Sobre lo inconveniente que resulta el que una misma persona se desempeñe como regidor y como funcionario municipal de manera simultánea.

“(…) Así las cosas, la existencia en el artículo 31 inciso b) del Código Municipal de una regulación legal expresa en términos negativos, a que se presente un desempeño simultáneo de cargos dentro de un ente municipal, hace que este Despacho, pese a estimar en principio inaplicable

dicha regulación en la especie, sí considera inconveniente que una misma persona llegue a desempeñar simultáneamente dos cargos dentro del mismo ente municipal, esto partiendo de la base que no se separe de ninguno de ellos, facilitando con tal proceder el surgimiento de eventuales conflictos de intereses, en la medida en que como regidor y miembro del Consejo Municipal, la persona puede llegar a conocer y eventualmente influir de alguna forma en casos o asuntos tramitados y gestionados por ella misma como funcionario. (...)

(Oficio N° 6347 (DAGJ-1452) del 2 de junio de 2005)

La norma no impide la prestación de servicios profesionales a una entidad u órgano público.

“(…) si nos encontramos frente al supuesto de un funcionario que se desempeña en un puesto dentro de la Administración Pública remunerado salarialmente y a la vez es contratado por concepto de servicios profesionales por un órgano o ente público, no estaríamos frente uno de los supuestos cubiertos por dicho precepto legal. Ello por cuanto, a los efectos de dicha norma no quedaría contemplado el supuesto de la remuneración vía honorarios en razón del desempeño de servicios profesionales contratados por la Administración Pública, quedando regulados éstos por la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento al no existir una relación laboral que amerite el pago de un salario, ni tampoco la percepción de dietas en razón de la participación como miembro de una junta directiva u otro órgano colegiado perteneciente a órganos, entes o empresas de la Administración Pública (...)

(Oficio N° 4176 (DAGJ-931) del 14 de abril de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 2383 (DAGJ-509) del 1° de marzo de 2005 y N° 6729 (DAGJ-1535) del 10 de junio de 2005)

El caso de funcionarios excluidos de la limitación de la jornada de trabajo.

“(…) Por lo anterior, es evidente que la interpretación que pretenden invocar los profesionales en cuestión resulta abiertamente improcedente, toda vez que la exclusión establecida en el numeral 143 del Código de Trabajo, lejos de relevarlos de cumplir en forma efectiva con la jornada ordinaria –como lo pretenden– más bien les obliga a permanecer en su puesto incluso más allá de cumplida dicha jornada, de tal modo que su margen de libertad para asumir regencias privadas se ve seriamente reducido, en tanto no es permitido el traslape de horarios entre ambas funciones (...)

(Oficio N° 6221 (DAGJ-1415) del 30 de mayo de 2005)

La restricción no aplica con respecto a nombramientos efectuados antes de la entrada en vigencia de la Ley.

“(…) Así, efectivamente el artículo 17 de la Ley de marras, no podría afectar la situación jurídica consolidada de aquellas personas que al momento de su entrada en vigencia, se encontraren desempeñando en propiedad o por un plazo indefinido dos cargos remunerados salarialmente al amparo de la anterior normativa. De igual manera, no podrían afectarse las situaciones jurídicas consolidadas de aquellas personas que ostenten cargos remunerados salarialmente en forma interina o con sujeción a un plazo determinado, mientras dichos nombramientos se encuentren vigentes. (...)

(Oficio N° 2265 (DAGJ-477) del 28 de febrero de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 7630 (DAGJ-1751) del 28 de junio de 2005)

Sobre las excepciones a la restricción.

“(…) La conducta prohibitiva contenida en el referido numeral de la Ley No.8422, prevé tres excepciones por medio de las cuales se permite el desempeño simultáneo de cargos públicos remunerados salarialmente, a saber: a) El primer supuesto, corresponde a los cargos exceptuados expresamente por el párrafo primero del ordinal de citas, pues aunque la restricción posee una aplicación subjetiva de alcance general, de la misma no se encuentran vinculados únicamente: los docentes de instituciones de educación superior, los músicos de la

Orquesta Sinfónica Nacional y los de las bandas que pertenezcan a la Administración Pública, así como los que presten servicios que sean requeridos por la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, para atender emergencias así declaradas por el Poder Ejecutivo, el Tribunal Supremo de Elecciones durante seis meses anteriores a la fecha de las elecciones nacionales y hasta tres meses después de verificadas. b) Un segundo supuesto, se encuentra contemplado en el mismo párrafo primero del artículo bajo análisis, cuando dentro de las excepciones antes vistas, el legislador permite a esta Contraloría General autorizar, cuando lo determine conveniente, a otras instituciones públicas en similares condiciones a las excepcionadas expresamente. c) Por último, no se encuentran cubiertos dentro de la restricción establecida por la norma, en cuanto al desempeño simultáneo de cargos públicos remunerados salarialmente, la realización de trabajos extraordinarios, para los que se requiere la autorización previa de este órgano contralor (...)."

(Oficio N° 16110 (DAGJ-1848) del 17 de noviembre de 2006)

Sobre el carácter especial y expreso de las excepciones a esta restricción.

"(...) la existencia de una restricción legal para el desempeño simultáneo de cargos públicos, viene a dejar en claro la intención legislativa de establecer una imposibilidad que vincula a todas aquellas personas que ya desempeñan un cargo remunerado salarialmente en órganos y entidades de la Administración Pública, mandato de carácter general que únicamente encuentra una limitación en supuestos de excepción previstos expresamente, los cuales dada su naturaleza excepcional, serán procedentes en la medida en que frente a cada caso en concreto, se cumplan plenamente todos y cada uno de los requerimientos establecidos legalmente para su configuración (...)."

(Oficio N° 3734 (DAGJ-829) del 4 de abril de 2005)

La especialidad de las disposiciones de la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos, en punto al tema del desempeño simultáneo de cargos públicos.

"(...) Llegados a este punto, conviene determinar si la particular regulación existente en torno a los médicos respecto al desempeño simultáneo de cargos públicos se puede considerar como una ley especial a estos efectos. (...) En el caso de marras, nos encontramos por un lado, ante una norma que regula el tema de la limitación para ejercer en forma simultánea cargos dentro de la función pública de forma general, aplicable a todo funcionario público, y por otra parte, una norma que regula la misma materia pero exclusivamente para el supuesto de los profesionales en medicina, por lo que, relacionando una ley con la otra, es posible establecer que se trata de una regulación muy concreta y particular aplicable exclusivamente a un determinado gremio de profesionales, a los cuales el legislador en su momento, decidió dotarlos de la aplicación de reglas especiales. Así, en aplicación del criterio de la especialidad, frente a una confrontación normativa de una ley general y una ley especial, debe prevalecer esta última, por cuanto dicha normativa toma en cuenta circunstancias muy peculiares para apartarse de la normativa de alcance más general. Cabe destacar, que tal y como señalábamos líneas atrás, dicho criterio dispone que prevalecerá la norma especial sobre la general incluso sobre las posteriores, por lo que aún considerando que la norma general en este caso –artículo 17 de la Ley No. 8422- es posterior a la especial –artículo 32 de la Ley No. 3019- predominará la primera pues en principio las leyes generales no derogan las leyes especiales.

Es importante señalar, que aún y cuando la norma especial en este caso es anterior a la general, lo cierto es que dicha normativa especial es a su vez posterior a la regulación general que sobre este tema ha venido siendo promulgada en nuestro ordenamiento jurídico desde la década del 50 (Ley No. 1279 y Ley No. 2166), según la cual, existe prohibición para desempeñar más de un cargo público y percibir más de un salario dentro de la función pública. Sin embargo, desde entonces, se ha concebido a la educación y a la salud como bienes de indudable interés público, en los que la tutela del Estado ha sido reconocida constitucional y legalmente. Bajo esa perspectiva, es que se ha determinado como función esencial del Estado velar para que dichas disciplinas alcancen el mayor desarrollo posible, brindándole al recurso humano disponible en esos campos el mejor aprovechamiento, por lo cual, en el caso de profesores o maestros en cuanto a la función docente, y del médico en el ejercicio de su profesión, se ha venido

permitiendo, de forma excepcional, el desempeño simultáneo de más de un cargo remunerado en la Administración Pública. Excepción, que como señalamos anteriormente, aún se encuentra vigente de conformidad con lo establecido por el varias veces citado numeral 32 de la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos.

Así las cosas, con base en los argumentos expuestos, no podría interpretarse que el indicado artículo 32 haya sido derogado tácitamente por el numeral 17 de la Ley No. 8422, pues dicha antinomia normativa debe resolverse mediante la aplicación del criterio de la especialidad, pues las leyes generales no derogan las leyes especiales, salvo cuando así lo dispongan expresamente, o cuando la intención de dejar sin efecto la ley especial, resulte con evidencia del objeto de la ley general que sea promulgada (...)."

(Oficio N° 3136 (DAGJ-666) del 15 de marzo de 2005)

La referencia a instituciones de educación superior, comprende las universitarias y parauniversitarias.

Tomando en cuenta esta disposición legal y reglamentaria en cuanto a "*centros de enseñanza superior*", y pasando con ello a dar respuesta a su consulta, interesa señalar que este Órgano Contralor ha entendido y así lo ha indicado en diversos memoriales, que dicha referencia alcanza a centros de enseñanza superior, sean estos universitarios o bien parauniversitarios. (...) En ese sentido y tratándose de los centros de educación parauniversitaria, debe tenerse presente que los numerales primero y segundo de la *Ley sobre la creación y funcionamiento de las Instituciones de Educación Superior Parauniversitaria* (Ley N° 6541 del 19 de noviembre de 1980, publicada en la Colección de Leyes y Decretos año 1980, semestre 2º, tomo 1º, página 428), establecen que dichas instituciones, ubicadas vale señalar en una posición intermedia entre la educación diversificada y la educación superior universitaria, son en lo que aquí interesa centros de educación superior (...)."

(Oficio N° 9317 (DAGJ-2227) del 4 de agosto de 2005)

El INA no es centro de educación superior.

"(...) Así, el hecho de que la naturaleza de las funciones del INA resulte semejante a aquellas de los centros de educación superior, en el tanto ambos promueven la educación y capacitación profesional, lo cierto es que el legislador optó por excepcionar únicamente la docencia a nivel universitario y parauniversitario. En el caso del INA, éste está constituido como un ente de derecho público, sin que tenga atribuida la naturaleza jurídica o el grado de autonomía propio de las universidades o parauniversidades. Asimismo, debe tenerse presente que la finalidad principal de dicho Instituto está en promover y desarrollar la capacitación y formación profesional de los trabajadores, en todos los sectores de la economía, lo cual dista en gran medida de la finalidad de los centros universitarios que funcionan como entidades formadoras y transmisoras de conocimiento y cultura, propulsoras de los más altos valores científicos y artísticos, promoviendo además la labor investigativa. De tal manera, que mientras no se le atribuya a dicho Instituto el reconocimiento como institución de educación superior, no podría ir esta Contraloría General más allá de la voluntad del legislador (...)."

(Oficio N° 7297 (DAGJ-1715) del 22 de junio de 2005)

Alcances de la excepción de la docencia.

"(...) si bien las labores que el directivo al que se viene haciendo referencia lleva a cabo en la Universidad Nacional, no se encuentran limitadas en un sentido estricto al ejercicio de una actividad docente, lo cierto es que las tareas restantes de orden académico que realiza, relacionadas con la investigación, administración académica y la dirección de tesis, constituyen labores asociadas a la función docente, respecto de la cual guardan de manera evidente un ligamen y un vínculo directo, siendo dicha función la actividad sustantiva de la institución de educación superior para la que presta sus servicios (...)."

(Oficio N° 2022 (DAGJ-432) del 21 de febrero de 2005)

Ejercicio de la docencia por profesionales en odontología en un centro hospitalario.

“(…) Cabe señalar sin embargo, que las normas restringen la aplicación de esta excepción a la docencia impartida en centros de enseñanza superior, esto es en centros universitarios o parauniversitarios, de ahí que debemos detenernos, a analizar las particularidades de la actividad docente que se brinda en la especie, lo anterior tomando en cuenta, que ésta se imparte en el mismo centro hospitalario en el que los profesionales en odontología desempeñan su cargo público respectivo. (...) Sobre el particular no debe dejarse de lado, el hecho que entre el centro hospitalario que se trate, y la institución de educación superior en la que los estudiantes siguen la carrera de odontología, media un convenio o acuerdo para impartir los cursos respetivos, aprovechando para tal efecto las instalaciones y los equipos e instrumentos requeridos y disponibles en ese centro hospitalario, encargando la labor docente a profesionales en odontología que prestan regularmente sus servicios en ese mismo centro de salud, situación que reiteramos no encierra ninguna violación o lesión a la restricción de marras (...)”.

(Oficio N° 487 (DAGJ-90) del 10 de enero de 2006)

Se exceptúa al TSE exclusivamente seis meses antes y tres meses después de las elecciones nacionales.

“(…) existe una excepción que abarca al Tribunal Supremo de Elecciones, para que pueda contratar personas que ocupan cargos dentro de la Administración Pública, para brindar cooperación en el período comprendido desde seis meses antes y hasta tres meses después de las elecciones nacionales. Ahora bien, la Ley No. 8422 no clarifica qué debe de ser entendido por la acepción “elecciones nacionales”, concepto que en todo caso su respectiva interpretación es más de la égida del Órgano Electoral que de esta Contraloría General. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de la extensión que a dichos vocablos pueda llegar a exteriorizar el Tribunal Supremo de Elecciones, es nuestro criterio que por “elecciones nacionales” debemos entender tanto las que se realizan para la elección del Presidente, Vicepresidentes, diputados y regidores municipales cuya convocatoria se realiza el 1 de octubre inmediato anterior a la fecha de los comicios, como aquellas referentes a los alcaldes municipales, síndicos y miembros de los Concejos de Distrito, cuya convocatoria se da el 1 de agosto inmediato anterior a la fecha de las elecciones(...)”.

(Oficio N° 12822 (DAGJ-1479) del 7 de setiembre de 2006)

Quien ostente un cargo dentro de la función pública no puede desempeñar otro, aún cuando sea temporalmente durante las vacaciones del titular.

“(…) Ello por cuanto, lo que se pretende es evitar la doble remuneración, ya sea vía salario o dietas, en razón del desempeño simultáneo de más de un cargo dentro de la función pública, por lo que si ya esa persona ostenta un cargo público por el cual recibe su respectivo pago, el asumir las funciones propias de otro funcionario que se encuentre disfrutando de su derecho de vacaciones, implicaría que el primero asuma el pago de una retribución adicional por ocupar otro cargo público, aunque sea de manera temporal (...)”.

(Oficio N° 958 (DAGJ-200) del 26 de enero 2005)

El caso de los pensionados que reingresan a la función pública. Régimen del Magisterio Nacional.

“(…) Ahora bien, tomando en cuenta la particular situación que se nos expone, cabe hacer mención de lo regulado por el actual artículo 76 de la Ley No. 2248, de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, de 5 de setiembre de 1958, que al respecto establece que: (...) Según se advierte, en el caso particular de las personas que hayan adquirido el derecho a la pensión bajo el amparo de dicho régimen, podrían percibir además del pago de su pensión el de dietas como miembros de juntas directivas u otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, en virtud de que la norma citada lo único que prohíbe es el continuar recibiendo la jubilación cuando a la vez se esté recibiendo un salario. Por lo

que habrá que atenerse a la valoración de la situación particular del pensionado a que hace referencia la consulta (...)"

(Oficio N° 958 (DAGJ-200) del 26 de enero 2005)

El caso de los pensionados que reingresan a la función pública. Régimen de invalidez, vejez y muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social.

"(...) Ahora bien confrontando el texto de la norma legal recién citada con el caso de marras, se tiene que salvo que el regidor al que se ha venido haciendo referencia, haya acordado ante las autoridades correspondientes la suspensión temporal del pago de la pensión que recibe al amparo del régimen de invalidez, vejez y muerte de la CCSS, éste no podría recibir adicionalmente dietas por su desempeño en el cargo municipal de regidor, pues de ser así estaría percibiendo simultáneamente una doble remuneración, y con ello infringiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley General de Pensiones (...)"

(Oficio N° 1261 (DAGJ-296) del 3 de febrero de 2005)

Cargos ejercidos en fundaciones en representación del Poder Ejecutivo o ente municipal.

"(...) Resta mencionar que el eventual nombramiento de una persona que ya ostenta la condición de funcionario público, en la Junta Administrativa de una fundación como representante del Poder Ejecutivo o del ente municipal que se trate, pareciera no implicar ninguna violación a lo establecido en el primer párrafo del artículo 17 de la Ley N° 8422, toda vez que la restricción legal al desempeño de cargos públicos, debe presentarse en los órganos o entes de la Administración Pública, de la cual las fundaciones en tanto entidades privadas de utilidad pública no forman parte. / De igual forma, tomando en cuenta que por disposición legal expresa del artículo 11 de la Ley de fundaciones, el cargo de directivo es *gratuito*, estaría descartado adicionalmente pensar en una posible lesión a la prohibición para el desempeño simultáneo de cargo públicos *remunerados salarialmente*, así como a la contenida en el artículo 16 del mismo cuerpo normativo –relativa a la prohibición de percibir compensaciones salariales-, numeral este último que respecto al cargo de miembro de la Junta Administrativa de la fundación, sería entonces inaplicable (...)"

(Oficio N° 3430 (DAGJ-758) del 29 de marzo de 2005)

Los supuestos de excepción no cubren a cualquier puesto de naturaleza artística.

"(...) Es importante tener presente, que las excepciones señaladas por dicho artículo fueron dispuestas por el legislador atendiendo a razones particulares que lo motivaron a considerar que la docencia, la música, la atención de emergencias nacionales, así como la atención de los requerimientos propios de las elecciones nacionales ameritaban un tratamiento diferenciado. Sin embargo, no podría este órgano contralor en el ejercicio de su función consultiva modificar la Ley a efectos de ampliar las excepciones expresamente previstas, pues precisamente para evitar que se quedaran por fuera situaciones que en su momento omitió considerar el legislador es que se dejó abierta la posibilidad de que esta Contraloría General examinara, previa gestión del interesado, si alguna situación concreta presenta características similares a las excepciones contempladas. De tal manera, que no procedería autorizar de antemano que cualquier puesto de naturaleza artística se encuentre excepcionado de lo dispuesto por el numeral 17, sin embargo, este órgano contralor analizará cada caso concreto que se someta a su conocimiento, cuando la entidad u órgano respectivo considere que la situación particular contiene características similares a aquellas presentes en la función que ejercen los músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y de las bandas que pertenecen a la Administración Pública (...)"

(Oficio N° 6396 (DAGJ-1470) del 3 de junio de 2005)

Autorización contralora para desempeñar simultáneamente más de un cargo público. El caso de los intérpretes de Lesco.

"(...) En la especie, nos encontramos frente al caso de intérpretes del lenguaje de señas, normalmente contratados por las universidades públicas y algunas otras entidades públicas,

según se indica, para traducir del español al leasco y viceversa, con el fin de que las personas sordas tengan acceso a la información y a la educación. En este sentido, consideramos que la labor del intérprete de esta naturaleza, funciona como un medio para garantizar el acceso a la educación, por lo que podemos evidenciar una suerte de similitud a nivel instrumental entre dichas funciones y aquellas desempeñadas por los docentes a que se refiere la excepción contemplada por la norma. No obstante, lo anterior por sí solo no bastaría para justificar el brindarle a dicha situación el mismo tratamiento de excepción que reciben los supuestos indicados por la norma, sin embargo, en el caso de marras se plantea un elemento adicional que podría ameritar la exclusión de la prohibición dispuesta a estos efectos. Se trata del hecho de que, según se alega, existe una oferta insuficiente de intérpretes debidamente capacitados y autorizados por la Asociación Nacional de Sordos de Costa Rica para atender las demandas de la comunidad de sordos para tener acceso a la información y a la educación. Así las cosas, con base en lo expuesto por la Dirección del programa PROGRESO de la UCR, esta División considera que se tienen por acreditadas las manifestaciones señaladas por la referida Asociación, por lo que procedemos a brindar la autorización respectiva para que quienes se encuentren debidamente certificados como intérpretes por el mencionado programa de dicha Universidad, se vean excepcionados de la prohibición para el desempeño simultáneo de cargos públicos que establece el numeral 17 de la Ley No. 8422, a efectos de que puedan ocupar más de un cargo como intérpretes de leasco en las instituciones públicas. Lo anterior con fundamento en lo dispuesto por el artículo 17 párrafo primero de la Ley No. 8422 y del artículo 33 de su Reglamento (...)"

(Oficio N° 10775 (DAGJ-2556) del 2 de setiembre de 2005)

TRABAJO EXTRAORDINARIO

Definición y alcances del trabajo extraordinario.

"(...) debemos señalar en primer término que el concepto de "trabajos extraordinarios" empleado en la Ley No. 8422, es un concepto jurídico indeterminado que debe interpretarse casuísticamente según las particularidades de cada situación concreta, sin embargo, en términos generales podríamos entender que los mismos refieren a labores que responden a circunstancias excepcionales que deben llevarse a cabo fuera de la jornada ordinaria. Asimismo, debe considerarse que los trabajos extraordinarios se llevan a cabo con la misma entidad –o con órganos adscritos a la misma– a la cual el servidor público presta habitualmente sus servicios, y no pueden referirse a las labores usualmente desempeñadas pero ejercidas fuera de la jornada ordinaria, pues en dicho caso pasarían a configurarse como horas extra; además, otra característica de éstos, consiste en que los mismos son ejercidos de forma temporal, sin poder entenderse prorrogados los mismos de forma indefinida (...)"

(Oficio N° 6740 (DAGJ-1538) del 10 de junio de 2005)

(En igual sentido puede verse los oficios N° 6743 (DAGJ-1539) del 10 de junio de 2005 y N° 360 (DAGJ-81) del 12 de enero de 2005)

Se trata de un supuesto distinto al desempeño simultáneo de cargos públicos.

"(...) Cabe mencionar que la regulación establecida en cuanto a trabajos extraordinarios, no constituye ni implica una excepción a la regulación contenida en el primer párrafo de la norma, toda vez que se trata de la atención temporal y fuera de la jornada laboral ordinaria de una necesidad que responde a una situación o coyuntura muy particular, en la que los servicios de determinado funcionario público son requeridos y consecuentemente pagados, mediante una remuneración adicional a la que percibe regularmente por el desempeño del cargo que ya ocupa, de manera tal que el servidor no está asumiendo con una vocación de continuidad, permanencia y regularidad otro cargo remunerado salarialmente, en cuyo caso si resultaría infringida la restricción supra mencionada (...)"

(Oficio N° 361 (DAGJ-82) del 12 de enero de 2005)

Requisitos para su configuración.

“(…) Conviene analizar, si las labores sobre las cuales versa la presente gestión encajan o no como trabajos extraordinarios, regulado en el párrafo segundo del ordinal supracitado y definido con mayor claridad mediante el artículo 1, inciso 40) del Reglamento a la Ley No.8422, del que en síntesis, podemos extraer los siguiente requisitos para su configuración:

- 1) Debe estar motivado en circunstancias especiales del servicio público que tornen necesaria la prestación de servicios por parte de los funcionarios solicitantes.
- 2) Los trabajos a realizar deben responder a labores diversas a las que realiza ordinariamente el funcionario cuya atención debe ser temporal y fuera de la jornada ordinaria.
- 3) La prestación de servicios debe ser a favor de la misma entidad u órgano para el que regularmente presta sus servicios el funcionario solicitante.
- 4) Por el desempeño de las labores debe recibir como contraprestación salarial una remuneración diversa y ajena a la que recibe ordinariamente.

De esa forma, para proceder a otorgar la autorización para realizar trabajo extraordinario, debemos verificar que las labores a realizar cumplan con los requisitos expuestos anteriormente (…)

(Oficio N° 2679 (DAGJ-268) del 16 de marzo de 2007)

Su aplicación se circunscribe a los funcionarios públicos.

“(…) De los extractos de las resoluciones transcritas se desprende con meridiana claridad, a juicio de esta Contraloría General, que la relación existente entre el MEP y los profesores de los colegios privados subvencionados, es una relación *sui generis*, no asimilable a una relación de empleo público, pues en esos casos la participación de dicho Ministerio únicamente se reduce a girar el pago del respectivo salario, sin que el mismo ejerza el rol de patrono en dicha relación. (….)En consecuencia, la Junta Administrativa del Liceo Alfaro Ruiz no requiere contar con la autorización previa impartida por parte de esta Contraloría General para poder contratar a un docente de un centro educativo privado subvencionado por el Estado para realizar trabajo extraordinario en los términos del artículo 17 de la mencionada Ley No. 8422, pues dicha disposición aplica únicamente para el caso de que la persona a contratarse ostente un cargo público, lo cual no sucede en este caso (…)

(Oficio N° 7151 (DAGJ-1673) del 20 de junio de 2005)

La falta de autorización de la Contraloría General impide el pago de la remuneración respectiva.

“(…) En segundo lugar, se encuentra la restricción relativa al trabajo extraordinario, regulación prevista anteriormente en la derogada Ley de Administración Financiera de la República, (Ley N° 1279 del 2 de mayo de 1951), supuesto en el que de conformidad con el párrafo segundo de la norma de cita, aquellos funcionarios que pretendan realizar trabajos extraordinarios que no pueden ser catalogados como horas extraordinarias, deben contar con la aprobación previa de la Contraloría General, autorización cuya ausencia impediría el pago o la remuneración correspondiente, y en consecuencia acarrearía la nulidad de los pagos que se realicen sin contar previamente con la debida autorización contralora (…)

(Oficio N° 361 (DAGJ-82) del 12 de enero de 2005)

La Administración es quien debe solicitar la autorización a la Contraloría General.

“(…) de conformidad con lo establecido por el numeral 34 del Reglamento a la Ley No. 8422, Decreto Ejecutivo No. 32333-MP-J es a la Administración interesada a quien le corresponde formular el requerimiento de autorización ante esta Contraloría General, cuando requiera contratar a funcionarios públicos para llevar a cabo labores de carácter especial y fuera de la jornada ordinaria. En ese entendido, no resulta procedente que cada funcionario interesado en ser contratado por la Administración respectiva gestione directamente la solicitud de autorización para llevar a cabo trabajos extraordinarios ante esta Contraloría General, pues la norma no está concebida en ese sentido, y ello obedece en que el solo dicho del servidor público

respectivo no puede demostrarse el interés de la Administración en requerir la realización por parte de éste de un trabajo de naturaleza excepcional, no susceptible de calificarse como “horas extra” (...).”

(Oficio N° 14763 (DAGJ-1691) del 19 de octubre de 2006)

El trabajo extraordinario no aplica al caso de “extrafunciones”.

“(…) De manera tal, que en dichos supuestos no nos encontramos frente al caso del trabajo extraordinario, pues tal y como Usted nos lo hace saber en el mencionado oficio No. TPMS-DFC-079-2005, el pago que se les hace a dichos funcionarios lo es por concepto de extra funciones, con lo cual, no se cumpliría con el presupuesto de que: “*Se considerará trabajo extraordinario, la atención temporal y fuera de la jornada ordinaria, de un requerimiento (...) recibiendo como **contraprestación salarial** una remuneración diversa y ajena a la que recibe ordinariamente*” (El destacado no corresponde con el original). Así, no se requeriría contar con la autorización de este órgano contralor para esos efectos, pues no se trata del supuesto contemplado por el artículo 17, y ya dicho Teatro cuenta con la autorización para realizar pago de extra funciones a sus propios servidores, dentro de los parámetros establecidos por esta Contraloría General en los oficios citados anteriormente (...).”

(Oficio N° 8632 (DAGJ-2063) del 19 de julio de 2005)

Diferencia entre la figura del trabajo extraordinario y la jornada extraordinaria.

“(…) la regulación establecida en cuanto a la figura del trabajo extraordinario, señala que este se refiere a la atención temporal y fuera de la jornada laboral ordinaria de una necesidad que responde a una situación o coyuntura muy particular, en la que los servicios de determinado funcionario público son requeridos por una entidad pública –generalmente la misma para la que regularmente presta sus servicios– y consecuentemente pagados por ésta institución, como una remuneración diversa y ajena a la que percibe regularmente por el desempeño del cargo que ocupa, de manera tal que el servidor no está asumiendo con una vocación de continuidad, permanencia y regularidad otro cargo remunerado salarialmente. Por lo tanto, se le llama trabajo extraordinario no porque sea una extensión de las funciones ordinarias asignadas a un servidor –porque si los picos y cargas de trabajo lo demandan para eso está el pago del tiempo extraordinario laborado–, sino porque funciona como una actividad adicional, que puede poseer una menor o mayor relación con las tareas usuales de un servidor, pero que las exigencias del servicio público demanda que sea realizada, en un horario particular que está fuera de la jornada laboral ordinaria. De ahí que, evidentemente el trabajo extraordinario al tenor de lo que establece la Ley No.8422, no es equivalente a lo que se conoce como horas extras o jornada extraordinaria (...).”

(Oficio N° 14905 (DAGJ-1711) del 24 de octubre de 2006)

Las labores deben ser temporales. En virtud de su permanencia, la asistencia a sorteos y devolución de excedentes no encuadra en este supuesto.

“(…) Se le llama trabajo extraordinario no porque sea una extensión de las funciones ordinarias asignadas a un servidor -porque si los picos y cargas de trabajo lo demandan para eso está el pago del tiempo extraordinario laborado-, sino porque funciona como una actividad adicional, que puede poseer una menor o mayor relación con las tareas usuales de un servidor, pero que las exigencias del servicio público demanda que sea realizada, en un horario particular que está fuera de la jornada laboral ordinaria. / En ese sentido, siendo que en el presente caso si bien se trata del pago de unas funciones o actividades adicionales que se ejecutan fuera de la jornada ordinaria, coincide este Despacho con el criterio de esa Junta de Protección Social en que, en razón del carácter periódico y permanente de las mismas, no puede considerarse la asistencia a sorteos y devolución de excedentes como algo temporal, tanto en cuanto a su duración como respecto a quienes están responsabilizados de su ejecución (...).”

(Oficio N° 1072 (DAGJ-235) del 1° de febrero de 2005)

Las labores deben realizarse en provecho de la misma entidad a la que se prestan los servicios, u otra relacionada instrumentalmente con aquella.

“(…) No obstante, en el caso de marras no cabría conceder una autorización por dicho concepto en vista de que no se cumpliría con uno de los requisitos para que sea dable afirmar que nos encontramos frente al supuesto del trabajo extraordinario, cual es, el que la atención de dichas labores adicionales y excepcionales a ser atendidas fuera de la jornada ordinaria y en forma temporal deben ser prestadas *“a favor de la misma entidad u órgano para el que regularmente presta sus servicios”*. / De tal manera, que en vista de que no estamos en presencia de ninguna relación instrumental a nivel funcional entre la junta administrativa respectiva con que el INA tuviere un contrato a tales efectos y el Instituto Meteorológico Nacional, y tomando en cuenta que no podría considerarse que entre las labores que ordinariamente desempeña un funcionario de dicho Instituto y las que llevaría a cabo para la junta administrativa bajo la modalidad de trabajo extraordinario, exista una relación equiparable a la existente entre las funciones regulares de los profesores del MEP y las que los mismos asumirían en la ejecución de un contrato de servicios de capacitación y formación profesional efectuada entre el INA y las respectivas juntas administrativas, no resulta procedente conceder la autorización requerida (…)”.

(Oficio N° 7297 (DAGJ-1715) del 22 de junio de 2005)

En cuanto a la excepcionalidad con relación al servicio público.

“(…) Importa tomar en cuenta que el carácter excepcional que debe reunir la labor a realizar para poder configurarse como trabajo extraordinario, debe radicar en relación con el servicio público, es decir lo especial de dicho trabajo es que responde a una circunstancia muy particular de dicho servicio, que resulta diversa a las que normalmente se presentan, sin que pueda entenderse que lo “excepcional” lo es en cuanto a la situación concreta del funcionario. En otros términos, el hecho de que las labores sean distintas a las que tiene asignadas el funcionario en cuestión en su jornada ordinaria, no le imprime el calificativo de “excepcional”, pues si se trata de labores que usualmente son atendidas por los funcionarios de dicha institución, bajo las modalidades normales de empleo público, no habría razón para justificar el acudir a una modalidad de contratación de funcionarios, como el “trabajo extraordinario”, que se encuentra prevista para hacer frente a necesidades particulares y especiales del servicio público, en escenarios que, repetimos, no son los que se presentan normalmente. Precisamente en este mismo sentido, es que tampoco califica como trabajo extraordinario la realización de labores que consistan en “horas extras” (…)”.

(Oficio N° 1221 (DAGJ-183) del 25 de enero de 2006)

Sobre el requerimiento de la autorización contralora.

“(…) Bajo este orden de ideas, interesa destacar que aún y cuando las labores a realizar de forma extraordinaria por parte de funcionarios de una misma entidad refieran a uno de los casos de excepción como lo son el desempeñarse como músicos en la Orquesta Sinfónica Nacional o en bandas de la Administración Pública o como docentes en instituciones de educación superior, igualmente se debe contar con la autorización por parte de este órgano contralor, claro está, cuando dicha contratación no esté concebida como una de servicios profesionales a regirse por la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento (…)”.

(Oficio N° 4349 (DAGJ-965) del 19 de julio de 2005)

El pago de disponibilidad no puede catalogarse como “trabajo extraordinario”.

“(…) la disponibilidad es una obligación generalmente de naturaleza contractual y de derecho público, a cambio del pago de un monto o porcentaje salarial que perciben quienes están sujetos a la misma, a fin de que éstos se encuentren localizables y disponibles fuera de su jornada ordinaria, para trasladarse si así les es requerido a prestar sus servicios en la atención de alguna emergencia o situación imprevisible que demande asegurar la continuidad del servicio público (artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública), independientemente

del momento en que ello sea necesario (días y horas inhábiles, feriados, fines de semana, etc), lo cual es asumido por los funcionarios como un deber adicional propio de su relación de servicio, el cual integra el débito funcional al que resultan compelidos, y por el que, tal y como de señaló, son debidamente remunerados con una suma o porcentaje adicional a la remuneración que ordinariamente perciben. / A diferencia de lo anterior, la realización de un trabajo extraordinario según los términos del párrafo segundo del artículo 17 de la Ley N° 8422, implica estar frente no a una obligación regular ni de origen contractual que forma parte de la relación de servicio de una persona, sino a una situación temporal que se presenta fuera de la jornada laboral ordinaria, y que conduce a la atención de una necesidad que responde a una situación o coyuntura perfectamente programable y por lo mismo previsible, que además es evidentemente ajena y de carácter excepcional respecto de las labores que con una vocación de continuidad, permanencia y regularidad deben ser atendidas por esa persona, por la que se percibe como se indicó supra una remuneración diversa a la que ordinariamente es acreedor por el desempeño de su cargo (...)."

(Oficio N° 362 (DAGJ-83) del 12 de enero de 2005)

El Convenio entre el Instituto Nacional de Aprendizaje y las Juntas Administrativas, se ajusta en términos generales al supuesto del trabajo extraordinario.

"(...) esta Contraloría General es del criterio que lo dispuesto por la definición de trabajo extraordinario con relación a que dichas labores se presten "*a favor de la misma entidad u órgano para el que regularmente presta sus servicios*" debe interpretarse de forma extensiva, a fin de incluir no sólo a la entidad como tal, sino también a todos aquellos órganos adscritos a la misma, o como en este caso, relacionados instrumentalmente con ésta. (...) Bajo este orden de ideas, consideramos que una interpretación contraria afectaría la debida satisfacción del interés público, pues en casos como el de marras, resulta razonable y justificado el interés de contratar a los propios profesores del MEP para llevar a cabo dicho proyecto de interés comunal, por lo que a pesar de que la contratación y la consecuente obligación de pago por la prestación de esos servicios temporales y excepcionales no estarían siendo asumidas directamente por dicho Ministerio, lo cierto del caso es que por la naturaleza de las funciones que las Juntas Administrativas asumen dentro del proceso de enseñanza y aprendizaje que se imparte en las instituciones educativas oficiales del MEP, desde nuestro punto de vista, dicha circunstancia se ajusta a los supuestos contemplados por el numeral 17 párrafo segundo (...)."

(Oficio N° 6740 (DAGJ-1538) del 10 de junio 2005)

La realización de exámenes por suficiencia puede catalogarse como trabajo extraordinario.

"(...) en la especie, nos encontramos frente a la realización de una actividad que según se indica, es esporádica, y no forma parte de las obligaciones ordinarias de un académico, pues los exámenes por suficiencia, técnica y académicamente, no pueden estar comprendidos dentro de la carga académica de los profesores. Asimismo, se establece que las labores de aplicación y evaluación de exámenes por suficiencia, se efectúan únicamente cuando existan solicitudes de estudiantes para su realización dentro del período establecido al efecto, y éstas se limitan únicamente al período de tiempo específico que se invierte en la ejecución y calificación de las pruebas, por lo que una vez entregado el informe de calificaciones, se tiene por finalizada dicha labor. De tal manera, que se estaría cumpliendo con los requisitos que deben contemplarse para considerar que estamos frente a un caso de trabajo extraordinario, en lo relativo a la excepcionalidad y temporalidad de dichas tareas. (...) Adicionalmente, se señala que dichos trabajos se realizan fuera de la jornada ordinaria, y además se indica que son llevados a cabo a favor de la misma entidad para la cual los respectivos funcionarios públicos prestan habitualmente sus servicios, es decir, para la propia Universidad Nacional. (...) no obstante ello se hace bajo el entendido de que las labores inherentes a la realización de tales exámenes por suficiencia se llevarán a cabo fuera de su jornada ordinaria, y de forma temporal, sin vocación de continuidad, permanencia y regularidad, y recibiendo por ello el pago de un salario por parte de la Universidad Nacional (...)."

(Oficio N° 503 (DAGJ-96) del 10 de enero de 2006)

De cara a calificar un supuesto como “trabajo extraordinario”, las disposiciones de la Ley prevalecen respecto a normativa reglamentaria interna atinente al tema.

“(…) Ahora bien, de cara a la presente consulta, tendríamos que analizar si la situación descrita en su oficio, respecto a las actividades académicas y de administración a que se refieren las Normas para la Asignación de complementos salariales a funcionarios universitarios con fondos extrauniversitarios, quedaría comprendida o no dentro de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 17 de marras, en el cual se regula lo referente a la realización de trabajos extraordinarios que no puedan calificarse como horas extras, en cuyo caso se establece la necesidad de contar con la autorización previa por parte de este órgano contralor para poder pagar o remunerar dichos trabajos. (...) Por lo tanto, el escenario descrito en su misiva podría ajustarse al concepto de trabajo extraordinario, pues se trata de la atención temporal, excepcional y fuera de la jornada ordinaria, de actividades supuestamente diversas a las labores usualmente desempeñadas por los servidores respectivos en sus funciones ordinarias, y a favor de la misma entidad para la cual prestan regularmente sus servicios, por lo que, visto que se trata de una situación susceptible de ser calificada como trabajo extraordinario, prevalecerá lo dispuesto por la Ley No. 8422 frente a la normativa reglamentaria interna de dicha Universidad, de forma tal que, ante dichos supuestos, deberá solicitarse previamente la autorización de esta Contraloría General y en el eventual caso de concederse la misma, procedería retribuir a dichos funcionarios no mediante el pago de un sobresueldo, sino mediante un pago salarial diverso y ajeno al que se recibe por las funciones ordinarias (...)”.

(Oficio N° 708 (DAGJ-115) del 16 de enero 2006)

Las guardias médicas no califican como trabajo extraordinario.

“(…) en el caso de las guardias médicas, estamos ante una materia que está sometida a reglas de organización interna a nivel de los hospitales de la CCSS, en donde la propia institución le ha venido dando un tratamiento diverso a las horas extra. Así, estamos frente a un supuesto muy particular y muy propio de la dinámica que involucra la atención de pacientes en hospitales, en donde, como parte de la normalidad en la prestación de dichos servicios, se requiere que los médicos también se desempeñen en guardias, adicionalmente al cumplimiento de las funciones comunes de su puesto. (...) En consecuencia, las guardias médicas no califican como trabajo de carácter extraordinario en los términos de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, y por ende, se trata de labores normales que la CCSS puede manejar internamente a nivel administrativo sin que deba pedirse autorización alguna a esta Contraloría General para disponer su asignación y correspondiente pago (...)”.

(Oficio N° 4844 (DAGJ-1088) del 29 de abril de 2005)

ASESOR O CONSULTOR

La finalidad de la restricción se enfoca en evitar el surgimiento de conflictos de interés.

“(…) de las prohibiciones que contempla el artículo 17, se destaca la extensiva a todos y cada uno de los funcionarios públicos que disfruten de un permiso sin goce de salario, para desempeñarse como asesores o consultores de órganos, instituciones o entidades nacionales o extranjeras, que se vinculen directamente, sea por relación jerárquica, desconcentración, o convenio aprobado al efecto, con el órgano o la entidad en la cual ejercen su cargo, lo cual pretende evitar el surgimiento potencial de conflictos de interés que puedan poner en entredicho o bien comprometer el deber de imparcialidad, transparencia y objetividad del funcionario (...)”.

(Oficio N° 14711 (DAGJ-1686) del 18 de octubre de 2006)

El supuesto del “convenio aprobado al efecto”.

“(…) entendemos que se trata de la hipótesis en que dos instituciones suscriben un convenio para desarrollar algún proyecto especial o alcanzar algún objetivo institucional de forma conjunta. Así, el funcionario tendría un impedimento para acceder a un permiso sin goce de salario en una de ellas y pasar a laborar como asesor de la otra. No obstante, estimamos que esta causal merece una precisión, y es que, dentro del espíritu de la norma, a juicio de este Despacho esa contratación en condición de asesor o consultor tendría que relacionarse con la ejecución de los términos del convenio, es decir, en labores atinentes a los objetivos plasmados en el acuerdo que liga a ambas instituciones, y además, tratarse de un convenio que está en vigencia al momento del traslado de ese funcionario. Lo anterior, por cuanto sin esos límites que impone la integración de todos los elementos contenidos en la norma, la disposición se tornaría excesivamente restrictiva, tomando en cuenta que las diversas instituciones del Sector Público pueden realizar múltiples convenios interadministrativos, lo cual se vendría a constituir en una barrera infranqueable para un traslado de cualquier funcionario de una institución a otra, en una situación que no entraña ningún conflicto de interés y no afecta en modo alguno el deber de imparcialidad, de tal suerte que lo razonable es que la restricción contenida en la norma esté directamente vinculada a los términos del respectivo convenio (…).”

(Oficio N° 8626 (DAGJ-2058) del 19 de julio de 2005)

Debe estarse frente a labores de asesoría o consultoría propiamente y no de dirección o ejecución.

“(…) No debe perderse de vista, que estamos frente a normas de un evidente carácter restrictivo, de lo cual se deriva como lógica y primera consecuencia, que tanto su interpretación como aplicación, deben darse en términos igualmente restrictivos, de manera tal que si las tareas y labores que se tratan, no corresponden ni pueden ser asimiladas a la asesoría ni a la consultoría, sino a una verdadera dirección y consecuente ejecución del programa respectivo, a juicio de este Despacho no se configuraría el supuesto previsto en los artículos 17 de la Ley N° 8422 y 35 del Reglamento Ejecutivo, normas que por ende no resultarían aplicables y menos transgredidas. (...) Así las cosas, y siempre que en los términos antes apuntados, se acredite que las labores y tareas asociadas a la dirección del programa de colaboración o asistencia en materias afines a la función judicial, no coincidan ni puedan ser tenidas ni asimiladas a una asesoría o consultoría, pareciera que no podría entenderse aplicable y por ende tampoco lesionado o transgredido lo dispuesto en los artículos 17 de Ley N° 8422 y 35 de su Reglamento Ejecutivo. (...)”

(Oficio N° 956 (DAGJ-126) del 20 de enero 2006)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 2783 (DAGJ-580) del 8 de marzo de 2005)

Valoración interna de una solicitud de permiso sin goce de salario para fungir como asesor o consultor.

“(…) Así las cosas, existe en nuestro ordenamiento jurídico, una norma legal que impide a un servidor público durante el disfrute de un permiso sin goce de salario, pasar a fungir como asesor o consultor de órganos, instituciones o entidades –sean nacionales o extranjeras-, que se vinculen por relación jerárquica, desconcentración o por un convenio aprobado al efecto, con el órgano o la entidad para el cual ejerce su cargo regularmente, de ahí que frente a la eventual presentación de un permiso de este tipo, la Administración debe determinar si entre la Caja Costarricense de Seguros Social y la entidad organizadora, existe o no alguno de los vínculos regulados por la norma, en cuyo caso existiría un impedimento legal para la contratación y ulterior prestación de los servicios a los que se viene haciendo referencia (...)”

(Oficio N° 14321 (DAGJ-3345) del 7 de noviembre de 2005)

Sujetos obligados a solicitar la autorización para la integración de órganos colegiados. El caso de los funcionarios públicos.

“(…) Si bien, pareciera que la letra de la ley únicamente apunta como necesaria la autorización de esta Contraloría General en aquellos casos que se refieran a miembros de órganos colegiados que no sean funcionarios públicos, consideramos que ello obedece a un problema de técnica de redacción, pues no resultaría acorde con los propósitos perseguidos por dicho precepto legal, el dejar abierta la posibilidad de que los funcionarios públicos puedan participar en forma ilimitada en cualquier órgano colegiado. (...) si el legislador consideró que un sujeto privado no podría integrar más de tres órganos colegiados, a menos que se acreditaran ante esta Contraloría General las suficientes razones de interés público que ameritaran su designación en uno o más órganos colegiados adicionales, pareciera que ello con mucho más razón debería darse, en el caso de que se tratara de una persona cuya responsabilidad con el sector público fuera incluso más allá de la participación en tres órganos colegiados, al ocupar un cargo público regular remunerado salarialmente. Así, en dicho caso, a nuestro juicio, existe, si se quiere, incluso un mayor grado de riesgo en incurrir en superposición horaria, pues se trata de una persona que se encuentra sujeta a una jornada laboral y que además participa en tres de dichos órganos colegiados y, adicionalmente, desea formar parte de otro u otros órganos de igual naturaleza. En este sentido, con el control previo que efectuaría esta Contraloría General mediante la tramitación de las respectivas autorizaciones en el caso de funcionarios públicos que además de su cargo regular, y de su participación en tres órganos colegiados, tuvieran interés en participar en otro órgano colegiado, participaciones éstas que no fueran ex-officio, se lograría verificar no sólo que efectivamente existiesen razones de interés público para ello, sino además si dicho funcionario estaría en capacidad real y material de asumir todas esas responsabilidades de forma oportuna y eficiente, y si con ello no se estaría poniendo en riesgo la normal y efectiva prestación del servicio público respectivo.

(…) Así las cosas, sí es posible jurídicamente, que una misma persona participe como miembro en más de una junta directiva u órgano colegiado y devengue las respectivas dietas, siempre y cuando no exista superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones o entre las distintas sesiones. Ahora bien, incluso en el caso de que se tratara de un funcionario público que desempeña un cargo regular, deberá contar con la autorización de esta Contraloría General para poder participar en más de tres órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes o empresas de la Administración Pública, ello claro está, siempre y cuando no se trate de designaciones efectuadas de pleno derecho en virtud del cargo público desempeñado (...).”

(Oficio N° 12234 (DAGJ-2924) del 30 de setiembre de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 2437 (DAGJ-250) del 9 de marzo de 2007)

La autorización contralora es necesaria para integrar el órgano colegiado respectivo y devengar la dieta correspondiente.

“(…) Así las cosas, reiteramos que el simple hecho de dejar de percibir las dietas no implica que dicha persona se encuentre legitimada para integrar más de tres órganos colegiados de esa índole. Por lo que, para poder nombrar a una persona que ya integra tres juntas directivas u órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, se deberá contar previamente con la respectiva autorización de esta Contraloría General, la cual implicará no sólo la venia para que dicha persona integre el respectivo órgano colegiado, sino también para que devengue la dieta correspondiente. En este sentido, cabe recordar que en definitiva dicha norma de carácter preventivo, lo que pretende es prohibir el desempeño simultáneo de cargos públicos, estableciendo que en el caso particular de la participación en juntas directivas u órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes o empresas de la Administración Pública, únicamente es posible integrar tres de dichos órganos, siendo que

para integrar simultáneamente más de tres se requiere de la autorización de esta Contraloría General (...)

(Oficio N° 15915 (DAGJ-3633) del 2 de diciembre de 2005)

PAGO DE DIETAS

Trámite a solicitudes de permiso sin goce de salario para asistir a sesiones de órganos colegiados. Responsabilidades de la Administración concedente.

“(…) es importante hacer énfasis, en el hecho de que la razón de ser de la norma bajo análisis, no se encuentra únicamente en impedir el doble pago –dieta y salario– sino además en evitar que los funcionarios públicos desatiendan indebidamente sus labores deteriorando la correcta y eficiente prestación del servicio público. En este sentido, implícitamente la norma establece que los órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes o empresas de la Administración Pública, de los cuales sean miembros personas que ocupen cargos regulares dentro de la función pública, deberían, en la medida de lo posible, evitar que las sesiones se efectúen dentro de las horas hábiles. Sin embargo, es claro que existirán razones de urgencia, conveniencia u oportunidad que justifiquen que en algunos casos dichas sesiones se celebren dentro de la jornada ordinaria. En consecuencia, la concesión de permisos sin goce de salario para que funcionarios públicos asistan a este tipo de sesiones deberá manejarse con suma reserva, evitando en todo momento que se descuide la efectiva y eficiente prestación del servicio público, quedando ello bajo la exclusiva responsabilidad del jerarca respectivo, el cual deberá motivar adecuada y fundadamente las razones de interés público o institucional que justifiquen el otorgamiento del respectivo permiso (...)

(Oficio N° 11040 (DAGJ-2629) de 6 de setiembre de 2005)

Sobre la improcedencia a que la Administración pague horas extraordinarias en lugar de dietas, pretendiendo con ello evadir la restricción legal dispuesta a quienes ocupen un cargo público remunerado.

“(…) Por otra parte, en lo que respecta a su planteamiento sobre la posibilidad de pagar dichas sesiones como horas extras, como usted bien lo indica éste no resulta procedente. Así, en primer lugar, interesa aclarar y tener presente, que lo que se busca impedir con el precepto legal en comentario es la doble remuneración por parte del Estado, entendido éste en términos generales, por lo que con solo que una persona esté desempeñando un cargo remunerado, cualquiera que sea, siempre y cuando sea dentro de la Administración Pública, se encuentra imposibilitada para recibir otra remuneración adicional, ya sea salarialmente o mediante el pago de dietas (...)

(Oficio N° 3432 (DAGJ-760) del 29 de marzo de 2005)

Reforma legal en materia de dietas. Sobre la vigencia plena de la superposición horaria como límite al pago de dietas.

“(…) Con motivo de la reforma legal antes relacionada, se tiene en primer lugar que el legislador vino a permitir el pago simultáneo de dietas y salario, fijando como único requisito que no haya superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones de los órganos o juntas respectivos, de manera tal que tratándose de personas que ya desempeñen un cargo dentro de la función pública, podrán adicionalmente devengar dietas por su participación en los órganos y juntas directivas antes mencionados, lo anterior siempre que no exista superposición horaria entre las sesiones del órgano o junta y la jornada laboral que deban cumplir en el órgano o ente público para el que prestan sus servicios. En segundo lugar tomando en cuenta que bajo la redacción original de la norma, el sujeto privado que participara en uno de estos órganos colegiados o juntas directivas, al estimarse que por tal razón ya estaba ejerciendo un cargo dentro de la función pública, se encontraba imposibilitado para devengar dietas adicionales en otras juntas u órganos, se viene ahora a establecer que en estos casos, la persona podrá devengar dietas simultáneamente hasta en tres de estos órganos y juntas directivas siempre que

no exista superposición horaria, permitiendo la norma incluso en casos calificados y contando con la autorización previa de la Contraloría General, la pertenencia a más de tres órganos o juntas devengando en consecuencia también las dietas correspondientes. Hasta aquí la reforma legal no presenta a nuestro juicio, ninguna oscuridad en su redacción que genere dudas o inquietudes fundadas en cuanto a la intención del legislador plasmada en el texto positivo, situación que sí se presenta con el segundo de los párrafos adicionales incorporados, respecto del cual si bien queda en clara evidencia el interés del legislador de excluir a los regidores, síndicos y miembros de concejos de distrito o de los concejos municipales de distrito, de la restricción para devengar dietas, al cotejar lo dispuesto en este párrafo con la reforma también operada al primer párrafo de la norma, se advierte que el legislador terminó por introducir un verdadero contrasentido en el numeral de mérito. Este contrasentido consiste, en que si los regidores municipales o síndicos propietarios y suplentes, y los miembros propietarios y suplentes de los concejos de distrito o de los concejos municipales de distrito, no se encuentran entonces vinculados por la restricción legal contenida en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Ley N° 8422, éstos podrían recibir dietas como miembros de varios órganos colegiados y juntas directivas antes mencionados, aún en el evento en que exista superposición horaria entre las sesiones de tales órganos y entidades.

Cabe mencionar que esta situación tendría el agravante adicional, de que en caso que las personas que ocupan uno de los cargos referenciados en párrafo sexto del artículo 17, además desempeñen un cargo en un ente u órgano de la Administración Pública, pues al no estar alcanzados por la restricción contenida en el párrafo cuarto de la norma, se podría estar autorizando –cuando no estimulando- el irrespeto a la jornada laboral en tales órganos y entes, toda vez que bajo este supuesto las dietas o la remuneración conjunta de dietas y salario, se podría percibir aunque existiera una superposición horaria entre dicha jornada y las sesiones de junta u órgano colegiado.

Lo anterior por lo demás, sería a nuestro juicio contrario a la condición que viene a establecer la norma luego de la reforma operada, cual es evitar la superposición horaria, que no solo se viene a consagrar de manera positiva en el párrafo cuarto del numeral de cita sino también en su párrafo quinto, reiterando el interés de evitar dicha superposición y por ende el que las tareas, labores y responsabilidades públicas, se descuiden o se atiendan de forma indebida o de manera ineficiente, siendo este requerimiento de *eficiencia* uno de los principios que inspiran la prestación de los servicios públicos de conformidad con el artículo 4° de la Ley General de la Administración Pública (Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978). (...) A mayor abundamiento, conviene mencionar que ya este Despacho ha emitido criterio en torno a la existencia de la superposición horaria como una regla de carácter general, cuya aplicación no requiere de una consagración normativa expresa, así como en cuanto al deber de atención de las tareas, labores, funciones y responsabilidades públicas que no puede ser desatendido por servidores que se desempeñen en un cargo público y a su vez en juntas directivas u órganos colegiados (...) Así las cosas, y a fin de evitar que la aplicación de la disposición contenida en el párrafo sexto del artículo 17 de la Ley N° 8422, conduzca por su aplicación literal a una desatención de las labores públicas y el fin público asignado a determinados entes y órganos públicos, del cual los servidores públicos somos los encargados de su atención eficiente e idónea, si bien las personas que ocupan uno de los cargos referenciados en el párrafo sexto, no encuentran ninguna restricción para devengar dietas adicionales a las que ya perciben por su pertenencia a un órgano colegiado o junta directiva perteneciente a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, sumadas a la remuneración salarial que además pudieran ya recibir en la medida que desempeñen un cargo público, tienen como impedimento y límite infranqueable la no existencia de *superposición horaria* entre los cargos y puestos que se trate (...)."

(Oficio N° 7633 (DAGJ-1753) del 28 de junio de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 7874 (DAGJ-1812) del 30 de junio de 2005 y N° 9728 (DAGJ-2333) del 12 de agosto de 2005)

Improcedencia de un eventual pago retroactivo de dietas con motivo de la reforma legal.

“(…) en cuanto al momento a partir del cuál resulta aplicable esta disposición, dando respuesta a la segunda de las interrogantes formuladas, debe advertirse que la Ley N° 8445 establece de manera clara y precisa que ésta -y consecuentemente las disposiciones en ellas contenidas-

rige a partir de su publicación, acaecida el 24 de mayo de 2005, lo cual a nuestro juicio lleva a descartar la posibilidad de realizar un pago retroactivo de dietas, a favor de las personas que al amparo del artículo 17 de la Ley N° 8422 en su redacción original, no han venido devengando dietas por su desempeño en juntas directivas u órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública (...)."

(Oficio N° 6726 (DAGJ-1533) del 10 de junio de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Los trabajos extraordinarios pactados con anterioridad a la Ley mantienen su vigencia y no requieren de la autorización de la Contraloría General de la República.

"(...) considera este Órgano Asesor que aquellos contratos temporales, y sin vocación de continuidad, suscritos antes de la entrada en vigencia de la ley n.º 8422 entre un funcionario y un órgano o un ente público para la realización de un trabajo extraordinario, no requieren de la "aprobación previa" de la Contraloría General de la República para ser ejecutados hasta la expiración del plazo pactado. Interpretar lo contrario sería dar efectos retroactivos en perjuicio de las partes a un requisito no previsto en el ordenamiento jurídico al momento de la suscripción del contrato respectivo. / (...) considera este Órgano Asesor que el requisito de obtener "aprobación previa" de la Contraloría General de la República para la realización de trabajos extraordinarios no aplica para aquellos funcionarios que tuviesen un contrato temporal suscrito para ese fin con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley n.º 8422. De toda suerte, sobre este último aspecto, por tratarse de materia de contratación administrativa, la Administración debe estarse a lo que disponga la Contraloría General de la República (...)."

(Dictamen N° C-304-2005 del 22 de agosto de 2005)

El desempeño simultáneo de cargos públicos con superposición horaria es un enriquecimiento sin causa.

"(...) A mayor abundamiento, debe tenerse presente que la superposición horaria en el desempeño de dos cargos públicos conllevaría además un enriquecimiento sin causa, pues para uno de los puestos el funcionario estaría laborando un tiempo menor al que se le ha remunerado efectivamente.

Por las razones indicadas, la reforma legal operada respecto del numeral 17 de la Ley N° 8422, si bien vino a flexibilizar el régimen con respecto a la norma original, en tanto permite al funcionario público recibir dietas adicionalmente al salario, sigue manteniendo la regla de principio relativa a la no superposición horaria en el desempeño de los distintos cargos (...)."

(Dictamen N° C-349-2005 del 10 de octubre de 2005)

(En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-138-2006 del 4 de abril de 2006 y N° C-193-2006 del 17 de mayo de 2006)

Los funcionarios que con anterioridad a la Ley desempeñaban de manera simultánea dos cargos remunerados salarialmente, pueden seguir percibiendo ambos salarios hasta que termine la vigencia del nombramiento.

"(...) No obstante, nótese que la norma señala claramente que la situación consolidada merecedora de la protección que brinda la norma se refiere exclusivamente al supuesto de que los dos cargos desempeñados sean remunerados salarialmente, supuesto en el cual además se configuran las otras condiciones establecidas por la norma, es decir, que se trate de un nombramiento en propiedad o por un plazo indefinido, condiciones que resultan ajenas a los puestos directivos.

Lo anterior resulta plenamente razonable atendiendo al hecho de que, por naturaleza, el salario que la persona percibe por su relación laboral constituye el medio de sustento propio y de su familia, de ahí que en esta materia existan una serie de principios que protegen de forma especial los derechos del trabajador, que se encuentra en una posición de subordinación, sujeto

a una determinada jornada y desempeñando labores de forma continua, es decir, su trabajo constituye su único o principal medio de vida (...)”.

(Dictamen N° C-349-2005 del 10 de octubre de 2005)

El órgano competente para señalar cuáles son los parámetros para el cálculo de las dietas es la Contraloría General.

“(…) Al respecto debemos indicar que el órgano competente para asesorar en esta materia al Banco y para fiscalizar sus decisiones, es la Contraloría General de la República, en razón de las competencias otorgadas tanto legal como constitucionalmente en lo relativo a la vigilancia y control de los fondos públicos (...)”.

(Dictamen N° C-437-2005 del 20 de diciembre de 2005)

Los funcionarios públicos pueden participar hasta en tres juntas directivas u órganos colegiados.

“(…) que los miembros de la Junta Directiva Nacional del Banco Popular, que a su vez sean miembros de las Junta Directivas de las sociedades anónimas propiedad del Banco, sí pueden percibir dietas por su participación en esos órganos, siempre que el número de órganos que integren, ya sea del Banco, de sus sociedades anónimas, o de cualquier otro órgano o ente público, no sumen más de tres. Para integrar cuatro o más órganos colegiados con derecho a percepción de dietas, debe solicitarse autorización a la Contraloría General de la República (...)”.

(Dictamen N° C-437-2005 del 20 de diciembre de 2005 aclarado mediante el N° C-048-2006 del 9 de febrero de 2006)

Los músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional o de las bandas nacionales, por las características de su profesión, pueden desempeñar cualquier otro puesto en la Administración.

“(…) si un funcionario se desempeña como músico en alguna de las bandas nacionales o en la Orquesta Sinfónica Nacional, esa condición *per se* le autoriza para ser nombrado en otro puesto dentro del Sector Público, independientemente de que sea en el Ministerio de Educación Pública o en cualquier otra entidad. Lo anterior, por cuanto esa causal de excepción no está supeditada al cumplimiento de ninguna otra condición, de conformidad con lo establecido en la norma.

En otras palabras, si un funcionario se desempeña como músico, está legalmente habilitado para ocupar simultáneamente otro puesto, cualquiera que éste sea, de ahí que si se trata del ejercicio de la docencia puede ser a nivel de educación superior o bien en la primaria o secundaria, en una plaza del Ministerio de Educación Pública. Antes bien, por la naturaleza del puesto, las características especiales de su jornada y la forma en que usualmente este gremio desarrolla sus actividades, lo usual es que los músicos complementen su desempeño en el campo artístico justamente con labores docentes, incluyendo desde luego los puestos en el Ministerio de Educación Pública (...)”.

(Dictamen N° C-196-2006 del 17 de mayo de 2006)

Los funcionarios (sin ser músicos) que desempeñan la docencia -además del puesto en la Administración- deben hacerlo únicamente para centros de enseñanza superior universitaria o parauniversitaria.

“(…) En consecuencia, el caso de la docencia en instituciones de educación superior es otro supuesto distinto e independiente, que cabe analizarlo como tal cuando un funcionario ocupa otro cargo además del ejercicio de la docencia. Es decir, si el funcionario ocupa dentro de la Administración Pública cualquier otro puesto –que no es de músico– y pretende ser nombrado como docente, es ahí donde cabe aplicar la restricción de la norma en el sentido de que necesariamente tiene que tratarse de un nombramiento en una institución de educación

superior. Tal es el correcto sentido que cabe dar a la norma en su aplicación práctica, y no incurriendo en la confusión que hace el criterio legal aportado a la consulta (...).”
(Dictamen N° C-196-2006 del 17 de mayo de 2006)

Los funcionarios sujetos a un contrato de dedicación exclusiva no pueden desempeñar ningún otro puesto dentro de la Administración.

“(…) tratándose de un funcionario que se encuentra ligado por un contrato de dedicación exclusiva, por las razones ya explicadas, no podría asumir ningún otro puesto dentro de la Administración Pública, aún cuando pretendiera ampararse a una norma general que establezca excepciones al impedimento para desempeñar simultáneamente más de un cargo público (...).”
(Dictamen N° C-196-2006 del 17 de mayo de 2006)

Los funcionarios que están cubiertos por el régimen de prohibición podrían desempeñar otro puesto en tanto no sea ejerciendo su profesión y sea bajo alguno de los supuestos de excepción del artículo 17.

“(…) En cambio, en el caso de un funcionario cubierto por el régimen de prohibición, en tanto la limitación impuesta debe ser interpretada con un criterio restrictivo, habría que concluir que si el segundo puesto a ocupar por el funcionario no implica de ningún modo el ejercicio de su profesión respecto de la cual recae la prohibición, sí podría ser nombrado, siempre y cuando pudiera ampararse a alguno de los supuestos de excepción contenidos en el artículo 17 de la Ley N° 8422.

(…) valga hacer la acotación de que en el caso de los funcionarios incluidos en el listado que contiene el artículo 14 de la Ley N° 8422, la limitación incluye todas las profesiones liberales que pueda ostentar el funcionario, aunque no sean requisito para ocupar el respectivo puesto, lo que introduce, para el caso específico de esos funcionarios, una limitación aún más severa que la que pesa sobre los demás servidores, para quienes el régimen de prohibición se limita al ejercicio de la profesión liberal en virtud de la cual ocupan su puesto (...).”
(Dictamen N° C-196-2006 del 17 de mayo de 2006)

Características especiales del régimen para los músicos que laboran para la Administración Pública.

“(…) a la luz del régimen de excepciones recogido en el numeral 17 de la Ley N° 8422, tendría que configurarse un caso en el que un funcionario que ostente una profesión liberal y que esté sometido al régimen de prohibición o dedicación exclusiva sea nombrado simultáneamente como músico por parte de la Administración Pública, supuesto que desde ya se advierte que difícilmente llegaría a configurarse en la práctica, toda vez que habría de tratarse de un caso sui géneris en el que la persona combine sus actividades de músico con el ejercicio formal de una profesión liberal al servicio de la Administración Pública (verbigracia, como abogado, ingeniero, administrador, contador, etc.), cosa poco probable tomando en cuenta que, como ya señalamos líneas atrás, usualmente los músicos combinan, diversifican y desarrollan su arte con labores docentes, y no con otra clase de profesiones.

En todo caso, y habiendo expuesto esa importante consideración, resta por señalar, sin necesidad de ahondar más en el tema, que si ese inusual supuesto llegara a configurarse, el profesional liberal sujeto a un contrato de dedicación exclusiva sí tendría impedimento para ser nombrado como músico, dada la inhabilitación funcional genérica que conllevan las condiciones contractuales. Por su parte, en el caso de que el funcionario estuviera sujeto al régimen de prohibición, en principio no estaría legalmente impedido para ocupar simultáneamente un puesto de músico en la Administración, siempre que las condiciones de los distintos nombramientos se lo permitan sin incurrir en superposición horaria (...).”

(Dictamen N° C-196-2006 del 17 de mayo de 2006)

Las vacaciones no se pueden desnaturalizar para asistir a sesiones y cobrar la dieta correspondiente.

“(…) Bajo ese entendido, estimamos improcedente que, con el fin de evadir esa restricción, se acuda al disfrute de las vacaciones, pretendiendo por esa vía legitimar la asistencia a las sesiones de junta directiva que se celebran durante la jornada laboral.

(…) en armonía con el deber de probidad recogido en el artículo 3° de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el funcionario público está obligado a respetar íntegramente el régimen de empleo público, y parte importante de ello, según quedó explicado, es disfrutar de su período de vacaciones respetando la finalidad que tal instituto posee, sin desnaturalizarlo con el fin de evadir el bloque de legalidad (…)

(Dictamen N° C-271-2006 del 5 de julio de 2006)

No es permitido valerse de la figura de las vacaciones para que el funcionario reciba la dieta por la asistencia a una sesión.

“(…) durante el período de vacaciones el funcionario sigue percibiendo normalmente su salario, aunque se encuentra suspendida de modo temporal su obligación de presentarse a laborar, justamente con la finalidad de que disfrute de un período de descanso efectivo, tal como se explicó ampliamente líneas atrás. (...) En consecuencia, y a partir de una interpretación y aplicación integral de los principios que fluyen de la Ley N° 8422, es criterio de este Despacho que no resulta posible que un funcionario utilice su período de vacaciones para acudir a sesiones de junta directiva o de otros órganos colegiados devengando el pago de las respectivas dietas, tanto porque con ello se produce un fraude de ley a la regla contenida en el numeral 17 de la citada normativa, como por el hecho de que se estaría produciendo una doble remuneración, habida cuenta de que el funcionario que se encuentra en vacaciones continúa recibiendo el pago normal de su salario (...)

(Dictamen N° C-271-2006 del 5 de julio de 2006)

Los funcionarios pueden asistir hasta tres órganos colegiados y recibir la dieta correspondiente. Si supera ese número debe solicitar la autorización a la Contraloría General de la República.

“(…) Así las cosas, si el miembro del Consejo percibe el pago de dietas por su participación en un órgano colegiado de otra institución pública, se aplica la regla contenida en la norma de referencia, en el sentido de que puede devengar el respectivo pago por su participación hasta en tres órganos colegiados, siempre y cuando no exista superposición horaria entre las sesiones de éstos, y en caso de superarse ese número, habrá de gestionarse la autorización de la Contraloría General en tal sentido (...)

(Dictamen N° C-345-2006 del 28 de agosto de 2006)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-366-2006 del 14 de setiembre de 2006)

Puede existir norma especial que impida percibir simultáneamente el pago de dietas y salario, aún cuando las sesiones se realicen fuera de la jornada laboral

“Eso es casualmente lo que sucede en la especie con el Presidente Ejecutivo del INA y los Ministros de Trabajo y de Educación (o sus respectivos viceministros, cuando suplen su ausencia) en tanto miembros de la Junta Directiva del INA, respecto de los cuales existe una ley especial generadora de una restricción particular y especial en lo referente a devengar la dieta correspondiente por asistir a la sesión de junta directiva. // Por lo anterior, resulta de obligada conclusión que si bien desde el punto de vista de la norma general esos miembros de la Junta Directiva del INA no tendrían en principio impedimento legal para percibir la dieta por su asistencia a las sesiones de la junta celebradas fuera de su jornada laboral (bajo las condiciones del artículo 17 de la Ley N° 8422), es lo cierto que en virtud de una norma especial aplicable a ese instituto, se prohíbe expresamente tal posibilidad, de ahí que deben ajustarse necesariamente a ese imperativo legal especial que resulta más riguroso que el régimen general

previsto para el común de los funcionarios públicos. // A mayor abundamiento, como bien lo indica la asesoría legal del INA, la voluntad del legislador en el artículo 8 de la Ley N° 6868 es mucho más clara y precisa, prevaleciendo por sobre la voluntad legislativa genéricamente manifestada en el artículo 17 de la Ley N° 8422. // Por otro lado, el artículo 3 de la Ley sobre el pago de dietas a miembros de las juntas directivas de las instituciones autónomas y semiautónomas señala: (...) Como se advierte, el artículo transcrito está acorde con lo establecido en la Ley Orgánica del INA, en tanto ambas disposiciones imponen una limitación para percibir la dieta correspondiente a los presidentes ejecutivos que forman parte de la junta directiva de la institución, **considerándose que su remuneración salarial como presidentes ejecutivos ya comprende y compensa el ejercicio de sus funciones como miembros de las juntas directivas**, filosofía que igualmente sigue el artículo 8 de la Ley N° 6868 en lo que respecta a los ministros de gobierno (o en su defecto los viceministros) que ocupan en calidad *ex officio* un puesto directivo en el INA.”

(Dictamen N° C-015-2007 del 29 de enero de 2007)

Limitaciones del régimen de dedicación exclusiva.

“(…) si la persona que pretende ocupar un cargo como miembro del Consejo Nacional del Deporte y la Recreación desempeñara también un puesto remunerado salarialmente (por ejemplo, en una universidad pública) en el cual se encuentra ligado por un contrato de dedicación exclusiva, sí tendría impedimento legal para asumir el cargo en el Consejo, toda vez que ello implicaría una infracción a las obligaciones que se derivan de un contrato de esa naturaleza (...)”.

(Dictamen N° C-345-2006 del 28 de agosto de 2006)

El desempeño simultáneo de cargos no es permitido, con excepción de las salvedades que hace la norma y de aquellos funcionarios nombrados antes de la entrada en vigencia de la ley.

“(…) en virtud de la incompatibilidad establecida por el numeral 17 de la Ley N° 8422, es claro que ninguna persona puede ocupar o desempeñar simultáneamente dos o más cargos remunerados salarialmente en la Administración Pública, salvo las excepciones que la misma norma prevé de manera expresa.

Sin embargo, si las personas ya ocupaban dos cargos dentro del Sector Público con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 8422, estamos en presencia de una situación jurídica consolidada que la nueva restricción no puede afectar; esto por el principio constitucional de irretroactividad (art. 34 constitucional)”.

(Dictamen N° C-350-2006 del 30 de agosto de 2006)

La Ley se aplica a la generalidad de funcionarios, pero aquellos que tienen ley especial que regula la misma materia, quedan cubiertos por ésta.

“(…) Aplicando el razonamiento seguido por la Sala Primera en la sentencia arriba transcrita, estaríamos frente a un “*jus comunes*” establecido por el citado artículo 17 en relación con el desempeño simultáneo de cargos públicos, régimen al cual quedan sometidos la generalidad de los funcionarios públicos, incluyendo a los directivos del INVU. Pero en el caso surge el denominado “*jus proprium*”, que separa un determinado grupo -en principio cubierto por esa categoría general- para otorgarle o imponerle ciertas condiciones propias, especiales, diferenciadas, aplicables sólo a dicho grupo. Eso es casualmente lo que sucede en la especie con los miembros de la Junta Directiva del INVU, respecto de los cuales existe una ley especial generadora de una restricción particular y especial en lo referente al desempeño simultáneo de cargos públicos, estableciendo que tales funcionarios no pueden ocupar otro puesto como “miembro, funcionario o empleado administrativo a sueldo fijo o que devengue dietas de los Supremos Poderes o de cualquier otra Institución Autónoma, excluyendo a la Universidad Nacional, con excepción del Ministro de Trabajo y Previsión Social (...)”.

(Dictamen N° C-357-2006 del 7 de setiembre de 2006)

Participación de funcionarios en asociaciones deportivas.

“(…) si un funcionario de ese Instituto puede prestar servicios (pagados o ad-honorem) de arbitraje, entrenador, preparador físico y otros similares a Asociaciones Deportivas o a Comités Cantonales de Deportes, hay que observar de manera general, que al consistir el deporte en sus diversas facetas de acción, un derecho fundamental del hombre, en cuanto se integra dentro del derecho a la salud, educación y cultura, coadyuvando al desarrollo de la personalidad, en principio, no habría ningún problema que funcionarios públicos puedan colaborar educativa y recreativamente, en actividades propiamente deportivas, a cargo de las asociaciones deportivas en nuestro país (…).”

(Dictamen N° C-366-2006 del 14 de setiembre de 2006)

La Administración debe analizar el caso concreto de cada funcionario para comprobar la existencia de desempeño simultáneo de cargos o de una situación de incompatibilidad.

“(…) habría que sopesar por parte de la Administración Activa cada caso concreto, pues de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 17, ningún funcionario público puede desempeñar al mismo tiempo, más de un cargo remunerado salarialmente, en alguno de los órganos y las entidades de la Administración pública. O bien sopesar, si se encontrarían dentro de las excepciones que el mismo ordinal establece claramente, o si se encuentran dentro de las incompatibilidades del numeral 18 ibídem, ampliamente explicado en líneas atrás (…).”

(Dictamen N° C-366-2006 del 14 de setiembre de 2006)

Si al presidente municipal le corresponde asumir el puesto de alcalde por mandato de ley se produciría un desempeño simultáneo de cargos apegado al ordenamiento.

“(…) Así las cosas, nótese que estamos ante un imperativo legal que impone *de jure* al presidente municipal asumir simultáneamente el cargo del Alcalde en caso de que se presente esa excepcional circunstancia en la que ninguno de los dos alcaldes suplentes electos puedan asumir el cargo.

En consecuencia, estaríamos ante un desempeño simultáneo de cargos que emana directamente de una disposición legal, razón por la que dicha situación, por sí misma, se encuentra entonces apegada al ordenamiento. (...) al celebrarse las sesiones del Concejo Municipal, el presidente que ostente como recargo el puesto de Alcalde estaría actuando en esa doble condición, toda vez que le correspondería dirigir la sesión en carácter de presidente, pero a su vez estar cumpliendo, en su condición de Alcalde, con la asistencia a la sesión (…).”

(Opinión Jurídica N° OJ-134-2006 del 22 de setiembre de 2006)

(En igual sentido puede verse la Opinión Jurídica N° OJ-415-2006 del 17 de octubre de 2006)

El desempeñar el puesto de alcalde y de presidente municipal de forma simultánea es incompatible, pero es la solución que prevé la norma para los casos en que no existan alcaldes suplentes.

“(…) Es innegable la clara inconveniencia de que un funcionario reúna simultáneamente la condición de Alcalde y la de Presidente del Concejo Municipal. Ello por cuanto, en sí misma, esa situación entraña serias incompatibilidades, y tiende a quebrantar sensiblemente el principio de separación de poderes. Sin embargo, hasta tanto no se reforme la norma legal de referencia, para en su lugar instaurar otra solución más adecuada, por vía interpretativa no puede autorizarse su desaplicación (…).”

(Opinión Jurídica N° OJ-134-2006 del 22 de setiembre de 2006)

(En igual sentido puede verse la Opinión Jurídica N° OJ-415-2006 del 17 de octubre de 2006)

Cuando al presidente municipal le corresponde asumir el recargo de las funciones de alcalde, sólo puede percibir el pago del salario, por lo que no puede cobrar las dietas.

“(…) Bajo ese entendido, no puede haber una disminución o supresión de las competencias propias del cargo de presidente municipal, sino que a ellas simplemente deben sumársele las funciones del puesto de alcalde. // 3.- En caso de que por imperativo legal al presidente del concejo municipal le corresponda asumir simultáneamente y en forma temporal el puesto de alcalde, como una solución transitoria que prevé el artículo 19 del Código Municipal, el salario de alcalde que ese funcionario percibe durante el período en que asuma el recargo ya comprende la retribución económica por la asistencia a las sesiones, en tanto dicha asistencia constituye parte de las funciones del puesto de Alcalde, por lo que no podría pretenderse “desdoblar” su presencia para también otorgarle el pago de la dieta que perciben los regidores, pues innegablemente se produciría una doble remuneración no autorizada (…)”.

(Dictamen N° OJ-415-2006 del 17 de octubre de 2006)

La prohibición para el desempeño simultáneo de cargos públicos evita que los funcionarios reciban doble remuneración.

“(…) Tal como se advierte, la disposición anterior prohíbe el desempeño simultáneo de dos o más cargos en la Administración Pública, evitando una doble remuneración de tipo salarial en razón del cumplimiento de las funciones por parte de los servidores públicos. Fundamentalmente puede considerarse que se busca con ello evitar que los funcionarios públicos puedan comprometer su dedicación íntegra al cargo que ocupan, así como racionalizar el gasto público evitando que una misma persona acumule varios pagos por concepto de salario, salvo algunos supuesto de excepción que así lo justifiquen (…)”.

(Dictamen N° C-129-2006 del 28 de marzo de 2006)
(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-446-2006 del 8 de noviembre de 2006)

Los funcionarios no pueden laborar medio tiempo en una institución y medio tiempo en otra, pues tal situación violenta el artículo 17.

“(…) Así las cosas, en el caso del supuesto consultado -en el sentido de que el profesional labore medio tiempo para una de las sociedades anónimas del banco y otro medio tiempo para otra sociedad anónima del mismo banco, y que de ambas reciba el correspondiente salario- sin necesidad de ahondar en consideraciones adicionales, es evidente que dicha circunstancia apareja una violación al régimen legal impuesto por el artículo 17 de la Ley N° 8422, que deja clara la imposibilidad de desempeñar dos o más cargos remunerados salarialmente en la Administración Pública, salvo las excepciones que la misma norma prevé, dentro de las cuales no puede ubicarse el caso en cuestión. En consecuencia, en tanto el referido artículo 17 no contempla como un supuesto de excepción el desempeño de dos cargos de medio tiempo entre los cuales no se produzca superposición horaria -aún cuando en el pasado esa posibilidad sí resultaba viable- resulta de obligada conclusión que en la actualidad no resultaría legalmente procedente autorizar dicha situación sin rebasar los límites que expresamente vino a establecer la Ley N° 8422, y que, insistimos, no contempló tal supuesto como una salvedad a la prohibición para ocupar simultáneamente dos cargos públicos remunerados salarialmente (…)”.

(Dictamen N° C-129-2006 del 28 de marzo de 2006)
(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-446-2006 del 8 de noviembre de 2006)

Si el funcionario ocupaba dos puestos de medio tiempo en la Administración antes de la entrada en vigencia de la Ley, se configura una situación jurídica consolidada.

“(…) resulta conveniente aclarar que si la persona ya ocupaba simultáneamente los dos cargos dentro del Sector Público con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 8422, estamos en presencia de una situación jurídica consolidada que la nueva restricción no puede afectar, lo cual se deriva directamente del principio de irretroactividad de las normas consagrado en el artículo 34 de la Constitución Política (…)”.

(Dictamen N° C-129-2006 del 28 de marzo de 2006)

La Ley no puede afectar situaciones consolidadas.

“(…) Así las cosas, según lo ha estimado incluso la Contraloría General de la República, la prohibición del artículo 17 de comentario, no podría afectar la situación consolidada de aquellas personas que al momento de su entrada en vigencia se encontraran desempeñando en propiedad o por un plazo indefinido, dos cargos salarialmente remunerados al amparo de normativa anterior. De igual manera, no podrían afectarse las situaciones consolidadas de aquellas personas que ostenten cargos remunerados salarialmente en forma interina o con sujeción a un plazo determinado, mientras dichos nombramientos se encuentren vigentes. Y no será sino hasta el momento en que cesen dichos nombramientos en que deberá ajustarse a lo dispuesto por el numeral 17 de comentario. Una situación similar puede ocurrir con los permisos o licencias no retribuidas que se concedan a un servidor para que pueda laborar en otra dependencia pública, siempre y cuando no sean órganos, instituciones o entidades, nacionales o extranjeras, que se vinculan directamente, por relación jerárquica, por desconcentración o por convenio aprobado al efecto, con el órgano o la entidad para el cual ejerce su cargo (art. 17, párrafo tercero de la Ley N° 8422)”.

(Dictamen N° C-446-2006 del 8 de noviembre de 2006)

Se puede solicitar un permiso sin goce de salario para ir a ocupar otra plaza dentro de la Administración, siempre que no se trate de alguno de los supuestos prohibidos por el artículo 17.

“(…) Ahora bien, indudablemente las Administraciones Públicas pueden conceder u otorgar legítimamente permisos o licencias, retribuidas o no, a sus servidores para que puedan laborar en otra dependencia pública –salvo excepciones específicas como la comentada del artículo 32 del Código Municipal–, siempre y cuando no sean órganos, instituciones o entidades, nacionales o extranjeras, que se vinculan directamente, por relación jerárquica, por desconcentración o por convenio aprobado al efecto, con el órgano o la entidad para el cual ejerce su cargo (art. 17, párrafo tercero de la Ley N° 8422).

Y no creemos que cuando haya de por medio un permiso o licencia sin goce de salario legítimamente otorgado, exista una incompatibilidad de ocupar un segundo puesto de trabajo remunerado en la Administración, ni que, por ende, los servidores deban renunciar a su cargo en propiedad cuando se presenta esa situación (…)”.

(Dictamen N° C-446-2006 del 8 de noviembre de 2006)

Los permisos sin goce de salario suspenden la relación laboral, por lo que no se configura un desempeño simultáneo de cargos.

“(…) en otra oportunidad hemos admitido que el otorgamiento de un permiso sin goce de salario, suspende la obligación del funcionario de prestar los servicios y a su vez deja de recibir ordinariamente su salario; situación que propicia legalmente el desempeño de otro cargo público, que incluso es una de las causales previstas en la normativa estatutaria del Servicio Civil (aparte c.5 del citado artículo 33), que faculta este tipo de licencias por un plazo de cuatro años, prorrogable hasta por un período igual. Incluso aceptamos que aun cuando el permiso no fuera concedido invocando esta causal específica, el servidor público que se separa temporalmente de su puesto por varios meses o años, y sin retribución salarial, igualmente está facultado para desarrollar otras actividades laborales o profesionales, pues no está desempeñando simultáneamente ambos cargos, ni incurriendo en superposición horaria, ya que durante ese lapso el servidor está separado de la institución en la que ostenta su plaza (…)”.

(Dictamen N° C-446-2006 del 8 de noviembre de 2006)

El artículo 17 pretende sancionar la doble remuneración con fondos públicos en el desempeño simultáneo de puestos.

“(…) El artículo 17 de esta Ley prohíbe el desempeño simultáneo de cargos públicos, en el tanto dichos cargos sean remunerados. Está comprendido dentro de la prohibición el supuesto de

una remuneración mediante dietas. Pareciera que más que un posible conflicto de intereses o bien, el problema de la disponibilidad laboral, el interés del legislador es sancionar la posibilidad de recibir varias remuneraciones con fondos públicos por el desempeño de más de un cargo, salvo que se trate de la docencia en entidades de educación superior y los músicos que pertenezca a la Administración Pública y las personas que participen en la atención de emergencias. Ergo, salvo la excepción indicada, el desempeño en dos cargos obliga a que uno de ellos sea prestado sin remuneración. A diferencia de la situación hasta entonces existente se prohíbe la acumulación de salario y dieta o de una doble dieta, con lo cual se patentiza el interés del legislador de que el funcionario reciba una única remuneración por el desempeño en la función pública (...)"

(Dictamen N° C-020-2005 del 18 de enero de 2005)

Los funcionarios que obtuvieron un permiso sin goce de salario antes de la entrada en vigencia de la Ley no pueden verse afectados por la limitación que al respecto establece el artículo 17.

"(...) Los permisos sin goce de salario concedidos antes de la vigencia de la Ley 8422, sea el 29 de octubre del 2004, cuyo beneficiario se encuentre dentro de los supuestos del párrafo tercero del artículo 17 de la Ley 8422, no pueden ser afectados por la entrada en vigencia de dicha normativa. No obstante, una vez vencido el plazo del permiso, el funcionario no podrá continuar desempeñado sus labores de asesoría o consultoría, en el caso de que solicite una prórroga a la Administración, pues, a partir de ese momento, sí lo afecta el párrafo tercer del numeral 17 de la Ley N.º 8422 (...)"

(Dictamen N° C-167-2005 del 6 de mayo de 2005)

Un funcionario que se desempeña *ad honorem* sí puede recibir el pago de viáticos.

"(...) Habiendo realizado las consideraciones anteriores, procedemos analizar el supuesto de consulta, sea la posibilidad de que miembros de la Junta Directiva, que ejercen su función sin recibir remuneración por la prohibición de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, reciban el pago de viáticos. Atendiendo a la naturaleza jurídica de los viáticos es posible afirmar que no existe prohibición para que, en ese supuesto, se perciban los viáticos, siempre y cuando, el funcionario se encuentre dentro de los supuestos que la normativa establece, esto es, que se trate de un funcionario público, que se desplace fuera del lugar habitual de trabajo para cumplir con funciones propias de su cargo (...)"

(Dictamen N° C-167-2005 del 6 de mayo de 2005)

Los médicos que trabajan para la Administración pueden ejercer la docencia universitaria.

"(...) Con base en lo establecido en leyes y normas especiales, el ejercicio de la docencia universitaria a tiempo parcial en materias relacionadas con las Ciencias Médicas no crea incompatibilidad de ninguna naturaleza con el desempeño de cargos en la Administración Pública, siempre que no se perjudique la prestación de los servicios o el fin público que se debe satisfacer (...)"

(Dictamen N° C-316-2005 del 5 de setiembre de 2005)

Prestación de servicios de consultoría y asesoría durante permisos sin goce de salario.

"(...) el artículo 17 de la ley n.º 8422 citada lo que regula -como su nombre lo indica- es el "Desempeño simultáneo de cargos públicos", por lo que es posible presumir que la restricción prevista en su párrafo tercero es aplicable únicamente a los servicios de asesoría o consultoría en instituciones públicas. La presunción aludida se confirma con el estudio de los antecedentes legislativos de la norma. El párrafo tercero del artículo 17 en estudio, no formaba parte del proyecto de ley original, y su inclusión dentro del texto de esa disposición obedeció a una iniciativa del diputado Arce Salas, tendiente a evitar que un funcionario de una institución pública, en virtud de un permiso sin goce de salario, estuviese en posibilidad de prestar sus servicios como asesor o consultor a un órgano de ese mismo ente, o de un ente distinto, ligado al primero por un convenio aprobado al efecto (...)"

(Opinión Jurídica N° 136 del 16 de setiembre de 2005)

Con excepción del Presidente Ejecutivo y Gerente del INVU, los demás miembros de la Junta Directiva pueden realizar trámites ante la Dirección de Urbanismo de la institución, claro está, aplicando el deber de abstención para aquellos casos en que tengan algún interés.

“(…) salvo el caso del Presidente Ejecutivo y el Gerente del INVU, que están inexorablemente sujetos a la prohibición del artículo 14 de la Ley N° 8422, no existe impedimento para que los otros miembros de la Junta Directiva, en razón del ejercicio liberal de sus profesiones como ingenieros y arquitectos, puedan realizar trámites ante la Dirección de Urbanismo de esa institución; esto en el tanto no estén sujetos a otros regímenes de prohibición o de dedicación exclusiva que existen en el Sector Público.

No obstante, debe quedar claro que subsistiría el deber ineludible de abstención de todos los miembros de Junta Directiva, cuando en sesión se conozcan asuntos en alza de la Dirección de Urbanismo en los que ellos tengan interés particular, ya sea por motivos personales o de parentesco, o bien porque han intervenido profesionalmente como asesores (…).”

(Dictamen N° C-030-2006 del 30 de enero de 2006)

SUPERPOSICIÓN HORARIA

Laborar en dos o más puestos a la vez con superposición horaria generaría un enriquecimiento sin causa.

“(…) Debe tenerse presente que la superposición horaria en el desempeño de dos cargos públicos conllevaría además un enriquecimiento sin causa, pues para uno de los puestos el funcionario estaría laborando un tiempo menor al que se le ha remunerado efectivamente (…).”

(Dictamen N° C-015-2007 del 29 de enero de 2007)

Aun cuando la prohibición de incurrir en superposición horaria no estuviera establecida expresamente, esa regla debe respetarse, en razón de que el funcionario debe velar por el interés de la institución a la que sirve.

“(…) Reviste importancia resaltar la exigencia de que no exista superposición horaria, pues se trata de una regla de principio que debe respetarse incluso si no estuviera recogida de modo expreso como lo hace la norma de cita, toda vez que se deriva directamente de las obligaciones que impone el régimen de empleo público. Lo anterior, por cuanto el salario con el cual se retribuye la relación de servicio con el Estado apareja una serie de obligaciones, siendo una de las más importantes el efectivo cumplimiento de las labores del cargo, obligación que no puede atenderse apropiadamente si dentro de la jornada el funcionario se distrae en actividades o funciones ajenas a su puesto, aún cuando se trate de labores para otra institución pública (…).”

(Dictamen N° C-015-2007 del 29 de enero de 2007)

Las dietas por la asistencia a un órgano colegiado o sesión de junta directiva se pueden percibir en tanto no exista superposición horaria.

“(…) Por las razones indicadas, la reforma legal operada respecto del numeral 17 de la Ley N° 8422, si bien vino a flexibilizar el régimen con respecto a la norma original, en tanto permite al funcionario público recibir dietas adicionalmente al salario, sigue manteniendo la condición relativa a la no superposición horaria en el desempeño de los distintos cargos (…).”

(Dictamen N° C-015-2007 del 29 de enero de 2007)

Una misma persona puede percibir hasta tres dietas por la participación en juntas directivas u órganos colegiados, en tanto no exista superposición horaria.

“(…) las personas que no mantienen una relación asalariada con la Administración pueden participar hasta en tres juntas directivas de órganos públicos, con la posibilidad de percibir las dietas correspondientes a cada uno de esos cargos, siempre que no exista superposición horaria entre las sesiones respectivas. Adicionalmente, esa norma prevé la posibilidad de

que por razones de interés público se autorice a una misma persona para integrar más de tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes o empresas de la Administración Pública, siempre que se gestione, de previo, la autorización de la Contraloría General de la República (...)."

(Opinión Jurídica N° OJ-136-2005 del 16 de setiembre de 2005)

Existe prohibición de percibir dos salarios de la Administración. Se puede percibir salario y dieta siempre que no exista superposición horaria.

"(...) De la lectura de los párrafos 1 y 4 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, se colige que una misma persona no puede percibir dos o más salarios de órganos o entes de la Administración Pública, ni salario y dieta, salvo que ésta última se pague por su participación en sesiones que se hayan celebrado fuera de la jornada laboral del funcionario, de manera tal que no exista superposición horaria (...)."

(Dictamen N° C-304-2005 del 22 de agosto de 2005)

El ejercicio de la docencia puede coincidir con el horario de la institución en la que el funcionario desempeña su cargo, pero debe luego completar su jornada.

"(...) Dicho tratamiento resulta razonable en el contexto de la Ley N° 8422, tomando en cuenta que, como dispone su numeral 17, las actividades docentes se consideran merecedoras de un régimen de excepción, lo cual se puede considerar que responde a lo especialmente valioso que resulta que funcionarios públicos calificados para ello, poseedores de una gran experiencia, puedan transmitir sus conocimientos a los estudiantes de los centros de enseñanza de educación superior, de ahí que exista un interés del mismo Estado en abrir tal posibilidad, tomando en cuenta que los centros académicos pueden impartir lecciones en horas que coinciden con el horario de las instituciones públicas (...)."

(Dictamen N° C-349-2005 del 10 de octubre de 2005)

Cabe el pago simultáneo de dietas y salario, siempre que no exista superposición horaria pues lo que pretende es que las labores para las cuales el funcionario fue contratado no sean afectadas.

"(...) la restricción original fue modificada, de tal suerte que en la actualidad sí resulta legalmente procedente que el funcionario pueda percibir simultáneamente su salario y también el pago de dietas por su asistencia a juntas directivas u otros órganos colegiados, pero bajo la estricta condición de que no exista superposición horaria entre su jornada laboral y las sesiones de tales órganos.

Tal condición tiende a evitar que las labores y responsabilidades públicas se descuiden o sean atendidas en una forma indebida o ineficiente, lo cual cobra importancia al tomar en cuenta que justamente la *eficiencia* es uno de los principios que inspiran la prestación de los servicios públicos, de conformidad con el artículo 4° de la Ley General de la Administración Pública (...)."

(Dictamen N° C-349-2005 del 10 de octubre de 2005)

La no existencia de la superposición horaria es un principio que debe ser respetado aun cuando no estuviera establecido de modo expreso.

"(...) Reviste importancia resaltar la exigencia de que no exista superposición horaria, pues se trata de una regla de principio que debe respetarse incluso si no estuviera recogida de modo expreso como lo hace la norma de cita, toda vez que se deriva directamente de las obligaciones que impone el régimen de empleo público. Lo anterior, por cuanto el salario por el cual se retribuye la relación de servicio con el Estado apareja una serie de obligaciones, siendo una de las más importantes el efectivo cumplimiento de las labores del cargo, obligación que no puede atenderse apropiadamente si dentro de la jornada el funcionario se distrae en actividades o funciones ajenas a su puesto, aún cuando se trate de labores para otra institución pública (...)."

(Dictamen N° C-349-2005 del 10 de octubre de 2005)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-138-2006 del 4 de abril de 2006)

La ley permite que un mismo funcionario reciba la dieta correspondiente por la asistencia hasta tres sesiones de junta directiva, en tanto no haya superposición horaria.

“(…) a partir de esa reforma, es legalmente posible que una misma persona ocupe hasta tres puestos directivos en órganos o entes de la Administración Pública, y que perciba las dietas correspondientes a cada puesto(…) Así las cosas, la única condición a la que esa posibilidad está sujeta es que no exista superposición horaria en la celebración de las distintas sesiones, exigencia que puede imponer un cierto límite natural al número de dietas que pueden devengarse, pues existe una imposibilidad de carácter material para desempeñarse ilimitadamente en múltiples órganos colegiados (…)”.

(Dictamen N° C-396-2005 del 15 de noviembre de 2005)

Con la flexibilización del artículo 17 lo que la norma pretende es que el funcionario pueda devengar el salario y la dieta correspondiente por la asistencia a sesiones, siempre que sea después de su jornada ordinaria.

“(…) Nótese que la modificación que sufrió el numeral 17 analizado se aprobó con una intención de flexibilizar la regla, al autorizar la posibilidad de percibir simultáneamente dietas y salario, pero sin soslayar la premisa fundamental de la que parte esa norma, cual es que las actividades adicionales ajenas a su puesto que un funcionario pueda desempeñar se realicen una vez cumplida su jornada, pues a fin de cuentas el objetivo que permea estas disposiciones es que el funcionario no desatienda indebidamente las labores sustantivas de su puesto, pues con ello se deteriora la eficiente y adecuada prestación del servicio público (…)”.

(Dictamen N° C-396-2005 del 15 de noviembre de 2005)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-138-2006 del 4 de abril de 2006)

El funcionario no puede asistir a sesiones de junta directiva o de otros órganos colegiados solicitando para ello un permiso sin goce de salario “por horas”.

“(…) a partir de una interpretación y aplicación integral de los principios que fluyen de la Ley N° 8422, es criterio de este Despacho que no resulta posible que un funcionario utilice un “permiso sin goce de salario” otorgado *por horas* para acudir a sesiones de junta directiva o de otros órganos colegiados dentro de su jornada laboral, pues con ello se produce un fraude de ley a la regla de que esa posibilidad está sujeta estrictamente a que no se produzca superposición horaria entre esa jornada y las sesiones de tales órganos (…)”.

(Dictamen N° C-396-2005 del 15 de noviembre de 2005)

El fiscal puede desempeñar sus funciones regulares y a la vez participar en las sesiones de junta directiva, siempre que no haya superposición horaria.

“(…) aunque el fiscal desempeñe simultáneamente un cargo en la función pública como asalariado y a tiempo completo, también puede participar en las sesiones de la Junta Directiva de esta sociedad anónima y percibir el pago de las correspondientes dietas, bajo condición de que no exista superposición horaria entre su jornada de trabajo y la celebración de las sesiones de ese órgano colegiado. Ahora bien, nótese que esa condición apareja un cierto límite natural al número de dietas que pueden devengarse, pues existe además una imposibilidad de carácter material para desempeñarse ilimitadamente en múltiples órganos colegiados (…)”.

(Dictamen N° C-032-2006 del 30 de enero de 2006)

La no superposición horaria pretende la total dedicación a las labores para cuales el funcionario fue contratado.

“(…) bajo ninguna circunstancia el funcionario puede incurrir en superposición horaria al desempeñar dos puestos distintos, por elementales razones atinentes a las obligaciones que rigen toda relación de servicio público. Nótese que con ello se garantiza que el funcionario no descuide las tareas y responsabilidades de su puesto, sobre todo tomando en cuenta que la eficiencia es uno de los principios que inspiran la prestación de los servicios públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley General de la Administración Pública (Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978)”.

(Dictamen N° C-196-2006 del 17 de mayo de 2006)

Siempre que no haya superposición horaria, es posible percibir dietas y honorarios como secretario de actas del Concejo.

“(…) Ahora bien, al haber entrado en vigencia la reforma al numeral 17 mediante Ley n.° 8445, y al estar en el supuesto de pago de honorarios por servicios profesionales, y no de dietas o salarios, y siempre y cuando no haya superposición horaria, no existe impedimento jurídico para que el secretario del Concejo devengue los honorarios profesionales por el servicio que presta a la FEDEMUR como secretario de actas de su Consejo Directivo.

(…) debemos advertir que nuestra postura en este asunto no significa, de ninguna manera, que estemos avalando que un cargo –como es el de secretario de actas del Consejo Directivo de FEDEMUR–, se desempeñe mediante una relación de servicios profesionales, y no mediante una relación de servicio o por medio del pago de dietas. Este es un aspecto que debe ser precisado por los órganos correspondientes, con base en el manual descriptivo de puestos de la entidad y con fundamento en los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, los cuales, según la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, tienen rango constitucional (…)”.

(Dictamen N° C-239-2006 del 8 de junio de 2006)

Un funcionario no puede asistir a sesiones de juntas directivas devengando dietas mientras está en su período de vacaciones.

“(…) Resulta improcedente otorgarle vacaciones a un funcionario –esté sujeto o no al régimen de prohibición– con la finalidad de que asista a las sesiones de un órgano colegiado de la Administración Pública, no sólo porque en el fondo se produce un doble pago, sino que ello además violenta el principio de legalidad y contraviene la finalidad que posee el instituto de las vacaciones. // 4.- Además, si el funcionario dispone de su período de vacaciones para asistir a sesiones de junta directiva o de otro órgano colegiado, se incurre en una desnaturalización del beneficio de las vacaciones con el fin de evadir la restricción que impone el numeral 17 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, lo cual configura un fraude de ley en los términos del artículo 5° de citada normativa (…)”.

(Dictamen N° C-271-2006 del 5 de julio de 2006)

El Alcalde Municipal sí podría formar parte de la directiva de una institución autónoma y devengar la dieta, mientras ello no interfiera con sus labres y su jornada como Alcalde.

“(…) en principio, el Alcalde Municipal sí podría formar parte de la junta directiva de una institución autónoma y percibir las dietas correspondientes por su participación en ese órgano colegiado, siempre que las respectivas sesiones se lleven a cabo fuera de su jornada de trabajo en el gobierno local. No obstante, dicha circunstancia no podría aparejar en modo alguno el descuido de las múltiples funciones y responsabilidades que exige el puesto de Alcalde.

(…) Sin perjuicio de lo dicho en el aparte anterior, debe tenerse presente que el Alcalde está incluido en el listado de funcionarios sujetos al régimen de prohibición para ejercer liberalmente la profesión que establece el artículo 14 de la ya citada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley N° 8422). (…) Bajo este orden de ideas, y en tanto debemos inclinarnos por una interpretación restrictiva, resultaría de obligada conclusión

que si el segundo puesto –como miembro de junta directiva- a ocupar por el Alcalde no implica de ningún modo el ejercicio de su profesión liberal, sí podría ser nombrado en éste (...).
(Dictamen N° C-272-2006 del 5 de julio de 2006)

En el caso de que el Presidente municipal deba asumir también el cargo de alcalde se produce una superposición horaria *sui generis*, establecida por la propia ley.

“(…) Así las cosas, en este supuesto, aunque de modo *sui generis*, se advierte la configuración de una superposición horaria, toda vez que en un mismo lapso de tiempo el servidor está atendiendo funciones sustantivas de los dos cargos. En consecuencia, tal elemento viene a desautorizar un posible pago de la dieta, dado que ya no estarían presentes las condiciones que para ello exige el ya citado artículo 17 para que proceda ese pago (...).
(Opinión Jurídica N° OJ-134-2006 del 22 de setiembre de 2006)

Los funcionarios administrativos pueden ejercer la docencia en el mismo centro donde trabajan, en tanto no exista superposición horaria.

“(…) Un funcionario administrativo que tiene propiedad a tiempo completo en el Colegio Universitario de Puntarenas puede desempeñarse como docente en ese centro de estudios hasta por un medio tiempo, siempre y cuando no exista superposición horaria (...).
(Dictamen N° C-433-2006 del 26 de noviembre de 2006)

Después de la reforma del artículo 17, es permitida la percepción simultánea de dietas y salario, siempre que no haya superposición horaria.

“(…) Como se advierte, la restricción original fue modificada, de tal suerte que en la actualidad sí resulta legalmente procedente que un funcionario pueda percibir su salario y también el pago de dietas por su asistencia a juntas directivas u otros órganos colegiados, bajo la estricta condición de que no exista superposición horaria entre su jornada laboral y las sesiones de tales órganos (...).
(Opinión Jurídica N° OJ-134-2006 del 22 de setiembre de 2006. En el mismo sentido puede verse el dictamen N° C-015-2007 del 29 de enero de 2007)

DIETAS

Antes de la reforma al artículo 17 los funcionarios no podían percibir las dietas por la participación en juntas directivas u otros órganos colegiados.

“(…) En vista de la amplitud y la contundencia del texto legal que estamos glosando, queda claro que los miembros de una junta directiva de una institución pública, que a su vez son miembros de juntas directivas de empresas que pertenecen a esa entidad, no pueden devengar dietas a causa de su participación en el órgano colegiado de las segundas, ya que, en este caso, estamos en presencia de una doble remuneración (primer supuesto de la norma) y ante una empresa que pertenece a la Administración Pública o, más técnicamente hablando, a un ente de la Administración Pública (segundo supuesto del precepto legal). Desde la óptica del legislador, en el caso de las empresas, basta con que a la empresa se le catalogue de pública para que se deba aplicar el párrafo final del artículo 17 de la Ley n.º 8422. (...) Los miembros de la junta directiva o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes o empresas de la Administración Pública, por el hecho de haber sido nombrados antes de la Ley n.º 8422, no pueden seguir devengando la dieta. En primer término, porque no existe un derecho adquirido a percibir la dieta a causa de las sesiones en las cuales el miembro participará en el futuro (...).
(Dictamen N° C-336-2004 del 17 de noviembre de 2004)

(En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-311-2004 del 1° de noviembre de 2004; N° C-355-2004 del 29 de noviembre de 2004; N° C-360-2004 del 1° de diciembre de 2004; N° C-363-2004 del 3 de diciembre de 2004; N° C-368-2004 del 6 de diciembre de 2004; N° C-369-2004 del 7 de diciembre de 2004; N° C-370-2004 del 9 de diciembre de 2004; N° C-020-2005

del 18 de enero de 2005; N° C-061-2005 del 14 de febrero de 2005; N° C-067-2005 del 15 de febrero de 2005; N° C-152-2005 del 27 de abril de 2005 y la Opinión Jurídica N° OJ-154-2004 del 18 de noviembre de 2004)

Un funcionario puede percibir simultáneamente la dieta por su participación en el órgano colegiado de las municipalidades.

“(…) los funcionarios públicos asalariados del Estado, sus instituciones y empresas públicas no tienen impedimento para percibir dieta en la Corporación Municipal, sea en su carácter de regidor, propietario o suplente, de miembro de un concejo de distrito o de un concejo municipal de distrito. Estamos, pues, en presencia de una norma legal clara y contundente (…)”.

(Dictamen N° C-239-2006 del 8 de junio de 2006)

El salario del Alcalde ya comprende la remuneración por su asistencia a las sesiones del Concejo.

“(…) Así las cosas, el salario de Alcalde que ese funcionario percibe durante el período en que asuma el recargo ya comprende la retribución económica por la asistencia a las sesiones, en tanto dicha asistencia constituye, como vimos, parte de las funciones del puesto de Alcalde.

(…) Es decir, si dada su condición temporal de Alcalde ese funcionario está percibiendo un salario que ya remunera su asistencia a las sesiones, no podría también percibir el pago de la dieta, como si en ese momento estuviera desempeñando únicamente las funciones de Presidente del Concejo, toda vez que no puede desprenderse de su investidura de Alcalde al momento de celebrarse las respectivas sesiones (…)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-134-2006 del 22 de setiembre de 2006)

El Presidente municipal al asumir el puesto de alcalde deja de percibir la dieta que le correspondería como regidor por la asistencia a las sesiones.

“(…) Podría alegarse que el criterio de legalidad aquí desarrollado viene a significar un perjuicio para el funcionario, tomando en cuenta que le ha correspondido asumir la función de Alcalde como una solución meramente transitoria que prevé el ordenamiento para una situación excepcional, y no por su propia voluntad o iniciativa, sino en cumplimiento de una responsabilidad que le viene impuesta, por lo que podría acusarse de irrazonable el “castigarlo” con la pérdida de la dieta que ordinariamente perciben los regidores, que es el cargo para el cual decidió postularse y en el cual fue electo popularmente. Sin embargo, en tanto para esa situación temporal –que, como se verá adelante, además genera serias incompatibilidades en la práctica- el legislador no previó expresamente una excepción que autorice el pago de la dieta, atendiendo a los razonamientos expuestos y con apego al régimen instaurado por la Ley N° 8422, hemos de inclinarnos, según la línea consistente que esta Procuraduría ha sostenido en esta materia, por la improcedencia legal del pago simultáneo del salario -como Alcalde- y la dieta -como regidor- para el funcionario que se encuentre obligado a ejercer simultáneamente ambos cargos por virtud del numeral 19 *in fine* del Código Municipal (…)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-134-2006 del 22 de setiembre de 2006)

Por la generalidad del artículo 17 un funcionario puede percibir de forma simultánea dietas y salario, sin embargo, si el funcionario está bajo el régimen de dedicación exclusiva no puede desempeñar otras funciones diferentes al cargo.

“(…) en términos generales puede afirmarse que un funcionario de la Administración que percibe un salario por su trabajo a su vez podría desempeñarse como regidor en un gobierno local y devengar la dieta correspondiente, en tanto las sesiones del Concejo Municipal se realicen fuera de su jornada de trabajo. Sin embargo, hay que destacar que, según vimos en el aparte anterior, si el funcionario está sujeto al régimen de dedicación exclusiva, dada la naturaleza y alcances de los términos contractuales que supone tal régimen, no puede desempeñar otras funciones ajenas a su cargo (…)”.

(Dictamen N° C-418-2006 del 19 de octubre de 2006)

La percepción simultánea de dietas y pensión no es un supuesto que esté contemplado en la Ley.

“(…) debemos señalar que de una simple lectura de la totalidad de las disposiciones de la Ley N° 8422, se advierte sin dificultad que esa normativa no contiene ninguna regulación sobre el supuesto consultado. Es decir, la percepción simultánea de dietas y una pensión a cargo del Estado ni siquiera constituye una hipótesis que el legislador haya considerado pertinente incluir en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos. Tan es así que un examen de las correspondientes actas legislativas revela que en ningún momento ese tema fue traído a discusión en el proceso legislativo que dio origen a esa Ley (…)”.

(Dictamen N° C-129-2006 del 28 de marzo de 2006)

La posibilidad de percibir simultáneamente dietas y pensión es un supuesto que debe valorarse en cada caso concreto, según la normativa especial del régimen al que pertenezca la persona.

“(…) La percepción simultánea de dietas y pensión con cargo a fondos públicos no es un supuesto fáctico regulado en las disposiciones de la Ley N° 8422. Antes bien, las disposiciones legales que regulan esa materia se ubican en otros cuerpos legales relativos a los diferentes regímenes de pensiones existentes en nuestro medio, de ahí que una respuesta puntual y determinante dependerá de cada caso concreto, según el régimen al cual pertenezca el pensionado y que pueda tener determinada regla sobre el particular (…)”.

(Dictamen N° C-129-2006 del 28 de marzo de 2006)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-298-2006 del 25 de julio de 2006)

El pago de dietas en el caso de las sociedades anónimas constituidas al amparo de la LRMV constituye un supuesto especial.

“(…) De conformidad con el Principio de Legalidad que rige la actuación de la Administración Pública, para acordar el pago de dietas debe existir una norma habilitante con rango de ley que conceda tal remuneración. // Las sociedades anónimas constituidas al amparo del artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores configuran un caso de excepción, habida cuenta de que se trata de sociedades que desempeñan un papel instrumental, con el fin de que los bancos públicos y el INS puedan incursionar en el mercado bajo las mismas reglas que las otras sociedades anónimas propiedad de particulares. Por tratarse de una excepción, su régimen no puede aplicarse a otro tipo de empresas públicas, aunque hayan sido creadas como sociedades anónimas. // En razón de que la citada normativa dispone que estas sociedades serán constituidas de conformidad con las regulaciones del Código de Comercio, su escritura constitutiva puede entenderse como la vía autorizada por ley para contemplar los aspectos relativos a la conformación, atribuciones y remuneración de la Junta Directiva, de ahí que si la escritura establece el pago de dietas podemos entender, en este especial supuesto, un fundamento legal para su pago, siempre y cuando estén satisfechos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, entre ellos la debida inscripción en el Registro Público (…)”.

(Dictamen N° C-396-2005 del 15 de noviembre de 2005)

Artículo 18.—Incompatibilidades.

El Presidente de la República, los vicepresidentes, diputados, magistrados propietarios del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los miembros de junta directiva, los presidentes ejecutivos, los gerentes y subgerentes, los directores y subdirectores ejecutivos, los jefes de proveeduría, los auditores y subauditores internos de la Administración Pública y de las empresas públicas, así como los alcaldes municipales, no podrán ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas; tampoco podrán figurar registralmente como representantes o apoderados

de empresas privadas, ni tampoco participar en su capital accionario, personalmente o por medio de otra persona jurídica, cuando tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas que, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con ella.

La prohibición de ocupar cargos directivos y gerenciales o de poseer la representación legal también registrará en relación con cualquier entidad privada, con fines de lucro o sin ellos, que reciba recursos económicos del Estado.

Los funcionarios indicados contarán con un plazo de treinta días hábiles para acreditar, ante la Contraloría General de la República, su renuncia al cargo respectivo y la debida inscripción registral de su separación; dicho plazo podrá ser prorrogado una sola vez por el órgano contralor, hasta por otro período igual.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo I, Folios 334 a 338, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 90 del 16 de febrero de 2000.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1095 a 1096, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1299, Acta de la Sesión Plenaria N° 68 del 27 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1593 a 1603, Acta de la Sesión Extraordinaria del Plenario N° 001 del 23 de julio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1612 a 1617 - 1619, Acta de la Sesión Plenaria N° 48 del 23 de julio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1632 a 1655, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 19 del 24 de julio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1667 a 1669, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 20 del 29 de julio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1797 a 1803, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 27 del 27 de agosto de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1713 a 1716, Acta de la Sesión Plenaria N° 51 del 30 de julio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1973 a 1974, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2854 a 2861, Acta de la Sesión Plenaria N° 146 del 18 de febrero de 2003.

Tema complementario tratado en la discusión de este artículo: Levantamiento de la incompatibilidad.

Ref: Artículos 1, inciso 25); 37 y 38 del Reglamento.

Discrecionalidad del legislador para definir, modificar o eliminar herramientas en el combate de la corrupción en la función pública.

“(…) un funcionario que anteriormente estaba en esas condiciones, no goza de una especie de fuero especial que le autorice a desatender los preceptos de una ley que ya entró en vigor, pues ello equivaldría no sólo a obviar el mandato de la obligatoriedad de las leyes, sino además pretender, respecto de su caso, una especie de *inmutabilidad del ordenamiento*, en cuanto al régimen de prestación de servicios. En efecto, avalar la tesis que se plantea en su consulta en el sentido de que los directivos o gerentes bancarios que ya estaban nombrados al momento de entrar en vigor la Ley N° 8422 podrían seguir desempeñándose en empresas privadas sin ajustarse al nuevo régimen de incompatibilidad, sería pretender un derecho a que ciertas reglas en la función pública nunca cambien, y en este punto no puede perderse de vista que, en el ejercicio de las potestades de imperio de que goza el Estado, éste puede organizar la relación de servicio introduciendo las variantes que sean necesarias para alcanzar la satisfacción del interés público, en este caso en una coyuntura en que la lucha contra la corrupción, así como el fomento de la transparencia y la ética en la función pública han adquirido un carácter sobresaliente, todo lo cual priva frente a cualquier interés personal, lo cual no significa, desde luego, que las garantías y derechos que el propio ordenamiento le ha conferido al funcionario puedan resultar lesionados en forma ilegítima. De esa forma, el hecho de que gerentes o directivos del banco con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 8422 tuvieran esa participación simultánea en empresas privadas, no configura una situación indefinida en el tiempo y el espacio ni una situación consolidada en el sentido de que no pueda nunca jamás ser objeto de una determinada restricción, toda vez que ello sería reconocer una improcedente limitación a las potestades del Parlamento. Se trata simplemente de una situación que no había sido objeto de una regulación expresa, y sobre la cual ahora el legislador ha estimado conveniente imponer un régimen específico de incompatibilidad al cual todos los servidores se deben ajustar, proceder que no resulta arbitrario por sí solo, sino que aparece como una respuesta a la búsqueda de nuevos mecanismos para prevenir la corrupción en la función pública (...)”.

(Oficio N° 5418 (DAGJ-1229) del 12 de mayo de 2005)

Antecedentes normativos del régimen de incompatibilidades.

“(…) La existencia de un régimen de incompatibilidades en nuestro ordenamiento jurídico no constituye una novedad, toda vez que la recién derogada Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los funcionarios Públicos (Ley 6872 del 17 de junio de 1983), ya establecía en su artículo 22 en lo que interesa, que *“Los ministros de Gobierno, los viceministros y los presidentes ejecutivos, gerentes y subgerentes de los entes descentralizados de las empresas públicas, no podrán ejercer profesiones liberales ni cargos de administración, dirección o representación de empresas privadas o públicas, salvo cuando esta representación sea otorgada por ley (...)”*, numeral que valga señalar, fue interpretado por la Sala Constitucional (Sala Constitucional, resolución N° 1749-2001 de las 14:33 horas del 17 de marzo de 2001) en el sentido de que la incompatibilidad para ejercer cargos de administración, dirección o representación en empresas privadas o públicas, únicamente se refería a actividades empresariales. Conviene mencionar no obstante, que la regulación establecida en el artículo 18 de la Ley N° 8422, sí tiene el mérito de ampliar el número de funcionarios cubiertos por el régimen de incompatibilidades, incluyendo ahora al *“(…) presidente de la República, los vicepresidentes, diputados, magistrados propietarios del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los miembros de junta directiva, los presidentes ejecutivos, los gerentes y subgerentes, los directores y subdirectores ejecutivos, los jefes de proveeduría, los auditores y subauditores internos de la Administración Pública y de las empresas públicas, así como los alcaldes municipales” (...)*”.

(Oficio N° 5416 (DAGJ-1227) del 12 de mayo de 2005)

La figura de la incompatibilidad en la doctrina.

“(…) Según la doctrina (Zin, Máximo. Incompatibilidades de funcionarios y empleados públicos. Buenos Aires, Editorial Depalma, pág.9, 1986), las incompatibilidades pueden clasificarse en absolutas, relativas, virtuales, generales y especiales. Son absolutas cuando son establecidas por imperio de ley de modo que no pueden ser dispensadas por la administración; relativas cuando abarcan únicamente ciertas circunstancias legales determinadas, de modo que pueden ser dispensadas en el tanto se compruebe que se enmarcan dentro de los supuestos legales preestablecidos. De acuerdo con Bielsa (Bielsa, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, tomo II, pág.159, 1947.), son virtuales “...cuando su existencia depende de un examen previo a los efectos de determinarlas, y en consecuencia surtirán efectos no desde el momento en que existen sino desde aquel en que se la determina o juzga”. Por otra parte, son generales cuando son establecidas para todos los funcionarios, en tanto que son especiales cuando abarcan únicamente a algunos funcionarios, atendiendo a la índole o naturaleza de las funciones o servicio público de que se trate (...)”.

(Oficio N° 5050 (DAGJ-1128) del 5 de mayo de 2005)

El listado de cargos públicos alcanzado por las incompatibilidades es taxativo.

“(…) el cargo de Asesor Legal de una entidad pública al no estar comprendido dentro de los alcances del artículo 18 de la Ley No.8422 no posee impedimento legal para que su ocupante a título personal participe de una entidad con o sin fines de lucro que recibe recursos económicos del Estado (...)”

(Oficio N° 18328 (DAGJ-313) del 8 de febrero de 2006).

La no configuración de la incompatibilidad no excluye la observancia del deber de probidad, imparcialidad y objetividad en el ejercicio del cargo.

“(…) sin bien su persona ocupa dentro de una empresa pública un cargo de los referenciados en el artículo 18 de la Ley N° 8422, los pagos que se hacen a la Asociación (...) en razón de la venta de espacios publicitarios en las instalaciones deportivas de esta última, no pueden ser considerados como *recursos económicos del Estado*, al tratarse del otorgamiento de recursos cuya entrega responde y obedece a una contraprestación por la venta de tales espacios, y no a un apoyo financiero facilitado de manera regular de forma gratuita o sin contraprestación alguna, tendente al desarrollo de las actividades y la consecución de los fines de aquella entidad privada, características que según lo expuesto definen el contenido del término recursos económicos del Estado. No obstante lo anterior, conviene tener presente que el deber de probidad regulado en el artículo tercero de la Ley N° 8422, obliga a que la gestión del funcionario público esté orientada a la satisfacción del interés público, asegurándose de guardar objetividad e imparcialidad en sus actuaciones, motivo por el cual la doble condición de gerente general de la (...) y directivo de la Asociación (...) le obliga a abstenerse de participar en las gestiones y decisiones que la (...) S.A. deba tomar referente a toda relación contractual que en el presente o en el futuro se mantenga con la Asociación (...)”.

(Oficio N° 2540 (DAGJ-537) del 3 de marzo de 2005)

Las regulaciones relativas a incompatibilidades en tanto auténticas restricciones a la libertad, deben ser leídas y aplicadas en iguales términos.

“(…) en criterio de este Despacho, estando frente a una norma con un carácter restrictivo según lo apuntado líneas atrás, ésta debe ser interpretada en términos similares, no siendo dable pensar entonces, en una cobertura absoluta de cualquier y todo tipo de servicio que una empresa privada pueda prestar a instituciones del Estado o a empresas públicas, o bien derivar de la simple similitud o coincidencia en la actividad de una empresa privada con la que realiza una entidad o empresa pública, una posible relación de competencia afecta a la restricción legal a la que se ha venido haciendo referencia (...)”.

(Oficio N° 3027 (DAGJ-644) del 14 de marzo de 2005)

Diferencias entre el régimen de incompatibilidades y el de prohibiciones en materia de contratación administrativa.

“(…) debe notarse que dicho régimen se encuentra sustentado, en la pertenencia o relación de los servidores que ocupan los cargos referenciados en las normas de cita con empresas y entidades privadas, concibiendo esta relación o vínculo como *incompatible* al ejercicio del cargo público respectivo, régimen que entonces desborda y difiere en su contenido al de prohibiciones aplicable a la contratación pública de bienes y servicios regulado en la Ley de Contratación Administrativa (Ley N° 7494 del 24 de abril de 1995 publicada en el Alcance N° 20 a La Gaceta N° 110 del 8 de junio de 1995), y el Reglamento General de Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo N° 25038-H del 6 de marzo de 1996). Cabe resaltar la importancia que lo anterior adquiere en la especie, pues tanto en el oficio de consulta como en el criterio vertido por la Asesoría Legal, se aborda a nuestro juicio erróneamente el régimen de incompatibilidades, pues su contenido y aplicación pareciera confundirse con el de prohibiciones referido en cambio a la contratación administrativa de bienes y servicios.

Sobre el particular debe advertirse que en el caso de las incompatibilidades, el legislador impide del todo como condición al desempeño del cargo público respectivo, el vínculo, ligamen o relación con empresas o entidades privadas, régimen que presenta como se dijo un carácter general relacionado como se ve con las condiciones de ejercicio del cargo público, el cual además guarda una independencia frente a las limitaciones que el servidor pueda tener, para participar como oferente en un procedimiento de contratación administrativa determinado, sea a título personal o de manera indirecta a través de una empresa o entidad privada.

Por lo demás y como prueba de lo anterior, debe advertirse la existencia por una parte del trámite de levantamiento de *incompatibilidad* previsto en la Ley N° 8422 y su Reglamento Ejecutivo, gestionado cuando se estima que no existe un conflicto de intereses entre el ejercicio del cargo público y el ligamen o vínculo con empresas o entidades privadas; y por otra el levantamiento de la *prohibición* para contratar con el Estado que pudiera asistirle a un servidor público frente a una contratación en particular, el cual se encuentra regulado en la Ley de Contratación Administrativa (…)

(Oficio N° 9314 (DAGJ-2224) del 4 de agosto de 2005)

Tratándose del régimen de incompatibilidades, las restricciones no resultan aplicables a la integración de juntas directivas de órganos, entes o empresas públicas.

“(…) No existe ningún impedimento legal de acuerdo con el artículo 18 de la Ley No. 8422 para que un miembro de una junta directiva de un órgano, ente o empresa pública ocupe otro puesto directivo en un cuerpo colegiado de otro órgano, ente o empresa pública, puesto que tal prohibición pesa únicamente referida a la participación en empresas privadas que presten servicios o compitan con el Estado, o bien en entidades privadas –con o sin fines de lucro– que reciban recursos económicos del Estado (…)

(Oficio N° 5178 (DAGJ-1166) del 6 de mayo de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 16313 (DAGJ-3468) del 17 de diciembre de 2004; N° 16315 (DAGJ-3470) del 17 de diciembre de 2004 y N° 1078 (DAGJ-236) de 1° de febrero de 2005)

La referencia a “juntas directivas” debe entenderse ligada a empresas privadas.

“(…) el punto por definir se circunscribe a determinar si el término “juntas directivas” incorporado en el párrafo primero del artículo 18 de la Ley N° 8422, se encuentra referido a entidades públicas o a empresas privadas, criterio que en uno u otro sentido llevará a determinar luego, si dicha restricción debe o no ligarse a la incompatibilidad que se presentaría al participar, por sí mismo o por medio de otra persona jurídica, “en el capital accionario de empresas que presten servicios a instituciones o a empresas públicas que, por la naturaleza de su actividad comercial compitan con ella”. Sobre el particular este Despacho estima, que la falta de claridad de la norma en cuanto a si se trata de juntas directivas de entidades privadas o públicas, habilita al operador jurídico a echar mano de alguno de los métodos de interpretación reconocidos por el ordenamiento a fin de dilucidar la cuestión, siendo en este caso la revisión de los antecedentes

de la iniciativa legal, así como el análisis de la discusión legislativa contenida en el expediente N° 13715 que condujo a la adopción del texto final otorgado al artículo 18, el método que bajo un criterio teleológico permite desentrañar desde nuestro punto de vista la intención del legislador plasmada en el texto positivo. (...) De la redacción propuesta se desprende, que la restricción a la que se ha venido haciendo referencia, se encuentra relacionada con empresas privadas, tesis que se confirma cuando se analiza las consideraciones formuladas por el legislador Salas Arce al momento de justificar la moción (...) Lo anterior da sustento al criterio que la restricción establecida en el artículo 18 de la Ley N° 8422, en el sentido de no poder ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas, se debe entender integrada a la incompatibilidad de participar, en los términos y condiciones de la norma, en empresas que presten servicios o compitan con el Estado, toda vez que la regulación legal en ambos casos, se encuentra referida a la pretendida ausencia de vínculos y participación por parte de los servidores antes relacionados en empresas privadas que contraten o compitan con el Estado. Cabe agregar que el signo de puntuación incorporado después del término “*juntas directivas*”, y antes de la restricción para “*figurar registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas*”, responde a un ajuste de forma incluido por la Comisión Permanente Especial de Redacción en su Informe del 27 de mayo de 2004, lo cual sin embargo por las razones apuntadas, no da pie para sostener que dicho término se encuentra referido a las juntas directivas de entidades públicas, mientras que la incompatibilidad ya apuntada aplica respecto de empresas privadas.

A mayor abundamiento, y sin perjuicio de lo dicho líneas atrás sobre la competencia prevalente que en nuestro criterio existe a favor de la Contraloría General, para pronunciarse sobre extremos ligados a la Ley N° 8422 en la medida que se trate de disposiciones vinculadas al ámbito funcional de competencias del Órgano Contralor, importa rescatar que la Procuraduría General emitió su criterio al respecto, coincidiendo con la posición de este Despacho en torno al punto en consulta. (...) Finalmente, y siempre sobre la consideración que la incompatibilidad contenida en el primero de los párrafos del artículo 18 de cita, se encuentra relacionada a empresas privadas, conviene tomar en cuenta adicionalmente que la regulación contenida en el párrafo tercero de dicha norma, respondió al interés del legislador por hacer extensiva aquella incompatibilidad a la participación en entidades de naturaleza privada –persigan o no fines de lucro- que no quedan comprendidas dentro del concepto estricto de empresa, esto en la medida en que dichas entidades reciban recursos del Estado (...).”

(Oficio N° 16317 (DAGJ-3472) del 17 de diciembre de 2004)

Alcances de la referencia a miembros de juntas directivas.

“(…) Así pues, podemos concluir que la norma es omnicompreensiva en sus alcances de todas los cargos cuya responsabilidad estriba en estar a la cabeza o en jerarquía de los órganos, entes y empresas públicas de toda la Administración Pública y las empresas públicas.

El análisis de la estructura de la norma es importante en el tanto permite comprender sus verdaderos alcances, incluso más allá de las diferencias de nomenclatura que las distintas leyes y reglamentos pueden asignar a los altos cargos de las Administraciones Públicas, independientemente de si desde el punto de vista de la organización administrativa ejercen sus funciones para órganos colegiados o unipersonales. En ese sentido, conviene reparar en la necesidad de realizar algunas precisiones acerca de las nomenclaturas utilizadas en el numeral 18 de la Ley No.8422, a fin de aplicarlas e interpretarlas conforme a un criterio material y no meramente formal.

De este modo, evidentemente todo órgano, ente o empresa pública que tenga un cuerpo colegiado como máximo órgano, sin importar el grado de desconcentración o descentralización –autonomía administrativa, política u organizativa- con que opere, se enmarca dentro del concepto de “*junta directiva*”, con entera independencia de que el cuerpo colegiado sea denominado junta directiva, consejo directivo, junta administrativa, consejo municipal, tribunal administrativo u otro nombre dado por la ley de creación respectiva (...).”

(Oficio N° 5050 (DAGJ-1128) del 5 de mayo de 2005)

Aplicación del régimen de incompatibilidad al Director Nacional de Notariado asimilándolo al cargo de Director Ejecutivo.

“(…) Asimismo, cuando la ley utiliza el término “directores o subdirectores ejecutivos”, la nomenclatura que utiliza puede también llamar a confusión, en el tanto la misma suele emplearse para designar al funcionario ejecutivo a tiempo completo de mayor rango, generalmente a la cabeza de un órgano desconcentrado, sea éste colegiado o unipersonal, que en algunos casos la respectiva ley denominada “director ejecutivo”, pero que en otros casos puede ser llamado como Director “a secas”, Director General, Director Nacional, entre otros.

En ese entendimiento, del análisis realizado supra respecto al alcance subjetivo del artículo 18 de la Ley No.8422, este Despacho puede llegar a sostener que el cargo de Director Nacional de Notariado se enmarca dentro de los puestos allí referenciados, en el tanto debe entenderse que “*Director Ejecutivo*” se asimila al mismo, lo anterior en razón de su ámbito nacional, su jerarquía y su nivel de responsabilidad (…)

(Oficio N° 5050 (DAGJ-1128) del 5 de mayo de 2005)

En virtud de su condición de órgano privado, el régimen de incompatibilidad no aplica a los personeros del Centro de Estudios y Capacitación Cooperativa R.L. (CENECOOP).

“(…) Tal como se advierte, la totalidad de cargos que se enumeran en esta norma –y por ende los únicos sujetos a su aplicación, tratándose de normas prohibitivas, que deben interpretarse restrictivamente– corresponden a los puestos de más alta jerarquía dentro del Sector Público, por lo que debe entenderse que los personeros de ese organismo no se encuentran sometidos a estas disposiciones, tomando en cuenta que laboran para una organización privada, la cual, aunque reciba transferencias de la Hacienda Pública, no se encuentra integrada a la Administración Pública, por lo que no le resulta aplicable el régimen de incompatibilidad. Por otra parte, nótese que el párrafo segundo del numeral 18 hace referencia a las organizaciones privadas que reciban recursos económicos del Estado, pero de forma “refleja”, en el sentido de que a los funcionarios públicos enumerados por la norma (como únicos destinatarios de la imposición de este régimen) se les impide ocupar simultáneamente puestos directivos en organizaciones privadas que reciben recursos económicos del Estado. Es decir, los sujetos pasivos del régimen son los funcionarios públicos, y no los directivos de las organizaciones privadas *per se*, de tal forma no cabe pensar en la aplicación de la norma en los términos consultados (…)

(Oficio N° 8559 (DAGJ-2047) del 18 de julio de 2005)

Los miembros del Congreso Nacional Cafetalero no resultan alcanzados por el régimen de incompatibilidades.

“(…) En ese entendimiento, del análisis realizado supra respecto al alcance subjetivo del artículo 18 de la Ley No.8422, este Despacho puede llegar a sostener que si bien conforme al artículo 109 de la Ley No.2762 el Congreso Nacional Cafetalero es el órgano superior de dirección y administración del Instituto del Café de Costa Rica, es lo cierto que la Ley No.8422 incluye dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a las Juntas Directivas y no a este otro tipo de órgano colegiado -prácticamente asambleitario por su número- como lo es el Congreso Nacional Cafetalero, de manera que dicha incompatibilidad establecida por el numeral 18 de la Ley No.8422 sólo alcanza a la Junta Directiva y al Director Ejecutivo del ICAFE (…)

(Oficio N° 8623 (DAGJ-2056) del 19 de julio de 2005)

Aplicación del régimen de incompatibilidades a los auditores y subauditores internos.

“(…) Cabe recordar que la imposición de dicho régimen de incompatibilidades afecta la esfera de los derechos subjetivos de los funcionarios sometidos a éste, por lo que debe contarse con los parámetros que permitan determinar a ciencia cierta a quiénes aplica la norma y a quiénes no, considerando para ello las particulares estructuras orgánicas de las diferentes entidades, así como la naturaleza de las funciones de cada puesto, de tal manera que se evite el aplicar dicha restricción en forma excesiva y contraria a su espíritu. No obstante, en el caso de “*los auditores y subauditores internos de la Administración Pública y de las empresas públicas*”, no existen problemas

de interpretación, pues la disposición es lo suficientemente clara como para poder aplicarla directamente. Así, en el caso de marras, el cargo de auditor interno de la Municipalidad de Nicoya queda cubierto por la norma, bastando los términos de dicho precepto legal por sí mismos para resultar aplicables en forma inmediata (...).”

(Oficio N° 4480 (DAGJ-1007) del 21 de abril de 2005)

Aplicación en el tiempo del régimen de incompatibilidades, vinculando a servidores actuales y futuros.

“(…) Por otra parte, no puede perderse de vista que un principio jurídico elemental es que las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen, o a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial (*artículo 129 de la Constitución Política*). En consecuencia, las normas relativas al régimen de incompatibilidad tienen una clara vocación de imponer en forma general e inmediata dicho régimen, no sólo para los nombramientos que se hagan posteriormente, sino también para todos aquellos funcionarios que para el momento de su entrada en vigencia se encontraran ocupando alguno de los cargos enumerados y estén a su vez ligados a una empresa privada bajo los términos previstos por la norma. En virtud de ello, la misma Ley se ocupa de establecer un plazo para que el funcionario renuncie al cargo y acredite ante esta Contraloría General la correspondiente inscripción registral de su separación, o bien, para que se gestione el respectivo levantamiento de la incompatibilidad, en caso de que pueda acreditar alguna circunstancia que haga estimar la inexistencia de un conflicto de intereses. En ese sentido, la norma estaría simplemente introduciendo una restricción que anteriormente no existía, a la cual debe ajustarse la generalidad de los funcionarios enumerados en la normativa. Nótese que el desempeño del cargo es una situación continuada, que se mantiene en el tiempo, y como tal, puede ser objeto de nuevas regulaciones introducidas por el legislador. Por esa elemental razón, el hecho de que anteriormente las personas que ocupan los puestos enumerados en el artículo 18 de la Ley N° 8422 pudieran desempeñar simultáneamente cargos en juntas directivas de empresas privadas, figurar registralmente como sus representantes o apoderados o participar en su capital accionario, cuando tales empresas prestan servicios a instituciones o a empresas públicas que, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con estas últimas, no les exime de ajustarse ahora a los mandatos de la nueva ley (...).”

(Oficio N° 5418 (DAGJ-1229) del 12 de mayo de 2005)

Aplicación en el tiempo de las disposiciones referentes al régimen de incompatibilidades. Ausencia de lesión a derechos adquiridos.

“(…) Aplicando esa línea de razonamiento al caso en consulta, es nuestro criterio que la Ley N° 8422 estaría vulnerando el principio que fluye del numeral 34 de la Constitución Política, en cuanto al régimen de incompatibilidad regulado en su artículo 18, si hubiera dispuesto de alguna forma la afectación de situaciones que se consolidaron con anterioridad a su vigencia: es decir, si pretendiera afectar los actos ya realizados por los directivos o gerentes bancarios cuando simultáneamente tenían participación en empresas privadas, obviando que dichos actos resultan legítimos, en virtud de que antes de la entrada en vigencia del régimen en cuestión no existía impedimento legal expreso para actuar en esas condiciones. Distinta es la hipótesis consistente en que todos aquellos funcionarios que ocupan los cargos gerenciales, directivos y de auditoría –aún cuando su nombramiento se hubiere producido antes de la promulgación de la Ley N° 8422– a partir de su vigencia están obligados a ajustarse a sus preceptos, sea cual fuere su situación anterior, con lo cual no estimamos que se produzca ninguna violación al principio de irretroactividad, toda vez que la norma tiene la vocación de regular una situación a futuro, sin afectar en modo alguno actuaciones que ya se consumaron antes de su entrada en vigor. Claro está –y en eso la jurisprudencia constitucional ha sido especialmente profusa– que cuando se trata de condiciones en la prestación del servicio que se han incorporado en forma tangible y definitiva al patrimonio del servidor (v. gr. plusas salariales), la nueva norma que pretenda variar o eliminar esas condiciones no puede afectarle y sólo puede aplicarse a los funcionarios que sean nombrados con posterioridad a su entrada en vigencia, pero ello ocurre en razón de que en esa hipótesis –que es diferente al caso en consulta– sí estamos en presencia

de un derecho que ya ha sido adquirido en firme e integra efectivamente el patrimonio y la esfera de derechos subjetivos del servidor (...)”.

(Oficio N° 5418 (DAGJ-1229) del 12 de mayo de 2005)

(En igual sentido puede verse el oficio N° 1175 (DAGJ-272) del 2 de febrero de 2005)

Inaplicabilidad del régimen de incompatibilidades al Decano de Estudios Generales de la Universidad Nacional.

“(…) En razón de las anteriores consideraciones, este Despacho considera que si bien la Ley No.8422 ha pretendido extender los alcances del régimen de incompatibilidades a altos cargos públicos que anteriormente no estaban afectados por el mismo, dicha cobertura no alcanza al cargo de Decano de Estudios Generales de la Universidad Nacional, por lo que no puede entenderse incluido dentro de los alcances subjetivos de la norma en comentario. Así pues, siendo que el cargo ocupado por Ud. no se encuentra enmarcado dentro de los contemplados en el párrafo primero del artículo 18 de la Ley No.8422, resulta innecesario entrar a realizar otro tipo de valoraciones sobre su participación en una entidad sin fines de lucro como la fundación (...)”.

(Oficio N° 5416 (DAGJ-1227) del 12 de mayo de 2005)

Aplicación de las incompatibilidades a quienes sean designados como representantes del Poder Ejecutivo en la Junta Administrativa de una fundación.

“(…) se tiene que los miembros de la Junta Administrativa de una fundación que sean designados como representantes del Poder Ejecutivo o del ente municipal respectivo, enfrentarían alguna incompatibilidad legal en los términos del artículo 18 de la Ley N° 8422, en la medida en que ya ocupen o pasen a ocupar uno de los cargos referenciados en dicha norma, y siempre que la entidad privada a la que se hace referencia en dicho numeral –y que en este caso sería la fundación correspondiente- *reciba recursos económicos del Estado*, concepto que sin perjuicio de lo que llegue a señalar el reglamento ejecutivo de la norma legal de cita, en criterio de este Despacho comprende el otorgamiento de fondos, recursos, liberación de obligaciones, subvenciones, valores, bienes y derechos por parte del Estado a través de sus órganos, empresas o entes públicos.

Por lo anterior en caso de configurarse la incompatibilidad legal, según lo indicado líneas atrás la persona afectada debería en consecuencia renunciar a su participación accionaria o al cargo de representante o apoderado, así como gestionar la debida inscripción registral de su separación, salvo que estime que en los términos del artículo 19 Ley N° 8422, su vinculación con la empresa o entidad privada que se trate, no genera ni real ni potencialmente un conflicto de interés frente al cargo público que ocupe, en cuyo caso podría tramitar ante la Contraloría General una gestión tendente a obtener el eventual levantamiento de la incompatibilidad que le asiste, el cual en caso de ser otorgado por el Órgano Contralor, le permitiría continuar el desempeño del cargo directivo en la Junta Administrativa de la fundación (...)”.

(Oficio N° 3430 (DAGJ-758) del 29 de marzo de 2005)

La no configuración de la categoría de Director Ejecutivo.

“(…) Bajo este orden de ideas, se puede válidamente concluir que el puesto de Director de Contabilidad Gerencial dentro de la estructura orgánica un banco evidentemente no cumple con las características señaladas, y además no tiene la condición de Director *Ejecutivo*, razón por la cual no le aplica el régimen de incompatibilidad previsto en la Ley N° 8422, y por ende no tiene ninguna consecuencia jurídica –de frente a dicho régimen– el que se desempeñe como Presidente de la Junta Directiva de la Asociación Solidarista de Empleados del Banco (...)”.

(Oficio N° 7630 (DAGJ-1751) del 28 de junio de 2005)

Los miembros del Consejo Superior del Poder Judicial no resultan incorporados dentro del listado de cargos alcanzados por dicha restricción.

“(…) esto significa que al no estar comprendidos los miembros del Consejo Superior del Poder Judicial, dentro de la lista taxativa de cargos vinculados por tales incompatibilidades, en lo que toca a las normas citadas en el párrafo anterior, la eventual designación como integrante de la Junta Directiva del Colegio de Abogados no significaría ninguna lesión a dichos numerales, a lo cual se une un elemento adicional que así lleva a tener que descartarlo, como lo es el hecho que la incompatibilidad surge por el vínculo o ligamen con empresas o entidades privadas, excluyendo por ende otro de tipo de entidades de naturaleza jurídica diversa, como lo son los entes públicos no estatales (…)”.

(Oficio N° 7929 (DAGJ-1846) del 1° de julio de 2005)

Participación en empresas familiares.

“(…) dado que la sociedad que nos ocupa no se ubica en ninguno de los tres supuestos antes citados, sino que su finalidad es netamente familiar, sin ningún tipo de actividad comercial, industrial o de servicios que pueda provocar reales o potenciales conflictos de intereses con la función pública, no se configura ni surge la incompatibilidad regulada por el artículo 18 de la Ley No.8422, como tampoco es necesario gestionar trámite de levantamiento alguno, conforme al ordinal 19 de la misma Ley (…)”.

(Oficio N° 8208 (DAGJ-1933) del 7 de julio de 2005)

El caso de los miembros de Junta Administrativa del Archivo Nacional.

“(…) Al respecto, nótese que la inteligencia de la norma está dirigida a cubrir fundamentalmente las jerarquías máximas de la Administración Pública, de ahí que los puestos enumerados constituyen los cargos más altos en las diversas instituciones. Ahora bien, recordemos que existen instituciones autónomas u órganos desconcentrados de la Administración en los que la máxima jerarquía reside en un órgano colegiado, sea la Junta Directiva, y justamente por ello es que tal categoría general de “miembros de junta directiva” está incluida en la norma. No obstante, existen algunos casos en los que la máxima autoridad a nivel colegiado la ejerce una junta que se denomina *administrativa*, y no junta directiva. No obstante, estimamos que si se cumple el supuesto señalado en el sentido de que se trate del órgano colegiado que ejerce la máxima autoridad en la entidad, se aplica el régimen contemplado en la norma. Ese es justamente el caso de la Junta Administrativa del Archivo Nacional, toda vez que, tal como se desprende con meridiana claridad de los términos de la Ley de Creación de la Junta Administrativa del Archivo Nacional (Ley N° 5574 del 17 de setiembre del 1974), así como de la Ley del Sistema Nacional de Archivos (Ley N° 7202 del 24 de octubre de 1990) dicha Junta Administrativa constituye la máxima autoridad del Sistema Nacional de Archivos (artículo 11 de la Ley N° 7702), con el elenco de atribuciones propias de cualquier junta directiva dentro de la Administración Pública, de tal suerte que sus miembros deben quedar cubiertos por el régimen de incompatibilidad establecido por el numeral 18 de la Ley N° 8422 (…)”.

(Oficio N° 8435 (DAGJ-2011) del 13 de julio de 2005)

Aplicación de la incompatibilidad a los miembros de la Junta Directiva de un Colegio Profesional.

“(…) ese mismo oficio de cita indica que los miembros de la Junta Directiva de un ente público no estatal como lo es un Colegio Profesional se encuentran: “sujetos tanto al régimen de incompatibilidad consagrado en el numeral 18 de esta ley, como a la obligación de presentar su declaración jurada de bienes, esto último de conformidad con el artículo 21 de la ley y el numeral 56 del correspondiente Reglamento (DE-32333-MP-J publicado en el Alcance N° 11 al Diario Oficial La Gaceta N° 82 del 29 de abril del 2005).

Lo anterior significa que los miembros de la Junta Directiva de un Colegio Profesional no pueden a su vez ocupar cargos directivos, de representación legal o de participación en el capital social de empresas privadas que presten servicios o compitan con el Estado -latu sensu-, salvo que se

den los supuestos excepcionales del artículo 19 de la misma Ley y gestionen razonadamente ante esta Contraloría General el previo levantamiento de incompatibilidad respectivo (...).
(Oficio N° 8843 (DAGJ-2105) del 26 de julio de 2005)

Aplicación del régimen de incompatibilidades a los miembros de la Junta Directiva del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos.

“(...) el cargo de miembro de la Junta Directiva de su representado resulta incompatible con el vínculo o ligamen accionario, directivo o de representación que éste pueda tener con empresas o entidades privadas que presten servicios, compitan o reciban recursos económicos del Estado, pesando sobre el miembro (s) que se encuentre en tal situación, un deber legal de renuncia a dicha participación accionaria o a la relación directiva o de representación, lo anterior claro está, independientemente que la empresa o entidad privada que se trate, le preste o no servicios y mantenga o no relaciones comerciales con el órgano o ente para el que el servidor preste sus servicios, en este caso al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.
(Oficio N° 9314 (DAGJ-2224) del 4 de agosto de 2005)

Aplicación del régimen de incompatibilidades a los miembros de la junta directiva de CORBANA.

“(...) Por lo anterior, los razonamientos vertidos en el dictamen recién transcrito, que a su vez se fundamentan en los precedentes que sobre el tema ha dictado la Sala Constitucional, permiten afirmar que las regulaciones contenidas en el citada Ley N° 8422 resultan aplicables a CORBANA en el tanto estemos en presencia del ejercicio de funciones públicas, es decir, siempre que exista de por medio una participación, directa o indirecta, en las potestades que el ordenamiento jurídico le otorga a esta organización para el cumplimiento de sus fines. Ahora bien, en el caso de los miembros de la Junta Directiva, partiendo de las funciones y potestades que les confiere la Ley N° 4895, es evidente, a nuestro juicio, que están cubiertos por los términos de la Ley N° 8422, lo que adquiere aún más relevancia en relación con esta última normativa, tratándose de decisiones en materia de disposición de fondos. Asimismo, no puede obviarse que la Ley N° 8422 vino a instaurar un régimen de carácter mucho más restrictivo que el que existía anteriormente en otras normas, entre ellas la Ley N° 4895. En consecuencia, actualmente los miembros de junta directiva de CORBANA deben observar no sólo las causales de incompatibilidad previstas en el numeral 10 de la Ley N° 4895, sino también las que contiene esa nueva normativa (...).
(Oficio N° 7171 (DAGJ-1678) del 20 de junio de 2005)

El régimen de incompatibilidades aplica *únicamente* respecto a empresas privadas que compitan o presten servicios al Estado, o bien de entidades privadas (con o sin fines de lucro) que reciban recursos económicos de aquél.

“(...) no amerita formular la solicitud del levantamiento de incompatibilidad cuando los funcionarios que ocupan los altos cargos públicos señalados en el párrafo primero del numeral 18 de la Ley No.8422, pese a tener participación en empresas privadas éstas no prestan servicios ni compiten con el Estado, o participan de entidades privadas en general (Cooperativas, Fundaciones, Asociaciones, Mutuales, Sociedades Anónimas, Sindicatos, etc) no reciben fondos públicos, ya que sencillamente, en tales hipótesis no hay ninguna incompatibilidad que levantar por parte de este Contraloría General, según los términos del artículo 19 de la Ley No.8422(...)”.
(Oficio N° 797 (LEV-INCOMPATIBILIDAD-1-2005) del 24 de enero de 2005)

Inaplicabilidad del régimen de incompatibilidades en razón del giro de la empresa privada que se trate.

“(...) Cabe rescatar que lo anterior, lleva a este Despacho a descartar en la especie la posible configuración de la incompatibilidad legal establecida en el artículo 18 de la Ley N° 8422, pues si bien su persona ocupa uno de los cargos públicos referenciados en dicha norma, su

participación tratándose de empresas privadas, se presenta en empresas –según la declaración jurada rendida ante notario público- que no han tenido ni tienen una actividad comercial ni con el Museo Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, ni con ningún otro órgano, ente o empresa pública, a los cuales tampoco les han prestado o les presta ningún tipo de servicio.

Así las cosas dando respuesta a su consulta, este Despacho estima que su desempeño como presidente del Consejo Directivo del Museo Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, y presidente y tesorero respectivamente de las empresas (...), no entraña ninguna lesión a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito (...).

(Oficio N° 5356 (DAGJ-1215) del 11 de mayo de 2005)

Sobre el examen casuístico de las restricciones relativas prestar servicios o competir con el Estado y sus instituciones.

“(…) desde nuestro punto de vista, los alcances de la previsión legal en cuanto a prestar servicios o competir con el Estado, deben ser determinados con base y a partir de las particularidades especiales de cada caso concreto, tomando en cuenta en lo que interesa a la consulta en el caso de la prestación de servicios, como parámetros o criterios de referencia entre otros, si la empresa privada en la que el servidor público posee alguna participación accionaria u ostenta un cargo directivo, de apoderado o de representación legal, presta o no servicios en la misma entidad o empresa pública en la que se aquél se desempeña, las características particulares del servicio (magnitud, naturaleza, etc.), así como la posibilidad que se facilite o permita, el surgimiento real o potencial de conflictos de intereses, actos de ingerencia, presión o influencia tendentes a que la relación de la que personalmente o a través de un tercero se obtiene un provecho, se mantenga o se prolongue en el tiempo (...).

(Oficio N° 3027 (DAGJ-644) del 14 de marzo de 2005)

Contenido y alcances de la referencia “recursos económicos del Estado”, tratándose de la incompatibilidad legal referida a entidades privadas con o sin fines de lucro.

“(…) a los efectos de tener por configurada la incompatibilidad legal, conviene tener presente que no bastaría con que una persona ocupe un cargo allí referenciado, pues adicionalmente se requiere tener un puesto directivo o gerencial, o bien ostentar la representación legal de entidades privadas -con o sin fines de lucro- que reciban recursos económicos del *Estado*, entendiéndolo a este último en un sentido amplio, comprendiendo entonces otorgamiento de recursos económicos por parte de órganos, empresas o entes públicos a dichas entidades privadas.

Ahora bien en torno a lo que debe entenderse por “recursos económicos del Estado”, importa tener presente que se trata de un concepto sumamente amplio y poco claro, sobre el cual la Ley N° 8422 no establece ninguna aclaración ni consideración adicional, y respecto del que pueden surgir dudas o interrogantes sobre sus alcances concretos, en cuanto a si cubriría de manera absoluta todo recurso o fondo otorgado por un órgano, empresa o ente público, o si por el contrario comprendería únicamente, la disposición de recursos otorgados de manera gratuita o sin contraprestación alguna como apoyo financiero o a modo de financiamiento, a favor de entidades privadas -con o sin fines de lucro- de cara al cumplimiento de las actividades y fines de dichas entidades.

Esta falta de claridad en nuestro criterio, habilita echar mano de alguno de los métodos de interpretación reconocidos por el ordenamiento jurídico a fin de dilucidar la cuestión, siendo en este caso la revisión de los antecedentes de la iniciativa legal, así como el análisis de la discusión legislativa contenida en el expediente N° 13715 que condujo a la adopción del texto final otorgado al contenido del artículo 18, el método que bajo un criterio teleológico permite desentrañar desde nuestro punto de vista la intención del legislador plasmada en el texto positivo.

(…) la revisión de los antecedentes legislativos, permite a este Despacho advertir que en la redacción original que presentaba el artículo 18, la incompatibilidad se limitaba a restringir los lazos o vínculos empresariales que los servidores que desempeñaren los cargos allí referenciados pudieran tener en empresas privadas, dejando por fuera entonces las relaciones que tales funcionarios pudieran establecer con entidades privadas –con o sin fines de lucro- que

en sentido estricto no puedan ser vistas como *empresas*, tal y como sucede entre otras -según lo apuntó el diputado Arce Salas- con las organizaciones no gubernamentales, las fundaciones (entes privados de utilidad pública) y las asociaciones (entidades que persiguen fines lícitos que no tienen por único y exclusivo objeto el lucro o ganancia), respecto de todas las cuales queda clara la *intención del legislador* de incluirlas dentro de los supuestos de la incompatibilidad legal a fin de evitar reales o potenciales conflictos de intereses.

Por otra parte haciendo eco de esta *intención legislativa*, importa señalar que la norma legal de cita hace referencia a este tipo de entidades privadas de una forma si se quiere restringida, en el sentido de que aunque comprende todas y cada una de las organizaciones y entidades privadas que nuestro ordenamiento jurídico permite constituir, las mismas se ven afectadas por la norma únicamente cuando reciban recursos económicos del Estado, siendo este término "*reciban*" el que en nuestro criterio contribuye a delimitar el alcance de la disposición, entendiéndola referida a aquellos supuestos en los que el otorgamiento de recursos, evidencia la existencia de una actividad o un fin público que el Estado -a través de órganos, entes o empresas públicas- pretende estimular y respaldar mediante un apoyo financiero para su operación. Asimismo conviene tomar en cuenta que este otorgamiento de recursos, que responde como se dijo a un apoyo de tipo financiero o de financiamiento a favor de entidades privadas -con o sin fines de lucro-, tendente al desarrollo de las actividades o bien a la consecución de los fines de tales entidades, excluiría por lo tanto el otorgamiento no gratuito de recursos que bien pueden consistir en una contraprestación, o bien tratarse del mero pago efectuado como consecuencia o en razón de un servicio prestado, pues en tales casos pareciera que la entrega de recursos no revelaría al menos de una manera clara y evidente, un estímulo o respaldo financiero a la entidad privada respectiva, sino que sería el resultado de una situación particular y concreta que obliga al otorgamiento de dichos recursos.

Finalmente en cuanto a lo que puede ser considerado un recurso económico, viendo que en los antecedentes legislativos antes incorporados se habla de entidades privadas que reciban *fondos públicos*, este Despacho estima -claro está sin perjuicio de lo que llegue a señalar el Reglamento a la Ley N° 8422-, que bien puede echarse mano para su definición de lo dispuesto en los artículos 5 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley N° 7428 del 4 de setiembre de 1994), de manera tal que dentro del término recursos económicos, resulten comprendidos el otorgamiento a favor de entidades privadas -con o sin fines de lucro- de fondos, recursos, liberación de obligaciones, subvenciones, valores, bienes y derechos por parte del Estado a través de sus órganos, empresas o entes públicos (...).

(Oficio N° 2540 (DAGJ-537) del 3 de marzo de 2005)

Configuración de la incompatibilidad por vinculación con entidad privada que recibe recursos económicos del Estado.

"(...) tomando en consideración que el cargo de Presidente del Concejo Directivo de la FEDEMUR es uno de los cargos públicos expresamente enumerados por el artículo 18, a saber el de "*miembros de junta directiva... de la Administración Pública y de las empresas públicas*", y que según lo manifestado en su oficio de consulta quien ocupa dicho puesto a la vez ocupa un cargo directivo en una entidad privada sin fines de lucro, como lo es la Asociación de Desarrollo Integral de Tirrases de Curridabat, la cual según se indica recibe recursos económicos del Estado, por parte de la propia FEDEMUR, debemos concluir que sí se encuentra cubierto por el ámbito de aplicación de dicha norma (...).

(Oficio N° 11435 (DAGJ-2703) del 12 de setiembre de 2005)

Sobre el necesario traslado de fondos o recursos a favor de organizaciones privadas sin fines de lucro.

"(...) No obstante, y aunque ello es también uno de los elementos sobre los cuales no se aporta ninguna información adicional en la consulta, puede señalarse que sólo en caso de que CoopeAserrí, R.L. recibiera fondos, recursos, liberación de obligaciones, subvenciones, valores, bienes o derechos por parte de cualquier entidad del Estado -en sentido amplio- podría configurarse eventualmente la incompatibilidad prevista en la normativa en cuestión. De lo

contrario, estimamos que en el caso sometido a nuestro criterio no se configuran los supuestos previstos en la norma para que surja la incompatibilidad comentada (...).
(Oficio N° 3022 (DAGJ-639) del 14 de marzo de 2005)

Vinculación con entidades privadas que reciban recursos económicos del Estado. El caso de las asociaciones solidaristas.

“(…) Un segundo alcance de la norma en comentario se refiere a la participación o vinculación a todo tipo de entidades privadas, con o sin fines de lucro, cuando éstas reciban recursos económicos del Estado. Precisamente, ese es el caso de una Asociación Solidarista de Empleados de una entidad pública, las cuales reciben los aportes del auxilio de cesantía de la entidad pública actuando como patrono al tenor de la Ley de Asociaciones Solidaristas No. 6970 y sus reformas, los que son sin duda recursos económicos del Estado –latu sensu-, en los términos del párrafo segundo del artículo 18 de la Ley No.8422 y ese ha sido el motivo para que esta Despacho haya conocido de renuncias a dichas Asociaciones cuando se han enmarcado dentro de los supuestos de ese ordinal (véase por ejemplo el oficio DAGJ-008-2005 (0058) de 4 de enero de 2005)”.

(Oficio N° 12226 (DAGJ-2919) del 30 de setiembre de 2005)

Recepción de recursos económicos del Estado. Fundación Mundo de Luz.

“(…) no existe duda de que al recibir la Fundación Mundo de Luz recursos económicos del Estado –de la Junta de Protección Social de San José en específico- automáticamente se configura la incompatibilidad que establece la norma, misma que parte del principio fundamental de la evitación de reales o potenciales conflictos de intereses que puedan menoscabar o comprometer la imparcialidad o independencia, en este caso, de un directivo de una empresa pública, en cuyo caso como regla general no se pueden compatibilizar legalmente ambas actividades (la pública y la privada), debiendo renunciar al cargo respectivo y presentar ante este Órgano Contralor la debida inscripción registral de su separación, dentro de un plazo de treinta días hábiles a partir de la comunicación del presente oficio (...).”

(Oficio N° 6214 (DAGJ-1413) del 30 de mayo de 2005)

Recursos económicos del Estado. Aplicación concreta.

“(…) si bien los cheques de los subsidios que se otorgan con fondos públicos se confeccionan directamente a nombre de la persona física beneficiaria, lo cierto es que dichos valores son entregados a los representantes de las ONG’s, con fundamento en un convenio suscrito para tales efectos, y además dichas organizaciones deben velar por el buen uso que se les dé a tales recursos.

Desde ese punto de vista, si bien puede considerarse que la entidad como tal no percibe los recursos *directamente* para financiar su organización, lo cierto es que sí los recibe al menos para custodiarlos y canalizarlos, a tal punto que se le responsabiliza de fiscalizar el uso que de ellos se haga. A nuestro juicio, ese contacto con los fondos se relaciona claramente con la consecución de sus fines, en tanto responde a un mejoramiento de las condiciones de aquellas personas con discapacidad que forman parte de la organización, todo lo cual tiende a configurar el supuesto que busca cubrir la norma. Lo contrario sería acogerse a una interpretación excesivamente formalista y literal, que a la postre atentaría contra los fines que persigue la Ley N° 8422. Asimismo, el otro elemento determinante para estimar que se perfila la hipótesis normativa en cuestión, se refiere al hecho de que el CNREE cuenta con proyectos destinados a la entrega de equipo y mobiliario a este tipo de organizaciones, lo que indudablemente las coloca en el supuesto previsto por la norma, toda vez que, como se indica en el propio oficio de consulta, las organizaciones de las cuales forman parte los directivos pueden participar en la solicitud de bienes por medio de tales proyectos (...).”

(Oficio N° 8433 (DAGJ-2010) del 13 de julio de 2005)

Los incentivos recibidos al amparo del programa de servicios ambientales no constituyen recursos económicos del Estado.

“(…) los servicios por pagos ambientales que administra el FONAFIFO, por su naturaleza no constituyen una simple transferencia o subsidio, sino que pese a que constituyen ciertamente una nueva generación de incentivos introducidos con la Ley No.7575, en realidad parten de un concepto novedoso, en lo ambiental y en lo económico, que se sustenta en una concepción integradora y revalorizadora del bosque en múltiples sentidos, retribuyendo financieramente los beneficios positivos que indudablemente producen a la sociedad costarricense y a la humanidad en general... si en la especie estamos ante el pago por servicios ambientales que realiza el FONAFIFO con sustento en los beneficios del bosque y las plantaciones forestales, amparados a la Ley 7575 y el respectivo contrato que fija sus los derechos, obligaciones y condiciones de esa retribución, para este Órgano Contralor los extremos del párrafo segundo del artículo 18 de la Ley No.8422 no alcanza a los sujetos que ocupan los cargos referenciados en el párrafo primero de ese ordinal que tengan participación en una entidad con o sin fines de lucro que reciba dicho incentivo, motivo por el cual no existe ninguna incompatibilidad que sea necesario levantar a los mismos (…)”.

(Oficio N° 5052 (LEV-INCOMPATIBILIDAD-20-2005) del 5 de mayo de 2005)

Sobre la denominada “liberación de obligaciones”.

La separación del ligamen y vinculación con la empresa o entidad privada respectiva, debe acreditarse ante la Contraloría General mediante documento idóneo.

“(…) si bien se acredita la existencia de la renuncia a los cargos que ostentaba en las entidades antes relacionadas, no se presenta aún documento idóneo que acredite la debida inscripción registral de separación de estos cargos, requerimiento que deberá ser cumplido una vez que dichas inscripciones se hagan efectivas, para lo cual deberán realizarse las acciones y diligencias necesarias, exigencia ya dispuesta por el Órgano Contralor al momento de acordar la prórroga al plazo legal indicado en el artículo 18 párrafo tercero de la Ley N° 8422, ordenando “(....) acreditar de forma inmediata la inscripción respectiva en cuanto la misma se haga efectiva, así como de cumplir con los trámites y requerimientos necesarios a fin de obtener dicha inscripción”. (…)”

(Oficio N° 56 (DAGJ-06) del 4 de enero de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Finalidad del régimen de incompatibilidades.

“(…) Como se explicó, en términos generales, la justificación objetiva y razonable más común del régimen de incompatibilidades se halla en la tutela del principio de imparcialidad e independencia del empleado público, y tiende a evitar la colusión de intereses entre las actividades públicas y privadas del empleado público.(…) Pero esa no es la única finalidad, porque incluso se pueden regular incompatibilidades con el fin de conseguir que cada empleado se dedique en forma exclusiva a un solo puesto de trabajo y no devengue más de una remuneración económica de los presupuestos públicos, lo cual crea una incompatibilidad económica, obviamente conectada con el principio de eficacia administrativa (…)”.

(Dictamen N° C-030-2006 del 30 de enero de 2006)

Supuestos que establece la norma para que se configure la incompatibilidad.

“(…) Dicho de otra forma, si una persona es miembro de una junta directiva, gerente o representante legal, o tiene participación accionaria en una empresa privada que presta servicios a la institución o empresa pública, o que, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con ella, o recibe recursos económicos del Estado, no puede ser miembro de la junta directiva de la institución o empresa pública. En este aspecto, la ley posterior es clara y precisa. Sobre los puntos a y b debemos hacer una aclaración de rigor. Tal y como está redactado el precepto legal [se refiere a la última parte del párrafo primero del artículo 18 de la ley n.º 8422 que es el que aquí interesa] es incomprensible, toda vez que indica que ‘tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas que, por la naturaleza de la actividad comercial, compitan con ella.’ Decimos que [no] es inteligible, porque es poco probable que una empresa privada preste servicios a una institución o a una empresa pública y a su vez compita con ella. Si compite con ella no le presta servicios, y si le presta servicios, lógicamente, es porque no compite con ella. Sería un caso, dentro de otros que podrían pensarse, donde una empresa es proveedora de una institución o empresa pública y a su vez compite con ella en el mercado de bienes y servicios. Con el fin de precisar cuál fue la voluntad del legislador en este asunto, nuevamente consultamos el expediente legislativo que dio origen a la Ley n.º 8422, sea el n.º 13.715 (...)”.

(Dictamen N° C-368-2004 del 6 de diciembre de 2004)

(En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-028-2005 del 21 de enero de 2005; N° C-212-2005 del 6 de junio de 2005; N° C-363-2005 del 24 de octubre de 2005; N° C-002-2006 del 10 de enero de 2006 y N° C-366-2006 del 14 de setiembre de 2006)

Si existen razones justificadas se puede solicitar el levantamiento de la incompatibilidad a la Contraloría General de la República.

“(…) Ahora bien, atendiendo a la importancia de la representación efectiva de diferentes agrupaciones dedicadas al deporte en el seno del Consejo Nacional del Deporte, sobre todo cuando dicha participación está autorizada por la propia ley especial que rige la actividad de esa institución, estimamos que en caso de que llegara a configurarse alguna de las situaciones que la Ley N° 8422 califica –en términos generales– como motivos de incompatibilidad, el directivo estaría en posibilidad de solicitar a la Contraloría General el respectivo levantamiento de esa incompatibilidad, aduciendo que concurren suficientes motivos de interés público que justifican decretar tal dispensa. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en los artículos 19 de la Ley N° 8422 y 39 de su respectivo reglamento (...)”.

(Dictamen N° C-345-2006 del 28 de agosto de 2006)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-366-2006 del 14 de setiembre de 2006)

Naturaleza del régimen de incompatibilidades.

“(…) quienes despliegan su actividad laboral, de empleo o profesional al servicio de la Administración, no sólo tienen el deber de cumplir fielmente sus funciones, sino que pueden también estar obligados a no ejercer otras actividades laborales o profesionales lucrativas, ya sea en el sector público o en el privado, más que en los casos excepcionales previstos por la ley, según demande el propio servicio público. Lo cual supone que incluso no se puedan compatibilizar sus actividades profesionales con el desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público. A esto es lo que se conoce en el Derecho Administrativo como “régimen de incompatibilidades de la función pública”, cuya regulación es manifestación de la transparencia de la Administración Pública que hoy por hoy se constituye en uno de los principios fundamentales que rigen el accionar administrativo. Todo con el objeto de garantizar el correcto y eficaz ejercicio de la función pública (...)”.

(Dictamen N° C-350-2006 del 30 de agosto de 2006)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-446-2006 del 8 de noviembre de 2006)

La incompatibilidad que indica el artículo 18 se refiere a aquellos funcionarios que figuren registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas.

“(…) la prohibición de la clase especial de funcionariado que prevé el numeral 18, de ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas, enfatizándose a la vez que cuando allí se establece la prohibición de que *“tampoco podrán figurar registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas”*, éstas se refieren a los establecimientos que prestan servicios a instituciones o empresas del Estado, incompatibilidad que en principio no sería del caso de las asociaciones deportivas, en virtud de su naturaleza jurídica (…)”.

(Dictamen N° C-366-2006 del 14 de setiembre de 2006)

El último párrafo del artículo 18 tiene como finalidad ajustar la conducta del funcionario a las incompatibilidades de la Ley.

“(…) tenemos que el numeral 18 de la Ley n.° 8422 está creando nuevas reglas en cuanto a las incompatibilidades de los funcionarios públicos que en él se mencionan. En vista de ello, para poder seguir desempeñado los cargos ahí indicados, en el párrafo final del citado artículo, se establece un precepto con el propósito fundamental de que los servidores públicos ajusten su conducta a las nuevas reglas, so pena de incurrir en la incompatibilidad, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva. Estamos, pues, en presencia de una norma de naturaleza transitoria.

(…) En el caso del último párrafo del artículo 18 de la Ley n.° 8422, estamos en presencia de una verdadera norma transitoria, cuyo objetivo es adaptar la situación existente a la nueva realidad creada por la entrada en vigencia de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (…)”.

(Dictamen N° C-350-2004 del 25 de noviembre de 2004)

En vista del plazo que otorga el artículo 18 *in fine*, los funcionarios pueden seguir asistiendo a las sesiones en tanto las entidades toman las medidas correspondientes.

“(…) Vistas así las cosas, no existe ningún impedimento jurídico para que los funcionarios que deben renunciar a cargos en juntas directivas de entidades privadas, continúen asistiendo a sus sesiones durante el plazo que se menciona en el párrafo final del artículo 18. En primer lugar, porque la ley les otorga el derecho de renunciar durante el plazo de treinta días hábiles, en cuyo caso, si lo hacen el último día hábil han actuado conforme a derecho.

En segundo término, porque es lógico suponer que dichos funcionarios, así como las entidades privadas, deben adoptar las previsiones correspondientes, con el fin de no afectar su normal actividad, lo que, de no haberse diseñado de esa forma, podría haber conllevado una responsabilidad del Estado por actividad lícita (ejercicio de la potestad de legislar), de conformidad con el numeral 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, en el eventual caso de que se hubiera causado un daño a alguna entidad privada (…)”.

(Dictamen N° C-350-2004 del 25 de noviembre de 2004)

(En igual sentido puede verse la Opinión Jurídica N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

Los diputados tienen incompatibilidad para desempeñar un puesto en alguna empresa o sociedad que le brinde servicios a la Asamblea Legislativa.

“(…) En el caso de los diputados, tienen incompatibilidad para participar en aquellas sociedades anónimas o fundaciones que le presten servicios a la Asamblea Legislativa o que reciben subvenciones, transferencias, donaciones o la liberación de obligaciones por parte del Estado o de sus órganos, entes o empresas públicas, esto en la medida en que el otorgamiento de esos recursos, se encuentren vinculado al desarrollo de la actividad y la consecución de los fines y objetivos de dichas entidades (artículo 37 del Reglamento a la Ley 8422, Decreto Ejecutivo n.° 32333 de 12 de abril del 2005). Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 112 constitucional (…)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-072-2005 del 3 de junio de 2005)

Aún cuando un funcionario no esté dentro de la lista del artículo 18 debe velar por los principios éticos dentro de la función pública.

“(…) En el caso que nos ocupa, podemos afirmar, en términos generales que los funcionarios del MOPT que tendrían incompatibilidad de participar en la junta directiva de la entidad privada serían Ministro, los Viceministros, el oficial mayor, los directores y subdirectores ejecutivos, los jefes de proveeduría, el auditor y subauditor; no así los demás funcionarios públicos por no estar incluidos dentro de la lista que indica el artículo 18 de la Ley n.º 8422.

Ahora bien, lo anterior no significa, que por el hecho de que no exista la incompatibilidad, en el ejercicio de su cargo estén exentos de cumplir con los deberes éticos y legales que entraña el ejercicio de la función pública. Más aún, en todo momento, su actividad debe estar dirigida a satisfacer primordialmente los intereses públicos (artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública). Además, no pueden comprometer su imparcialidad, deben evitar los conflictos de intereses o favorecer el interés privado en detrimento de los intereses públicos, pues una actuación en tal dirección, los haría incurrir en las causales de responsabilidad administrativa que prevé el numeral 38, inciso b) de la Ley n.º 8422 (…)

(Dictamen N° C-212-2005 del 6 de junio de 2005)

Requisitos para estar dentro de los supuestos del artículo 18.

“(…) Establecido lo anterior, el numeral 18 de la Ley n.º 8422 no prohíbe que las personas designadas como miembros de una junta directiva de una institución autónoma tengan que representar los intereses y criterios del grupo u organización que los propone, debiendo efectivamente pertenecer a ésta. Lo que indica es algo muy distinto, tal y como se estableció anteriormente, y es que, en el caso de las entidades privadas que reciben subvenciones, transferencias, donaciones o la liberación de obligaciones del ICODER, -en este caso según el criterio de la Procuraduría General de la República- y, además del Estado y sus empresas -de acuerdo con el criterio de la Contraloría General de la República, tal y como se expondrá más adelante, el cual, obviamente por estar de por medio fondos públicos, tiene preeminencia-, en la medida en que el otorgamiento dichos recursos se encuentren vinculados al desarrollo de la actividad y la consecución de los fines y objetivos de esas entidades (artículo 37 del Reglamento a la Ley n.º 8422, Decreto Ejecutivo n.º 32333 de 12 de abril de 2005), las personas que representen a las federaciones y asociaciones deportivas, no podrían ser miembros a su vez de la junta directiva del ICODER y de sus juntas directivas. En otras palabras, para caer en el supuesto de hecho de los numerales 18 de la Ley y 37 de su reglamento, es necesario que se den dos condiciones: La primera, que reciban recursos del ICODER, el Estado o de sus empresas. La segunda, que el representante que se propone para la junta Directiva del ICODER sea a su vez miembro de la junta directiva, gerente o representante legal de la entidad privada que recibe estos recursos (…)

(Dictamen N° C-002-2006 del 10 de enero de 2006)

Los funcionarios citados en el artículo 18 tienen incompatibilidad de participar en juntas directivas que brindan servicios a la institución para la cual laboran.

“(…) En el caso que nos ocupa, podemos afirmar, en términos generales que los funcionarios del MOPT que tendrían incompatibilidad de participar en la junta directiva de la entidad privada serían el Ministro, los Viceministros, el oficial mayor, los directores y subdirectores ejecutivos, los jefes de proveeduría, el auditor y subauditor; no así los demás funcionarios públicos por no estar incluidos dentro de la lista que indica el artículo 18 de la Ley n.º 8422 (…)

(Dictamen N° C-212-2005 del 6 de junio de 2005)

La finalidad del régimen de incompatibilidades es sujetar a los funcionarios que tienen puestos de alta jerarquía.

“(…) Como es evidente, la finalidad del régimen establecido en la Ley N° 8422 no es sujetar de forma indiscriminada a todos los funcionarios públicos al régimen de incompatibilidad ahí

establecido, sino fundamentalmente a aquellos que ocupan los puestos de más alta jerarquía dentro del Sector Público, y que se enumeran expresamente en la normativa citada.

Justamente por tratarse de los jerarcas, quienes ostentan poder de decisión sobre las actuaciones de la Administración, es razonable que el legislador haya establecido un régimen tendiente a evitar un conflicto de intereses o un eventual favorecimiento indebido en relación con las actividades que pueda desarrollar el funcionario en el ámbito privado, es decir, una colisión inconveniente entre los intereses públicos que persigue la institución y los intereses de naturaleza privada, conflicto que puede presentarse en caso de configurarse en la práctica alguna de las hipótesis recogidas por la norma, cuyo sentido se explicó en el dictamen arriba transcrito (...)."

(Dictamen N° C-363-2005 del 24 de octubre de 2005)

El régimen de incompatibilidades no impide que los funcionarios integren órganos colegiados de la Administración.

"(...) El artículo 18 de la Ley 8422 de 6 de octubre del 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública no impide, per se, que los sujetos ahí mencionados integren órganos colegiados en entes, órganos o empresas públicas (...)."

(Dictamen N° C-356-2004 del 29 de noviembre de 2004)

Debe tenerse presente que la incompatibilidad del artículo 18 es con las entidades privadas.

"(...) Además de lo anterior, el segundo párrafo del artículo 18 confirma nuestra postura. En efecto, la prohibición que indica la ley no solo rige cuando las empresas privadas presten servicios a instituciones o empresas públicas que, por su naturaleza de la actividad comercial, compitan con ella, sino también cuando, independientemente de los fines de lucro o no, reciban recursos económicos del Estado. En pocas palabras, toda la redacción del numeral, como puede verse, tiene como eje central a las entidades privadas, nunca a órganos, entes o empresas públicas. Incluso en la disposición transitoria que está en el último párrafo del artículo 18, se habla de la debida inscripción registral de la separación, lo que supone que estamos hablando de entidades privadas, toda vez que, por lo general, los nombramientos en las juntas directivas de los órganos y entes públicos no se inscriben en ese registro (...)."

(Dictamen N° C-356-2004 del 29 de noviembre de 2004)

Finalidad del artículo 18 de la Ley.

"(...) En este contexto, el legislador ha considerado como una de las herramientas tendientes a fomentar la probidad en la función pública -mediante la prevención de conflictos de intereses- el disponer que aquellas personas que ocupan los altos cargos enumerados en el artículo 18 arriba transcrito, no desempeñen simultáneamente cargos en juntas directivas de empresas privadas, ni figuren registralmente como sus representantes o apoderados, ni participen en su capital accionario, desde luego, únicamente en caso de que se configure puntualmente alguno de los supuestos contemplados, a saber: a) cuando tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas; b) cuando, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con instituciones o empresas públicas (...)."

(Opinión Jurídica N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

Diferencia entre la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito y la Ley de Contratación Administrativa.

"Nótese que mientras la vocación de la Ley N° 8422 es establecer un marco general de probidad en la función pública que busca erradicar cualquier posible fuente de conflictos de intereses que vengán a contrariar los postulados de una sana administración de los altos jerarcas, las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) sobre el régimen de prohibición buscan resguardar los principios generales de contratación administrativa, constituyéndose

dicho régimen en uno de los aspectos de legalidad a revisar en el marco de la actividad contractual, sujeto a valoración en cada caso concreto.”

(Opinión Jurídica N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

Participación de un funcionario público como miembro de una ONG. Aspectos que deben valorarse para determinar la procedencia de esa participación. Siempre deben observarse los deberes éticos.

“(…) En principio, no existe impedimento legal alguno para que un funcionario público ocupe simultáneamente un puesto en el consejo directivo internacional de una ONG, desde luego, bajo el entendido de que sus funciones a nivel privado serán ejecutadas una vez cumplida su jornada laboral y siempre que no se produzca una desatención o desmejora en el cumplimiento de las responsabilidades que le demanda su condición de servidor público. // Si el funcionario se encuentra ligado por un contrato de dedicación exclusiva, sí tendría impedimento legal para asumir el cargo directivo, toda vez que ello implicaría una infracción a las obligaciones que se derivan de un contrato de esa naturaleza. // - Asimismo, en caso de que el servidor estuviera cubierto por el régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, dependiendo de las funciones y condiciones de nombramiento en el mencionado consejo directivo, eventualmente el funcionario tendría que valorar cuidadosamente si el régimen le impide asumir las responsabilidades de ese cargo directivo, ya sea porque ello implique de algún modo el ejercicio de la profesión o bien su nombramiento obedezca justamente a su condición profesional. // Por otra parte, en una hipótesis como la consultada igualmente se hace necesario determinar si el cargo público que ocupa la persona se encuentra dentro del listado contenido en el artículo 18 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley N° 8422), pues de ser así, habría que valorar si el desempeño de un cargo directivo en la ONG se enmarca en alguno de los supuestos de la norma que da lugar al surgimiento de una incompatibilidad, a saber, si dicha organización le presta servicios a la Administración Pública, compite en el mercado con alguna empresa de servicios públicos o bien recibe subvenciones, transferencias, donaciones o liberación de obligaciones por parte del sector público, bajo las condiciones que establece la norma. // Ahora bien, aún cuando el funcionario no tenga ningún impedimento de orden legal para asumir simultáneamente un puesto directivo en la ONG, debe actuar con estricto apego a un elenco de deberes de carácter ético, que le obligan a garantizar la prevalencia del interés público y el interés institucional sobre cualquier tipo de interés privado, de tal suerte que sus actuaciones dentro de un consejo directivo internacional de una ONG -aún cuando sea fuera de horas de trabajo- no pueden entrañar un conflicto de intereses respecto de los asuntos que se atienden en la institución, ni tampoco pueden ser desarrolladas prevaleciéndose indebidamente de las potestades y de la posición que le confiere su puesto (…)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-054-2006 del 24 de abril del 2006)

Supuestos que contempla el artículo 18 con respecto a las incompatibilidades.

“(…) Para el caso del primer supuesto mencionado, se trata de empresas comerciales que presten servicios a instituciones públicas justamente en ejercicio de su libertad de comercio, ya sea mediante un negocio adjudicado después de tramitarse un procedimiento de licitación, o aún cuando los servicios hayan sido contratados en forma directa o por medio de cualquier otro tipo de procedimiento de contratación administrativa. Por su parte, la segunda hipótesis cabe ilustrarla mediante el típico ejemplo de la actividad bancaria, en donde en el mercado coexisten y compiten tanto entidades bancarias públicas como privadas, de ahí que la norma sanamente pretende impedir que un directivo de algún banco público a su vez se desempeñe como representante, directivo o participe en el capital accionario de la banca privada, toda vez que, como es evidente, ello lo colocaría con toda claridad en una situación incompatible, dado el conflicto de intereses que significaría servir a ambas entidades que están en franca competencia dentro del mercado, ante lo cual no podría guardar la debida lealtad empresarial hacia ambas entidades a la vez (…)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

Los diputados no pueden ejercer simultáneamente la función de representante legal ni ser

propietario de una empresa privada que preste servicios a cualquier institución pública.

“(…) Así las cosas, y puntualmente en relación con la inquietud planteada, ciertamente quien ocupe un cargo de diputado no puede ejercer simultáneamente la función de representante legal ni ser propietario –en virtud de la titularidad del capital accionario- de una empresa privada que preste servicios a cualquier institución pública, como lo es el Instituto Nacional de Aprendizaje.

Ante dicha situación, la normativa arriba citada establece con toda claridad cuál es el procedimiento a seguir para esos casos, sea acreditar ante la Contraloría General de la República la renuncia al cargo que ocupan en la empresa privada y la correspondiente inscripción registral de su separación, o bien el traspaso del respectivo capital accionario (…)

(Opinión Jurídica N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

El artículo 18 no establece expresamente limitaciones en cuanto al traspaso del capital accionario.

“(…) Ahora bien, en cuanto al aspecto del traspaso del capital accionario, se advierte que la norma lo regula en forma genérica, sin limitar o imponer algún tipo de condiciones respecto de las personas a quienes puede ser cedido, donado o vendido ese capital. Así las cosas, a nuestro juicio no cabría interpretar que ese traspaso no puede hacerse a favor de una persona que tiene un vínculo familiar con el funcionario, toda vez que ello significaría ir más allá de lo que establece la norma legal, imponiendo una limitación a los derechos patrimoniales sin verdadero sustento, tomando en cuenta que estamos ante una norma que afecta y limita el ejercicio de derechos fundamentales, situación ante la cual toda interpretación debe ser necesariamente de carácter restrictivo (…)

(Opinión Jurídica N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

No existe ningún impedimento para que un funcionario afectado por las incompatibilidades del artículo 18 pueda traspasar su capital accionario a un familiar, pero, en todo caso, debe respetar el deber de probidad.

“(…) En razón de todo lo expuesto, como regla de principio debemos concluir que legalmente no podría impedirse el traspaso del capital accionario por parte del funcionario afectado por la incompatibilidad a favor de un familiar, en tanto la normativa aplicable no establece expresamente una limitación o prohibición en tal sentido. No obstante, lo anterior no significa que tal facultad pueda ser utilizada indebidamente por el funcionario para -mediante un formal traspaso de las acciones a un familiar- burlar el propósito de la ley, cual es que se aparte de cualquier conflicto de intereses o favorecimiento indebido al ocupar un alto cargo público y a la vez ostentar la propiedad de una empresa que tiene ligámenes comerciales con el Estado. Ello por cuanto lo contrario conllevaría no sólo una infracción al deber de probidad consagrado en el numeral 3° de la Ley N° 8422, sino a la postre hasta podría llegar a configurar un fraude de ley en los términos del artículo 5° de esa misma normativa, todo esto con las consecuencias legales que ello apareja.(…) Bajo este orden de ideas, en principio no existe restricción legal alguna para que la titularidad de las acciones del funcionario cubierto por la incompatibilidad contemplada en el artículo 18 de la Ley N° 8422 pueda traspasarse a un familiar, siempre que ello no se utilice como mampara para encubrir un favorecimiento indebido de sus intereses comerciales privados gracias a las relaciones, influencias, información o cualquier situación similar que le facilite o proporcione su cargo (…)

(Opinión Jurídica N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

Supuestos que impiden la participación de los funcionarios señalados en el artículo 18 en juntas directivas de empresas privadas.

“(…) el legislador ha considerado como una de las herramientas tendientes a fomentar la probidad en la función pública -mediante la prevención de conflictos de intereses- el disponer que aquellas personas que ocupan los altos cargos enumerados en el artículo 18 arriba transcrito, no desempeñen simultáneamente cargos en juntas directivas de empresas privadas, ni figuren

registralmente como sus representantes o apoderados, ni participen en su capital accionario, desde luego, únicamente en caso de que se configure puntualmente alguno de los supuestos contemplados, a saber:

- a) cuando tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas
- b) cuando, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con instituciones o empresas públicas.

Para el caso del primer supuesto mencionado, se trata de empresas comerciales que presten servicios a instituciones públicas justamente en ejercicio de su libertad de comercio, ya sea mediante un negocio adjudicado después de tramitarse un procedimiento de licitación, o aún cuando los servicios hayan sido contratados en forma directa o por medio de cualquier otro tipo de procedimiento de contratación administrativa.

Por su parte, la segunda hipótesis cabe ilustrarla mediante el típico ejemplo de la actividad bancaria, en donde en el mercado coexisten y compiten tanto entidades bancarias públicas como privadas, de ahí que la norma sanamente pretende impedir que un directivo de algún banco público a su vez se desempeñe como representante, directivo o participe en el capital accionario de la banca privada, toda vez que, como es evidente, ello lo colocaría con toda claridad en una situación incompatible, dado el conflicto de intereses que significaría servir a ambas entidades que están en franca competencia dentro del mercado, ante lo cual no podría guardar la debida lealtad empresarial hacia ambas entidades a la vez.

(Opinión Jurídica N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

Los diputados no pueden ser representantes legales ni propietarios de una empresa que preste servicios a una institución pública.

“Así las cosas, y puntualmente en relación con la inquietud planteada, ciertamente quien ocupe un cargo de diputado no puede ejercer simultáneamente la función de representante legal ni ser propietario –en virtud de la titularidad del capital accionario- de una empresa privada que preste servicios a cualquier institución pública, como lo es el Instituto Nacional de Aprendizaje.”

(Opinión Jurídica N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

El capital accionario de los funcionarios señalados en el artículo 18 puede ser traspasado a un familiar, siempre que ello no se utilice como mecanismo para burlar el propósito de la ley.

“Ahora bien, en cuanto al aspecto del traspaso del capital accionario, se advierte que la norma lo regula en forma genérica, sin limitar o imponer algún tipo de condiciones respecto de las personas a quienes puede ser cedido, donado o vendido ese capital. Así las cosas, a nuestro juicio no cabría interpretar que ese traspaso no puede hacerse a favor de una persona que tiene un vínculo familiar con el funcionario, toda vez que ello significaría ir más allá de lo que establece la norma legal, imponiendo una limitación a los derechos patrimoniales sin verdadero sustento, tomando en cuenta que estamos ante una norma que afecta y limita el ejercicio de derechos fundamentales, situación ante la cual toda interpretación debe ser necesariamente de carácter restrictivo.(...)”

En razón de todo lo expuesto, como regla de principio debemos concluir que legalmente no podría impedirse el traspaso del capital accionario por parte del funcionario afectado por la incompatibilidad a favor de un familiar, en tanto la normativa aplicable no establece expresamente una limitación o prohibición en tal sentido.

No obstante, lo anterior no significa que tal facultad pueda ser utilizada indebidamente por el funcionario para -mediante un formal traspaso de las acciones a un familiar- burlar el propósito de la ley, cual es que se aparte de cualquier conflicto de intereses o favorecimiento indebido al ocupar un alto cargo público y a la vez ostentar la propiedad de una empresa que tiene ligámenes comerciales con el Estado. Ello por cuanto lo contrario conllevaría no sólo una infracción al deber de probidad consagrado en el numeral 3° de la Ley N° 8422, sino a la postre hasta podría llegar a configurar un fraude de ley en los términos del artículo 5° de esa misma normativa, todo esto con las consecuencias legales que ello apareja.”

(Opinión Jurídica N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

Artículo 19.—Levantamiento de la incompatibilidad.

Únicamente ante gestión presentada por el interesado, la Contraloría General de la República, mediante resolución fundada y en situaciones calificadas, podrá levantar la incompatibilidad

que se establece en el artículo precedente, cuando pueda estimarse que, por el carácter de los bienes que integran el patrimonio de la empresa en la cual el funcionario es directivo, apoderado o representante, por sus fines o por el giro particular, y por la ausencia de actividad, no existe conflicto de intereses, sin perjuicio de que dicho levantamiento pueda ser revocado por incumplimiento o modificación de las condiciones en que fue concedido.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XII, Folios 3437 a 3438 - 3441, Acta de la Sesión Plenaria N° 177 del 21 de abril de 2003.

Ref: Artículo 39 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL**Sobre el deber de quien presenta la solicitud de levantamiento de incompatibilidad, de aportar elementos de juicio necesarios y suficientes favorables a su procedencia.**

“(…) conviene tener presente que de conformidad con el artículo 19 de la Ley N° 8422, la Contraloría General podrá acordar el levantamiento de una incompatibilidad legal cuando la parte afectada así lo solicite, lo cual evidencia que se trata de una gestión cuya interposición y fundamentación consecuente le corresponden enteramente a la parte petente y no al Órgano Contralor. Es por esta razón que pese a que la Contraloría General, ante la presentación de una solicitud de este tipo, debe proceder a determinar si hay razones suficientes para estimar de manera positiva la gestión, la ausencia de manifestaciones, razones o motivos presentados por la parte solicitante, hacen que el análisis de la gestión se limite a una verificación general de la situación fáctica frente al contenido de las normas aplicables, y no extensivo a la eventual ponderación de elementos o razones de juicio que solo la parte petente conoce, y que por olvido o por propia decisión no ha puesto en conocimiento del Órgano Contralor. Por otra parte el hecho de que se hayan solicitado informaciones y documentación adicionales como parte del análisis de la gestión, no puede ser utilizado para extrañar entonces una falta de prevención sobre la escasa o nula fundamentación de la solicitud de levantamiento, pues tal y como se indicó líneas atrás, estamos en presencia de una gestión que debe ser presentada y fundamentada por el propio interesado, respecto de la cual es facultativo y no obligatorio para el Órgano Contralor el solicitar además de la información mínima para resolver, la formulación y desarrollo de las consideraciones y alegatos que sustentan la solicitud (…).”

(Oficio N° 5183 de las 10:00 horas del 6 de mayo de 2005)

El levantamiento de la incompatibilidad. Vigencia de los deberes de probidad, imparcialidad y objetividad en el desempeño de su cargo.

“(…) Tomando en cuenta lo anterior, este Despacho advierte que en atención al tipo –carácter y a la naturaleza de los servicios prestados por la empresa antes relacionada, los cuales están ligados con la venta de artículos del hogar y el cobro de recibos de telefonía y electricidad, sumado al hecho de que no son prestados a la entidad en la que su persona funge como auditora interna, descartan en principio la posibilidad de estar frente a servicios cuya prestación pueda dar lugar a reales o potenciales conflictos de intereses o bien relaciones contractuales que puedan poner en riesgo sus deberes y obligaciones como servidora pública, no configurándose

en la especie entonces ninguna incompatibilidad en los términos del artículo 18 de la Ley N° 8422.

No obstante lo anterior, conviene tener presente que el *deber de probidad* regulado en el artículo tercero de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, obliga a que la gestión del funcionario público esté orientada a la satisfacción del interés público, asegurándose de guardar objetividad e imparcialidad en sus actuaciones, motivo por el cual su persona deberá de abstenerse de intervenir de cualquier forma en la toma de decisiones que lleven a las empresas --, a prestar en el presente o el futuro a cualquier entidad o empresa pública, los servicios a los que se hace referencia en el oficio de consulta y sobre los que se emite ahora el criterio jurídico solicitado (...)"

(Oficio N° 3027 (DAGJ-644) del 14 de marzo de 2005)

El levantamiento de la incompatibilidad no exime al servidor de la necesaria observancia de la probidad, imparcialidad y objetividad en el desempeño de su cargo.

"(...) De conformidad con lo expuesto (...) se resuelve, si bien tal no ha sido la solicitud de parte de los petentes, declarar el levantamiento de la incompatibilidad mencionada respecto de los servidores P.S.A y J.C.D., en razón de elección como regidores propietario y suplente, respectivamente, de la Municipalidad de -- y su participación como miembro de la Junta Directiva General de la Cruz Roja, en el Comité de --. Lo anterior, sin perjuicio de que el presente levantamiento pueda ser revocado por incumplimiento o modificación de las condiciones en que fue concedido.

(...) Asimismo cabe recordarles que, en observancia del deber de probidad que impone el numeral 3° de la Ley No. 8422, el funcionario debe demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley, así como asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos de la institución. Por lo que, al ser electos como regidores, *deberán abstenerse de participar en cualquier forma* de aquellas decisiones en las que pueda dar lugar a un conflicto de intereses, para efectos de tener ingerencia o tomar parte en las decisiones que le puede afectar positivamente en forma directa. De manera tal que deberá actuar conforme a lo que establece, el artículo 38 del Reglamento a la Ley No. 8422, en cuanto al deber de renuncia (...)"

(Oficio N° 10338 (DAGJ-1221) del 24 de julio de 2006)

Artículo 20.—Régimen de donaciones y obsequios.

Los obsequios recibidos por un funcionario público como gesto de cortesía o costumbre diplomática, serán considerados bienes propiedad de la Nación, cuando su valor sea superior a un

salario base, según la definición del artículo 2° de la Ley N° 7337, de acuerdo con la valoración prudencial que de ellos realice la Dirección General de Tributación, si se estima necesaria. El destino, registro y uso de estos bienes serán los que determine el Reglamento de esta Ley; al efecto podrá establecerse que estos bienes o el producto de su venta, sean trasladados a organizaciones de beneficencia pública, de salud o de educación, o al patrimonio histórico-cultural, según corresponda. De la aplicación de esta norma se exceptúan las condecoraciones y los premios de carácter honorífico, cultural, académico o científico.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo III, Folios 712 a 715, Acta de la Comisión Permanente de

Gobierno y Administración N° 23 del 28 de junio de 2000.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1096, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1299 a 1300, Acta de la Sesión Plenaria N° 68 del 27 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folio 2602, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 36 del 18 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo X, Folios 2874 a 2876 - 2882 a 2885, Acta de la Sesión Plenaria N° 148 del 20 de febrero de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo X, Folios 2902 a 2905 – 2909 a 2926, Acta de la Sesión Plenaria N° 149 del 24 de febrero de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo X, Folios 2943 a 2946, Acta de la Sesión Plenaria N° 150 del 25 de febrero de 2003.

Tema complementario tratado en la discusión de este artículo: Docencia como cargo público

Ref: Artículos 40; 41; 42; 43; 44; 45; 46; 47; 48; 49; 50; 51; 52; y 53 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Pese a que el epígrafe de la norma hace referencia al “Régimen de donaciones y obsequios”, en su contenido se desarrollan algunos supuestos relacionados únicamente con la aceptación de obsequios por parte de funcionarios públicos.

“(…) Efectuada la advertencia anterior, empezaremos por analizar la correspondencia que existe entre el epígrafe del numeral 20 y su contenido, aspecto que resulta de interés por la evidente disparidad que hay entre uno y otro. Y es que el encabezado literalmente señala “Régimen de donaciones y obsequios”, pero dentro del texto del artículo sólo se desarrollan algunos supuestos relacionados con la aceptación de obsequios por parte de funcionarios públicos y no se hace siquiera mención, al régimen de donaciones. Si bien es cierto, ese fue uno de los temas que provocaron discusión entre los Señores Diputados durante el análisis del proyecto, como Ud. seguro recuerda, no hubo ninguna propuesta concreta de reforma en ese sentido y la ley fue aprobada, con dicha imprecisión (…)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-022-2005 del 9 de febrero de 2005)

La restricción se encuentra referida en sentido estricto a los obsequios entregados como gesto de cortesía o costumbre diplomática.

“(…) Si bien la redacción del artículo 20, tal y como quedó plasmada en la Ley, podría prestarse también para otra interpretación, en la cual se distinga entre los obsequios dados como gesto de cortesía bajo cualquier concepto y las dádivas entregadas con motivo de una costumbre diplomática; del expediente legislativo correspondiente a la Ley contra la Corrupción, se infiere que la intención del legislador fue únicamente regular el régimen de obsequios “diplomáticos” (…)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-022-2005 del 9 de febrero de 2005)

Los obsequios entregados junto a una condecoración o premio de carácter honorífico, cultural, académico o científico, pueden ser conservados por el funcionario.

“(…) La redacción de la norma sobre este punto es suficientemente clara, no obstante, resulta de interés transcribir un extracto de las actas, en el cual se sostiene que la voluntad del legislador es que cualquier obsequio que sea entregado junto con la condecoración o premio, puede ser

conservado por el funcionario, con independencia de su valor: “... lo que sí me interesa aclarar es ¿cuál es el sentido de este artículo? y quiero aquí corroborarlo, si nadie me lo aclara. Lo que aquí está contemplado que debe entregarse, precisamente, al patrimonio histórico cultural o a organizaciones de beneficencia pública, es todo aquel obsequio que uno recibo por la condición misma de funcionario público, dice así, “como gesto de cortesía o como costumbre diplomática desde luego, que tenga un valor superior a un salario base. Aquí se está exceptuando, las condecoraciones y premios de carácter honorífico, cultural, académico, científico. Qué pasa, ... van acompañados de un obsequio o de una suma económica, ... Me parece que también está exceptuándose, porque el funcionario no se lo está ganando por la condición de funcionario o de representante de un Gobierno, no es un gesto diplomático de cortesía, es una distinción que el funcionario tiene por su destreza, por su capacidad, por su buen servicio, etc., es por una cuestión particular personal, ese reconocimiento y no por la calidad en sí misma de ser funcionario del Gobierno o ser una costumbre diplomática.” Folio 2875. Conforme a lo anterior, quedan excluidos de la prohibición aquellos obsequios, que constituyan condecoraciones o premios de carácter honorífico, cultural, académico o científico, lo que sugiere que el funcionario puede recibirlos y mantenerlos en su poder, con independencia de su valor (...).”
(Opinión Jurídica N° OJ-022-2005 del 9 de febrero de 2005)

CAPÍTULO III

Declaración jurada sobre la situación patrimonial

Artículo 21.—Funcionarios obligados a declarar su situación patrimonial.

Deberán declarar la situación patrimonial, ante la Contraloría General de la República, según lo señalan la presente Ley y su Reglamento, los diputados a la Asamblea Legislativa, el presidente de la República, los vicepresidentes; los ministros, con cartera o sin ella, o los funcionarios nombrados con ese rango; los viceministros, los magistrados propietarios y suplentes del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el fiscal general de la República, los rectores, los contralores o los subcontralores de los centros de enseñanza superior estatales, el regulador general de la República, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, así como los respectivos intendentes; los oficiales mayores de los ministerios, los miembros de las juntas directivas, excepto los fiscales sin derecho a voto, los presidentes ejecutivos, los gerentes, los subgerentes, los auditores o los subauditores internos, y los titulares de las proveedurías de toda la Administración Pública y de las empresas públicas, así como los regidores, propietarios y suplentes, y los alcaldes municipales.

También declararán su situación patrimonial los empleados de las aduanas, los empleados que tramiten licitaciones públicas, los demás funcionarios públicos que custodien, administren, fiscalicen o recauden fondos públicos, establezcan rentas o ingresos en favor del Estado, los que aprueben y autoricen erogaciones con fondos públicos, según la enumeración contenida en el Reglamento de esta Ley, que podrá incluir también a empleados de sujetos de derecho privado que administren, custodien o sean concesionarios de fondos, bienes y servicios públicos, quienes, en lo conducente, estarán sometidos a las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento.

El contralor y el subcontralor generales de la República enviarán copia fiel de sus declaraciones a la Asamblea Legislativa, la cual, respecto de estos funcionarios, gozará de las mismas facultades que esta Ley asigna a la Contraloría General de la República en relación con los demás servidores públicos.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1287 a 1288, Acta de la Sesión Plenaria N° 68 del 27 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1810, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 28 del 28 de agosto de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2775 a 2779, Acta de la Sesión Plenaria N° 91 del 14 de octubre de 2002.

Ref: Artículos 1 inciso 11); 54; 55; 56; 57; 58; 65; y 66 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Los funcionarios con responsabilidad sobre los fondos públicos son los que están incluidos en esta norma.

“(…) en un proceso licitatorio participa desde el funcionario que identifica la necesidad de la contratación, hasta quien finalmente adjudica y da la orden de inicio, de tal suerte que es un proceso amplio, en el cual intervienen funcionarios de diversos procesos o unidades y con distintos niveles de responsabilidad. Asimismo, se indica que igual situación se presenta con la identificación de los funcionarios con responsabilidad sobre los fondos públicos, pues se tendría por responsable a quien elabore y emita una solicitud de emisión de pago, así como a quien dé trámite a la solicitud, elabore el cheque o transferencia, a quien firme dichos documentos y finalmente realice el depósito. En ese sentido, se cuestiona si la responsabilidad se circunscribe a los encargados de las unidades o procesos, o se trata de aquellos responsables de unidades con características especiales, como lo son la Proveeduría, Tesorería y Presupuesto. (…) la normativa de rango legal no se basta a sí misma para definir con toda claridad la totalidad de los puestos que quedan cubiertos por sus disposiciones. En razón de ello, existe una imposibilidad para aplicar de forma inmediata la regulación, pues se carece de una definición pormenorizada, que, por ello, habrá de brindarla el respectivo reglamento. Ahora bien, en el caso particular de los funcionarios que quedan obligados a presentar su declaración jurada de bienes a partir de la Ley N° 8422, nótese que el propio transitorio II de dicha ley establece expresamente que las personas que anteriormente no estaban obligadas a declarar sus bienes, pero sí deban hacerlo en virtud de esa normativa, contarán con un plazo de cuarenta y cinco días hábiles a partir de la publicación del respectivo Reglamento para cumplir tal obligación. Como se advierte, resulta claro que no será hasta después de publicado el reglamento correspondiente que empiece a correr el plazo para el cumplimiento de tal obligación, y será dicha normativa reglamentaria la que habrá de venir a definir y despejar toda duda respecto de los funcionarios que se entienden sujetos a esta obligación, en relación con la tramitación de licitaciones y la custodia o administración de fondos públicos (…)”.

(Oficio N° 16090 (DAGJ-3421) del 14 de diciembre de 2004)

Los regidores suplentes y propietarios así como los alcaldes municipales, se encuentran obligados a declarar su situación patrimonial.

“(…) En materia de declaraciones juradas de bienes, y concretamente en el caso de los servidores municipales, el artículo 21 párrafo primero de la Ley N° 8422 establece que tanto los regidores suplentes y propietarios, así como los alcaldes municipales, se encuentran obligados a declarar su situación patrimonial ante la Contraloría General, esto de conformidad con dicha norma legal y el reglamento que llegue a emitirse. Adicionalmente al caso de los regidores y alcaldes municipales, no debe perderse de vista que el numeral de cita en su párrafo segundo, incluye además como sujetos declarantes en lo que aquí interesa, a los empleados que tramiten licitaciones públicas, los demás funcionarios públicos que custodien, administren, fiscalicen o recauden fondos públicos, establezcan rentas o ingresos a favor del Estado, y los que aprueben

erogaciones con fondos públicos según la enumeración que llegue a contener el reglamento ejecutivo de la Ley N° 8422. En este sentido conviene señalar, que a efecto de determinar si dentro de estas categorías algún otro servidor municipal resulta o no comprendido, o si es del caso relevado de tal deber tomando en cuenta los sujetos obligados al amparo del reglamento a la ya derogada Ley sobre el Enriquecimiento de los Servidores Públicos, en virtud de la amplitud de las categorías incorporadas en el párrafo segundo de la norma legal de cita, y dado que la norma legal no se basta a sí misma para definir con toda claridad la totalidad de los puestos que quedan cubiertos por dicha disposición, se impone esperar lo que en definitiva disponga la norma jurídica que venga a reglamentar la Ley N° 8422. En todo caso importa rescatar, que el Transitorio II de la Ley N° 8422 dispone expresamente que las personas que anteriormente no estaban obligadas a declarar sus bienes, pero que sí deban hacerlo en virtud de esa normativa, contarán con un plazo de cuarenta y cinco días hábiles a partir de la publicación del respectivo Reglamento para cumplir tal obligación. Así las cosas, a fin de determinar si además de los regidores propietarios y suplentes, y los alcaldes municipales, algún otro servidor municipal estará obligado a declarar su situación patrimonial ante la Contraloría General de la República, habrá que esperar lo que disponga el reglamento ejecutivo a la Ley N° 8422, norma que habrá de venir a definir y despejar las dudas que puedan existir respecto a los funcionarios que en definitiva se entenderán sujetos a esta obligación, con relación a la tramitación de licitaciones públicas y la custodia, fiscalización, recaudación y administración de fondos públicos (...).”
(Oficio N° 1261 (DAGJ-296) del 3 de febrero de 2005)

Entrega del formulario de declaración jurada.

“(...) la entrega de los respectivos formularios se hace en forma personal, de tal modo que el funcionario obligado debe acudir a nuestras oficinas para hacer su retiro y posterior entrega. No obstante, si así lo tiene a bien, el servidor también tiene la posibilidad de extender en forma escrita una autorización, a fin de que otra persona, debidamente identificada y en su representación, haga el retiro del correspondiente formulario (...).”
(Oficio N° 3428 (DAGJ-757) del 29 de marzo de 2005)

Miembro de junta directiva que no tenga derecho a voto quedaría cubierto por la norma.

“(...) Al respecto, debe tenerse presente que de conformidad con lo que dispuesto por el numeral 21 de la citada Ley No. 8422, se encuentran obligados a rendir la declaración jurada sobre su situación patrimonial entre otros “...los miembros de las juntas directivas, excepto los fiscales sin derecho a voto...”. Así, a pesar de que un miembro de junta directiva no tenga derecho a voto quedaría en principio cubierto por la norma, pues no podría aplicársele la excepción que dicha norma contempla para los fiscales sin derecho a voto, pues lo cierto del caso es que la Ley no previó ninguna excepción a esos efectos distinta a la que refiere a la situación particular del fiscal de la junta directiva, por lo que nuevamente procede aplicar el aforismo de que no hay que distinguir donde la ley no lo hace (...).”
(Oficio N° 3432 (DAGJ-760) del 29 de marzo de 2005)

Los miembros de Juntas Directivas están incluidos en la aplicación del artículo 21 de la Ley.

“(...) estamos frente a un supuesto en el que la ley no se basta a sí misma para resultar aplicable en forma inmediata, sino que lo procedente es esperar la publicación del respectivo reglamento a fin de determinar con certeza la totalidad de los funcionarios que la ley sujeta a la obligación de declarar sus bienes. En este sentido, debe recordarse que el artículo 71 de la Ley N° 8422 dispone que “La falta de reglamentación no impedirá la aplicación de esta Ley ni su obligatoria observancia, en cuanto sus disposiciones sean suficientes por sí mismas para ello.” Así, a *contrario sensu*, no es posible una aplicación inmediata de la disposición analizada –en aquellos supuestos que generan alguna duda en cuanto a su aplicación– en tanto el texto legal no es suficiente por sí mismo para ello, por las razones apuntadas, de ahí que lo procedente sea esperar las herramientas que habrán de suministrar las normas reglamentarias en esta materia, momento a partir del cual correrá el plazo previsto para cumplir con tal obligación.

Sin perjuicio de lo anterior, no está de más señalar que, ante lo que pueda considerarse una falta de claridad en el texto normativo, debe recurrirse a los métodos de interpretación reconocidos tanto por el propio ordenamiento jurídico como por la doctrina, entre los cuales encontramos el conocido aforismo jurídico de que *no cabe distinguir donde la ley no distingue*. En efecto, se trata de un principio general que no permite al operador jurídico hacer distinciones que no se desprenden del propio texto de la ley, salvo que existieran elementos claros –como podrían ser, entre otros, los antecedentes legislativos o la integración con otras disposiciones del mismo cuerpo normativo al que pertenece la norma en cuestión– que autoricen darle a la norma un determinado sentido que no se desprende expresa y directamente de su literalidad. En el caso particular, y en aplicación del aforismo indicado, es nuestro criterio que si el legislador no especificó que entre los funcionarios obligados a declarar su situación patrimonial debían estar solamente quienes ocupan el cargo como titulares, sino que la norma simplemente hace referencia, en general, a los miembros de las juntas directivas, debe interpretarse que ello cubre tanto a titulares como a quienes ocupan el cargo en condición de suplentes, es decir, sin distinguir donde la ley no lo hace (...).”

(Oficio N° 3737 (DAGJ-832) del 4 de abril de 2005)

(En igual sentido pueden verse el oficio N° 2538 (DAGJ-536) del 3 de marzo de 2005)

Alcaldes municipales (propietarios o suplentes) deben presentar declaración jurada de bienes.

“(…) si bien el artículo 21 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley No.8422 publicada a La Gaceta No.212 del 29 de octubre de 2004), no especifica expresamente su cargo como pasivo del deber de declarar su situación económica, limitándose a señalar a los Alcaldes municipales, es lo cierto que aplicando la máxima de que no debemos de hacer distinción donde la ley no lo hace, al no especificarse si los Alcaldes son propietarios o suplentes, ha de estarse a la inclusión de ambos cargos (...).”

(Oficio N° 4348 (DAGJ-964) del 19 de abril de 2005)

Servidores de las corporaciones municipales deben declarar.

“(…) Posteriormente, es promulgado el reglamento a la Ley No. 8422 (Decreto Ejecutivo No.32333-MP-J de doce de abril de 2005), mismo que fue publicado en el Alcance 11 a La Gaceta No.82, es decir, justamente el día que en que cumplía el plazo de seis meses que había dado el legislador –artículo 71 de la Ley No. 8422- al Poder Ejecutivo para emitir dicho cuerpo reglamentario. (...) Los artículos 55 y 56 de dicho Reglamento enuncian la lista de funcionarios públicos obligados a declarar su situación patrimonial, en donde en la especie destaca ese último numeral cuando en su aparte V contempla lo relativo a los servidores de las corporaciones municipales (...) Los cargos de Vicealcalde enunciados en el artículo 56 aparte V del Reglamento a la Ley No.8422 se debe entender que se refieren a los Alcaldes suplentes de las corporaciones municipales, al tenor de los artículos 27 de la Ley No. 8422 y el numeral 59 de su Reglamento, en relación con el artículo 14 del Código Municipal, y por lo tanto están obligados a declarar su situación patrimonial (...).”

(Oficio N° 5353 (DAGJ-1213) del 11 de mayo de 2005)

Los miembros de la Junta Directiva de Colegios Profesionales deben rendir declaración jurada de bienes, considerando que dicho órgano no administra fondos públicos, y que sus ingresos provienen exclusivamente de las cuotas de sus agremiados.

“(…) debido a diversas consultas que se han generado por parte de los colegios profesionales sobre este tema, y en aras de establecer una directriz general para dichos entes, este Órgano Contralor está realizando un estudio técnico mediante el cual se definirán los parámetros a aplicar tanto a los funcionarios como a los miembros de las Juntas Directivas de dichos colegios, en relación con el deber de presentar la declaración jurada de bienes. En razón de lo anterior, este Ente Contralor comunicará oportunamente los nuevos lineamientos bajo los cuales se registrará la obligación de presentar declaración jurada de bienes para los Colegios Profesionales; asimismo, con base en dicha directriz se realizarán las correcciones en el sistema

de declaraciones juradas que para tal efecto administran las unidades de recursos humanos (...).”

(Oficio N° 12830 (FOE-DDJ-2960) del 8 de setiembre de 2006)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 12832 (FOE-DDJ-2962) del 8 de setiembre de 2006 y N° 12856 (FOE-DDJ-2963) del 8 de setiembre de 2006)

Los sujetos obligados a declarar no necesariamente se encuentran alcanzados por la prohibición del ejercicio de profesiones liberales.

“(…) según los términos del artículo 21 de la Ley No.8422 y los ordinales 55, 56 y 57 de su Reglamento, de modo que el funcionario sobre quien pese éste último deber ha de cumplirlo independientemente de que se encuentre o no sujeto a la prohibición de comentario (...).”

(Oficio N° 6722 (DAGJ-1531) del 10 de junio de 2005)

Los empleados de las aduanas y los empleados que tramiten licitaciones públicas deben presentar la declaración jurada de bienes.

“(…) quiénes deben presentar declaración jurada de bienes, debe tenerse presente que la Ley 8422 “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”, publicada en el diario oficial La Gaceta 212 del 29 de octubre del 2004, en el artículo 21 párrafo segundo estableció:“(…) También declararán su situación patrimonial los empleados de las aduanas, los empleados que tramiten licitaciones públicas, los demás funcionarios públicos que custodien, administren, fiscalicen o recauden fondos públicos, establezcan rentas o ingresos a favor del Estado, los que aprueben y autoricen erogaciones con fondos públicos, según la enumeración contenida en el Reglamento de esta Ley, que podrá incluir también a empleados de sujetos de derecho privado que administren, custodien o sean concesionarios de fondos, bienes y servicios públicos, quienes, en lo conducente, estarán sometidos a las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento. (...)”. En razón de lo anterior, el Reglamento a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, publicado en el Alcance No. 11 a La Gaceta 82 del 29 de abril del año en curso, enunció en sus artículos 55 a 57 los sujetos que se encontrarían obligados a presentar declaración jurada de su situación patrimonial, siendo de aplicación para esa Autoridad Reguladora el artículo 56 de ese cuerpo normativo. Aunado a lo anterior, debe tenerse en consideración, que la nomenclatura dispuesta en el mencionado Reglamento –salvo los funcionarios que taxativamente se indican en el artículo 21 párrafo primero de la Ley-, debe interpretarse de conformidad con el artículo 21, párrafo segundo, de esa Ley, en el sentido que serán únicamente aquellos sujetos que custodien, administren, fiscalicen o recauden fondos públicos, establezcan rentas o ingresos a favor del Estado, así como los que aprueben y autoricen erogaciones con fondos públicos.(...). En cuanto (...) al período en el cual tienen que presentar la declaración anual los funcionarios obligados a declarar su situación patrimonial, le informamos que conforme al artículo 22 de la Ley y 62 de su Reglamento, deberán hacerlo dentro de los primeros quince días hábiles del mes de mayo de cada año. En ese sentido, los funcionarios que conforme a la Ley anterior venían declarando, debían presentar su declaración anual para este año, a más tardar el 20 de mayo pasado, mientras que para los nuevos declarantes, dicha obligación ocurrirá hasta el mes de mayo del próximo año.(...) el período en el que debe rendir su declaración final, un funcionario que ostente un cargo que conforme a la nueva ley y su reglamento no se encuentre obligado a seguir declarando, siempre que se mantenga en dicho cargo, será de cuarenta días hábiles a partir de la publicación del Reglamento, ello según lo dispuesto por el transitorio VIII del citado Reglamento (...).”

(Oficio N° 7011 (DI-AA-1242) del 17 de junio de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 5176 (DAGJ-1164) del 6 de mayo de 2005; N° 7057 (DI-AA-1246) del 17 de junio de 2005; N° 7021 (DI-AA-1243) de 17 de junio de 2005; N° 7101 (DI-AA-1254) de 20 de junio de 2005; N° 7159 (DI-AA-1268) del 21 de junio de 2005; N° 7125(DI-AA-1263) del 21 de junio de 2005; N° 7443 (DI-AA-1335) del 24 de junio de 2005; N° 7488 (DI-AA-1338) del 27 de junio de 2005; N° 7501 (DI-AA-1342) del 27 de junio de 2005; N° 12368 (DI-AA-2234) del 30 de setiembre de 2005; N° 12369 (DI-AA-2235) del 30 de setiembre de 2005; N° 12371 (DI-AA-2237) del 30 de setiembre de 2005; N° 12372 (DI-AA-2238) del 30

de setiembre de 2005; N° 12373 (DI-AA-2239) del 30 de setiembre de 2005; N° 12376 (DI-AA-2242) del 30 de setiembre de 2005; N° 12382 (DI-AA-2248) del 30 de setiembre de 2005; N° 12801 (DI-AA-2334) del 30 de setiembre de 2005; N° 12831 (DI-AA-2335) del 30 de setiembre de 2005; N° 12839 (DI-AA-2336) del 30 de setiembre de 2005; N° 12841 (DI-AA-2337) del 30 de setiembre de 2005; N° 12889 (DI-AA-2356) del 30 de setiembre de 2005; N° 12891 (DI-AA-2357) del 30 de setiembre de 2005; N° 12893 (DI-AA-2359) del 30 de setiembre de 2005; N° 12948 (DI-AA-2371) del 30 de setiembre de 2005; N° 13067 (DI-AA-2397) del 30 de setiembre de 2005; N° 13068 (DI-AA-2398) del 30 de setiembre de 2005; N° 13070 (DI-AA-2400) del 14 de octubre de 2005; N° 13079 (DI-AA-2403) del 30 de setiembre de 2005; N° 13080 (DI-AA-2404) del 30 de setiembre de 2005; N° 13710 (DI-AA-2567) del 30 de setiembre de 2005; N° 13718 (DI-AA-2571) del 30 de setiembre de 2005; N° 15413 (DI-AA-2893) del 30 de setiembre de 2005; N° 15414 (DI-AA-2894) del 30 de noviembre de 2005; N° 2518 (FOE-DDJ-701) del 20 de febrero de 2006; N° 2725 (FOE-DDJ-721) del 22 de febrero de 2006; N° 02963 (FOE-DDJ-742) del 28 de febrero de 2006; N° 2965 (FOE-DDJ-743) del 28 de febrero de 2006; N° 12193 (FOE-DDJ-2880) del 31 de agosto de 2006 y N° DAGJ-309 del 8 de febrero de 2006)

Los sujetos de derecho privado deben cumplir con las normas contenidas en la Ley.

“(…) En cuanto a la sujeción de este organismo a las normas contenidas en la Ley N° 8422, (…) la aplicación de su régimen debe darse en lo conducente, en todo aquello que se adapte a su condición de sujeto privado que maneja fondos de origen público. En lo referente al régimen de contratación, nótese que la Ley N° 8422 no se ocupa de esta materia, toda vez que ello pertenece a la rama de contratación administrativa, regulada en la Ley N° 7494 y su respectivo reglamento (Ley de Contratación Administrativa), bastando aquí hacer la observación que (…) de conformidad con el numeral 1° de dicha Ley, cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de dicha Ley.(…). El numeral 21 de la Ley N° 8422 (…) la lectura de la parte final del artículo, en cuanto a la posibilidad de incluir también a empleados de sujetos de derecho privado que administren, custodien o sean concesionarios de fondos, bienes y servicio públicos, contiene una redacción que desde luego resultaba insuficiente para tener certeza y claridad respecto de las personas que podrían entenderse cubiertas por esa obligación. Lo anterior cobra especial importancia de frente a la seguridad jurídica que, como valor, debe privar en la definición de las obligaciones que en ejercicio de su potestad de imperio sean impuestas por el Estado, sobre todo en una materia tan sensible como la tutelada por la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. De ahí que, frente a la aplicación efectiva de la norma, en este aspecto constituye una herramienta indispensable la definición que proporcionó el respectivo reglamento ejecutivo, lo cual, en todo caso, así se establece expresamente en el párrafo segundo de la norma en cuestión, y además es confirmado por el Transitorio II de la Ley N° 8422, cuando dispone que “Las personas que, bajo la vigencia de la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, no estaban obligadas a declarar sus bienes, pero sí deban hacerlo en virtud de la presente Ley y su Reglamento, contarán con un plazo de cuarenta y cinco días hábiles a partir de publicación del respectivo Reglamento para cumplir tal obligación” (*el subrayado es nuestro*). Así, estamos ante un supuesto en que la ley no se bastaba a sí misma para resultar aplicable en forma inmediata, sino que lo procedente era esperar la publicación del respectivo reglamento a fin de determinar con certeza la totalidad de los funcionarios sujetos a la obligación de declarar sus bienes, punto en el que cabe recordar que el artículo 71 de la Ley N° 8422 dispone que “La falta de reglamentación no impedirá la aplicación de esta Ley ni su obligatoria observancia, en cuanto sus disposiciones sean suficientes por sí mismas para ello.” Así, a *contrario sensu*, no era posible una aplicación inmediata de la disposición analizada, en tanto el texto legal no resultaba suficiente por sí mismo para ello, por las razones apuntadas. Por todo lo anterior, el respectivo reglamento ejecutivo (DE-N° 32333-MP-J publicado en el Alcance N° 11 al Diario Oficial La Gaceta N° 82 del 29 de abril del 2005), en sus artículos 55, 56 y 57 vino a establecer una lista taxativa de los funcionarios que quedan sometidos a la obligación de presentar la declaración jurada de su situación patrimonial. Como puede advertirse de la lectura del citado numeral, en todos los casos se trata de funcionarios que ocupan puestos en la Administración Pública (entendida en el más amplio de sus sentidos), por lo que debe arribarse a la conclusión de que los servidores

del CENECOOP, R.L. no están obligados a presentar dicha declaración. Ahora bien, a lo anterior debe agregarse una importante aclaración, en el sentido de que en cualquier momento se puede exigir a estos servidores rendir una declaración jurada *por orden singular*, con fundamento en el numeral 23 de la Ley N° 8422. Es decir, eventualmente se podrían ver sometidos a cumplir con esta obligación, ya no porque la norma general sobre declaraciones les resulte aplicable, sino en virtud del ejercicio de esa potestad excepcional que prevé la norma citada tanto a favor de esta Contraloría General como del Ministerio Público. Justamente una hipótesis como la señalada en el párrafo anterior es consecuencia de la posibilidad que deja abierta el numeral 2° de la Ley N° 8422, en lo que se refiere a su cobertura para personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios públicos, siendo el supuesto señalado precisamente un ejemplo de una aplicación *en lo conducente* de este cuerpo normativo a personas que no ocupan un cargo público, según las consideraciones expuestas (...).

(Oficio N° 8559 (DAGJ-2047) del 18 de julio de 2005)

Órgano que aprueba o autoriza erogaciones con fondos públicos debe cumplir con la norma.

“(...) siendo que recientemente la Procuraduría General de la República en el dictamen C-071-2005 de 17 de febrero de 2005 sostuvo que “corresponde a la Junta Directiva aprobar el presupuesto ordinario, así como los extraordinarios y las modificaciones” y no compete esa potestad al Congreso Nacional Cafetalero, conforme al artículo 21 de la Ley No.8422 evidentemente dicho órgano no aprueba o autoriza erogaciones con fondos públicos y siendo su participación en el mismo semejante a otro tipo de órgano colegiados enumerados por el artículo 58 del Reglamento a la Ley No.8422 (Decreto Ejecutivo No.32333-MP-J de 12 de abril de 2005), considera este Despacho que los integrantes del Congreso Nacional Cafetalero no están obligados a declarar sus bienes ante este Órgano Contralor (...).

(Oficio N° 8623 (DAGJ-2056) del 19 de julio de 2005)

Los únicos servidores de la auditoría interna del sector descentralizado cubiertos por tal obligación son el Auditor Interno o Contralor, así como los Subauditores internos y específicos.

“(...) tal como lo hemos sostenido reiteradamente, la redacción en términos generales contenida en el numeral 21 de la Ley N° 8422, respecto de los funcionarios obligados a rendir la declaración jurada de su situación patrimonial—como dispone su propio párrafo segundo— debe entenderse de conformidad con la enumeración de cargos que al respecto disponga el respectivo reglamento. Es así como el Reglamento a dicha ley (Decreto Ejecutivo N° 32333-MP-J publicado en el Alcance N° 11 a la Gaceta N° 82 del 29 de abril del 2005) desarrolla expresamente el listado de puestos que deben entenderse sujetos a esta obligación, a cuyos términos deben ceñirse los funcionarios públicos para tales efectos. (...) referente a los funcionarios de la auditoría interna del sector descentralizado, el artículo 56 del citado reglamento establece expresamente que los servidores obligados a declarar son el Auditor Interno o Contralor, así como los Subauditores internos y específicos, de tal suerte que éstos serían los únicos servidores cubiertos por tal obligación (...).

(Oficio N° 8626 (DAGJ-2058) del 19 de julio de 2005)

Lista taxativa de los funcionarios sometidos a la obligación de presentar la declaración jurada de su situación patrimonial.

“(...) conviene tener presente lo dispuesto por el numeral 21 de la Ley N° 8422, (...), la fórmula general que se utiliza en el párrafo segundo de la norma contiene una redacción que desde luego resultaba insuficiente para tener certeza y claridad respecto de las personas que podrían entenderse cubiertas por esa obligación. Lo anterior cobra especial importancia de frente a la seguridad jurídica que, como valor, debe privar en la definición de las obligaciones que en ejercicio de su potestad de imperio sean impuestas por el Estado, sobre todo en una materia tan sensible como la tutelada por la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. De ahí que, frente a la aplicación efectiva de la norma, en este

aspecto constituye una herramienta indispensable la definición que proporcionó el respectivo reglamento ejecutivo, lo cual, en todo caso, así se establece expresamente en el citado párrafo segundo, y además es confirmado por el Transitorio II de la Ley N° 8422, cuando dispone que “Las personas que, bajo la vigencia de la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, no estaban obligadas a declarar sus bienes, pero sí deban hacerlo en virtud de la presente Ley y su Reglamento, contarán con un plazo de cuarenta y cinco días hábiles a partir de publicación del respectivo Reglamento para cumplir tal obligación” (*el subrayado es nuestro*). Así, estamos ante un supuesto en que la ley no se bastaba a sí misma para resultar aplicable en forma inmediata, sino que lo procedente era esperar la publicación del respectivo reglamento a fin de determinar con certeza la totalidad de los funcionarios sujetos a la obligación de declarar sus bienes, punto en el que cabe recordar que el artículo 71 de la Ley N° 8422 (...) el respectivo reglamento ejecutivo (DE-N° 32333-MP-J publicado en el Alcance N° 11 al Diario Oficial La Gaceta N° 82 del 29 de abril del 2005), en sus artículos 55, 56 y 57 vino a establecer una lista taxativa de los funcionarios que quedan sometidos a la obligación de presentar la declaración jurada de su situación patrimonial (...) en relación con el Poder Ejecutivo en general, se dispone que deben presentar su declaración los Auditores y Subauditores Internos de los Ministerios de Gobierno, de tal suerte que únicamente los funcionarios que ocupan estos cargos deben entenderse incluidos por la normativa en cuestión. En consecuencia, resulta de obligada conclusión que el personal subordinado que labora para la auditoría interna no se encuentra sometido a la obligación de rendir la declaración jurada de su situación patrimonial (...). (Oficio N° 8628 (DAGJ-2060) del 19 de julio de 2005)

El funcionario estará obligado a declarar, en el tanto sus funciones impliquen custodia, administración, fiscalización y recaudación de fondos públicos, otorgamiento de rentas o ingresos a favor del Estado, así como de aprobación y autorización de erogaciones con fondos públicos.

“(...) Sobre el particular, la Ley 8422 “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”, publicada en el diario oficial La Gaceta 212 del 29 de octubre del 2004, en el artículo 21 párrafo segundo estableció: “(...) También declararán su situación patrimonial los empleados de las aduanas, los empleados que tramiten licitaciones públicas, los demás funcionarios públicos que custodien, administren, fiscalicen o recauden fondos públicos, establezcan rentas o ingresos a favor del Estado, los que aprueben y autoricen erogaciones con fondos públicos, según la enumeración contenida en el Reglamento de esta Ley, que podrá incluir también a empleados de sujetos de derecho privado que administren, custodien o sean concesionarios de fondos, bienes y servicios públicos, quienes, en lo conducente, estarán sometidos a las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento. (...)”. En razón de lo anterior, el Reglamento a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, publicado en el Alcance No. 11 a La Gaceta 82 del 29 de abril del año en curso, enunció en sus artículos 55 a 57 los sujetos que se encontrarían obligados a presentar declaración jurada de su situación patrimonial. De esa suerte únicamente los puestos señalados expresamente en esa norma, son los obligados a presentar la declaración jurada de bienes. En cuanto a la nomenclatura aplicable al caso en particular, corresponde a la estipulada en el numeral 56 del Reglamento a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, que señala los puestos que se encuentran obligados a rendir declaración jurada de bienes –entre otros- en la Administración Pública Descentralizada. En ese sentido y para efectos de la presente consulta, debe destacarse que la norma incluyó como puestos exigibles a los Directores, Jefes y Subjefes de Departamento, así como a los Jefes y Subjefes de Dirección (...) respecto al puesto de jefatura de departamento, el funcionario que ostente dicho cargo estará obligado a declarar, en el tanto sus funciones impliquen custodia, administración, fiscalización y recaudación de fondos públicos, otorgamiento de rentas o ingresos a favor del Estado, así como de aprobación y autorización de erogaciones con fondos públicos -puesto que así lo preceptúa el artículo 21 párrafo segundo de la Ley de cita-, de ahí que esa Unidad de Recursos Humanos deberá efectuar un análisis de las funciones del cargo para poder determinar la obligación o no de declaración. (...) aún cuando en el artículo 56 no se haya incluido a los puestos de jefe y subjefe de Servicio o Unidad, debe tenerse presente que conforme al artículo 23 de la Ley de previa cita, esta Contraloría General o el Ministerio Público, podrán exigir en cualquier momento por orden singular, que otros funcionarios públicos que administren o

custodien fondos públicos, no contemplados en el Reglamento, deban presentar declaración jurada de su situación patrimonial. En ese sentido, será hasta tanto el Órgano Contralor o el Ministerio Público determinen dicha situación y le sea comunicada al funcionario, que surge la obligación de rendir la susodicha declaración (...).”

(Oficio N° 12347 (DI-AA-2223) del 30 de setiembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 6960 (DI-AA-1233) del 20 de junio de 2005; N° 6956 (DI-AA-1230) del 21 de junio de 2005; N° 7124 (DI-AA-1262) de 21 de junio de 2005; N° 7247 (DI-AA-1290) del 23 de junio de 2005; N° 12354 (DI-AA-2229) del 30 de setiembre de 2005; N° 12359 (DI-AA-2232) del 30 de setiembre de 2005; N° 12370 (DI-AA-2236) del 30 de setiembre de 2005; N° 12374 (DI-AA-2240) del 30 de setiembre de 2005; N° 12375 (DI-AA-2241) del 30 de setiembre de 2005; N° 12377 (DI-AA-2243) del 30 de setiembre de 2005; N° 12380 (DI-AA-2246) del 30 de setiembre de 2005; N° 12381 (DI-AA-2247) del 30 de setiembre de 2005; N° 13163 (DI-AA-2442) del 30 de setiembre de 2005; N° 13306 (DI-AA-2472) del 30 de setiembre de 2005; N° 13466 (DI-AA-2508) del 30 de setiembre de 2005; N° 13476 (DI-AA-2510) del 30 de setiembre de 2005; N° 13712 (DI-AA-2568) del 30 de setiembre de 2005; N° 13726 (DI-AA-2572) del 30 de setiembre de 2005; N° 15098 (DI-AA-2825) del 30 de setiembre de 2005; N° 05058 (DFOE-DDJ-995) del 18 de abril de 2006; N° 560 (DFOE-DDJ-005) del 24 de enero de 2007)

Aquellos cargos que no se indiquen de forma expresa en la lista taxativa, en principio no se encuentran afectos a la declaración jurada de bienes.

“(...) la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, en su artículo 21 párrafo segundo, señala de forma genérica como obligados a declarar, a otros sujetos distintos de los enunciados en el párrafo primero de esa misma norma, (...). En ese sentido, para la definición del listado de sujetos que responden a ese párrafo, la ley encargó al Reglamento su enunciación, de manera que estos otros sujetos los encontramos definidos en los artículos 55 a 57 del susodicho Reglamento. Aquellos cargos o puestos que no se indique de forma expresa en dichos listados, en principio no se encuentran afectos a la declaración jurada de bienes. Ahora bien, para el caso particular del Tribunal Supremo de Elecciones, el artículo 55 Sección II, numeral V, dispone la lista de cargos o puestos obligados a rendir declaración jurada de bienes. No obstante, analizada la misma, no se encontró que en ella se incluyera a los miembros o integrantes de órganos fiscalizadores de contratos administrativos, de manera entonces que al no contemplarse dentro de la mencionada lista, ese cargo no está afecto al artículo 21 de la Ley de cita y 55 de su Reglamento y por ende no están obligados a rendir declaración jurada de bienes (...).”

(Oficio N° 12352 (DI-AA-2227) del 30 de setiembre de 2005)

El puesto de Vicealcalde, en virtud de las funciones que desempeñarían dentro de las Municipalidades, se encuentra dentro de los contemplados en el artículo 21 de la Ley de cita.

“(...) en cuanto a los sujetos obligados a declarar su situación patrimonial en las corporaciones municipales, está claro que el artículo 56 del Reglamento a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, en el aparte V, incluye el puesto de Vicealcalde, ello en virtud de las funciones que desempeñarían dentro de las Municipalidades, las cuales son contestes con el artículo 21 de la Ley de cita, en el tanto se relacionan con la disposición y manejo de fondos públicos. Ahora bien, debe tenerse presente que a la Ley lo que interesa en ese cargo es la función potencial y no si ésta será en la práctica esporádica o no remunerativa (esto último en el evento de presentarse voluntariamente a las sesiones del Concejo), puesto que precisamente su nombramiento encuentra razón de ser en la suplencia que éste efectuaría al alcalde titular (...).”

(Oficio N° 12353 (DI-AA-2228) del 30 de setiembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse el oficio N° 12367 (DI-AA-2233) del 30 de setiembre de 2005)

Únicamente los miembros de comisiones de adjudicación son los obligados a rendir declaración jurada de bienes.

“(…) el artículo 57 del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, preceptúa que deberán presentar declaración los funcionarios que se encuentren nombrados en las comisiones de adjudicación en los órganos y entes que conforman la Administración Pública. (...) únicamente los miembros de comisiones de adjudicación son los obligados a rendir declaración jurada de bienes, puesto que la norma no contempla expresamente a las comisiones de análisis o recomendación de adjudicación (...)”.

(Oficio N° 12378 (DI-AA-2244) del 30 de setiembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse el oficio N° 12350 (DI-AA-2225) del 30 de setiembre de 2005)

Los miembros de Junta Directiva, ni los Gerentes Deportivos de los Comités de Deportes y Recreación no se incluyen expresamente como obligados a rendir declaración jurada de bienes.

“(…) en cuanto a las Corporaciones Municipales comprendidas en el artículo 56 inciso V), no se incluye expresamente como obligados a rendir declaración jurada de bienes, a los miembros de Junta Directiva, ni los Gerentes Deportivos de los Comités de Deportes y Recreación. (...) quedando a salvo la potestad que tiene este Órgano Contralor o el Ministerio Público, de solicitar declaraciones de bienes –por orden singular-, a funcionarios específicos posteriormente, según lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley de cita (...)”.

(Oficio N° 12894 (DI-AA-2360) del 30 de setiembre de 2005)

Otros funcionarios que deberán cumplir con la rendición de dicha declaración jurada.

“(…) debemos indicar que con la promulgación de la Ley arriba citada se produjo una ampliación significativa de los funcionarios que se encuentran obligados a rendir la declaración jurada sobre su situación patrimonial, listado que fue ampliado y precisado en los numerales 55, 56 y 57 del Reglamento. (...) Evidentemente el deber de declarar la situación patrimonial constituye una limitación u restricción para las personas que ejercen determinados cargos u funciones, por la obligación que impone la norma de brindar dicha declaración jurada en el tiempo y forma allí dispuesta. Como se colige fácilmente en la primera parte del numeral 21 de la Ley de cita, se elabora un listado de funcionarios que deben cumplir con dicha obligación. Luego se establece un segundo marco referencial de funcionarios que deberán cumplir también con la rendición de dicha declaración jurada, al disponer: “...También declararán su situación patrimonial los empleados de las aduanas, los empleados que tramitan licitaciones públicas, los demás funcionarios públicos que custodien, administren, fiscalicen o recauden fondos públicos, establezcan rentas o ingresos a favor del Estado, los que aprueben y autoricen erogaciones con fondos públicos, según lo enumeración contenida en el Reglamento de esta Ley.....” (...)”.

(Oficio N° 14411 (FOE-DDJ-180) del 10 de noviembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse el oficio N° 14863 (FOE-DDJ-0238) del 17 de noviembre de 2005)

Las Unidades de Recursos Humanos, Oficinas de Personal o similares, son las que fijan los lineamientos de interpretación para determinar cuáles son los funcionarios que se encuentran obligados a rendir la declaración.

“(…) consideramos pertinente traer a colación la Circular emitida por la Contraloría General de República DI –AA- 2163 del 28 de setiembre del 2005, precisamente dirigida a “las Unidades de Recursos Humanos, Oficinas de Personal o similares”, que fija los lineamientos de interpretación para determinar cuáles son los funcionarios que se encuentran obligados a rendir declaración sobre su situación patrimonial, conforme los determinan los numerales 55, 56 y 57 del Reglamento a la Ley N° 8422 y cuyo derrotero sustancial se encuentra plasmado en el párrafo segundo del numeral 21 de la Ley 8422 en referencia y que conforme lo indica dicha directriz de este órgano contralor, deberán rendir esa declaración: “..aquellos sujetos que

custodien, administren, fiscalicen o recauden fondos públicos, establezcan rentas o ingresos a favor del Estado, así como los que aprueben y autoricen erogaciones con fondos públicos, tal y como lo desarrolla el artículo 1° del Reglamento...”. De igual manera resulta pertinente tener presente que cuando en alguno de los funcionarios referidos no concurrieran los parámetros que dan lugar para rendir la declaración jurada sobre su situación, el numeral 23 de la Ley N° 8422 contiene la previsión de que la Contraloría General pueda requerirle en cualquier momento a todo funcionario público, por orden singular proceda a rendirla (...).”

(Oficio N° 14807 (FOE-DDJ-232) del 16 de diciembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 14811 (FOE-DDJ-0233) del 16 de diciembre de 2005; N° 14941 (FOE-DDJ-247) del 18 de noviembre de 2005; N° 14950 (FOE-DDJ-249) del 18 de noviembre de 2005; N° 15285 (FOE-DDJ-303) del 24 de noviembre de 2005; N° 15286 (FOE-DDJ-304) del 24 de noviembre de 2005; N° 16231 (FOE-DDJ-400) del 12 de diciembre de 2005; N° 16400 (FOE-DDJ-420) del 13 de diciembre de 2005 y N° 17056 (FOE-DDJ-498) del 16 de diciembre de 2005)

Independientemente del nombre que se le asigne al puesto, si el ejercicio de éste implica la administración de recursos públicos, debe rendirse la declaración jurada de la situación patrimonial del funcionario.

“(...) partiendo del marco legal estipulado en el artículo 21 de la Ley N° 8422 de 6 de octubre del 2004, *“Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”*, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de ese mismo mes y año, por la jerarquización de las normas establecida en los numerales 6 y 29 de la Constitución Política; 1 del Código Civil, y 6 de la Ley General de Administración Pública, en razón de la prevalencia normativa, resulta evidente que la norma a aplicarse es el texto del numeral 21 de la Ley N° 8422, sin que sea dable que su efectividad pueda ser afectada por la aparente antinomia surgida de una norma de menor rango jerárquico como son los artículos 56 y 58 del Reglamento. Así las cosas, consideramos que independientemente del nombre que se le asigne al puesto, si el ejercicio de éste implica la administración de recursos públicos, debe rendirse la declaración jurada de la situación patrimonial del funcionario, ya que tanto los miembros de las Juntas Administrativas de los Colegios, las Juntas de Educación que administran las escuelas, y los funcionarios de ambas, ostenta la condición de funcionarios públicos, aunque los miembros de ambas Juntas no devenguen salario ni reciban emolumento alguno, pero tienen la responsabilidad de los funcionarios públicos al administrar fondos públicos (...).”

(Oficio N° 02163 (FOE-DDJ-443) del 14 de febrero de 2006)

Los miembros de juntas directivas están afectos a la obligación de presentar declaración de bienes.

“(...) De un análisis e integración del artículo 21 de la Ley 8422, con lo dispuesto por el artículo 56 del Reglamento, se desprende claramente que tanto la ley como el reglamento, han contemplado el cargo de miembros de juntas directivas, como afecto a la obligación de presentar declaración de bienes y eso es así, ya que expresamente el artículo 21 lo indica, además el artículo 56 de la normativa en mención expresamente incluyó el cargo de miembros de las Juntas Directivas. Por otra parte, de conformidad con la Ley de Creación de la Oficina Nacional Forestal, No. 7575 del 16 de abril de 1996, se desprende que los miembros de la Junta Directiva de ese ente tienen dentro de sus competencias –conforme al inciso i) del artículo 10–, la obligación de presentar ante la Contraloría General de la República un informe anual sobre el uso de los recursos públicos asignados, es decir esa competencia está directamente referida a la potestad de administrar fondos públicos, contenida en el artículo 21 de la Ley 8422. Asimismo, conforme lo dispone el artículo 11 de la Ley No. 7575, el Estado aportará a la Oficina Nacional Forestal, la transferencia del diez por ciento de la recaudación del impuesto forestal establecido por dicha legislación, además se incluye la transferencia del 40% del monto que la Administración Forestal del Estado reciba por los decomisos originados en las infracciones a esta Ley. (...) concluye entonces que los miembros de la Junta Directiva de la Oficina Nacional Forestal están afectos a presentar la declaración jurada de bienes, por cuanto administran fondos públicos y el cargo de miembros de juntas directivas, está expresamente indicado tanto

en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, como en su reglamento (...)."

(Oficio N° 14131 (FOE-DDJ-3174) del 05 de octubre de 2006)

Le corresponde a la Oficina de Recursos Humanos determinar para cada caso en particular que funcionarios deben de declarar.

"(...) Del análisis e integración del artículo 21 de la ley 8422, con lo dispuesto por el artículo 54 del Reglamento, se desprende claramente que en cuanto a personas obligadas a declarar en relación con las funciones que desempeñan, debe existir una resolución expresa que asigne dichas funciones, además dicho cargo estará sujeto a la obligación de declarar, en el tanto administre, custodie o fiscalice fondos públicos y se encuentre relacionado con el listado por nomenclatura o funciones que detallan los artículos 55 y 56 del reglamento en comentario. (...) es competencia de este Órgano Contralor fijar e interpretar los parámetros de legalidad que conllevan la obligación de declarar, no obstante se escapa de sus facultades determinar para cada caso en particular que funcionarios deben de declarar, labor que corresponde a la Oficina de Recursos Humanos, a tenor de lo dispuesto por el numeral 21 de repetida cita. Es por ello que el artículo 28 de la Ley N° 8422 establece como deber legal de las oficinas de recursos humanos u oficinas de personal de cada órgano o entidad de la Administración Pública, de informar a la Contraloría General el listado de funcionarios obligados a rendir declaración jurada de la situación patrimonial de bienes e informar al funcionario, en cada caso, de la obligación de su cumplimiento, bajo responsabilidad administrativa por falta grave (artículos 40, 44 de la Ley N° 8422 y 78 y 79 del reglamento). (...) le corresponde a la Unidad de Recursos Humanos del Ministerio de Ambiente y Energía determinar si con base en las nuevas funciones asignadas a su persona, su puesto está afecto a la obligación de declarar respetando los lineamientos emitidos por esta Contraloría General (...)."

(Oficio N° 14134 (FOE-DDJ-3175) del 05 de octubre de 2006)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 14422 (FOE-DDJ-3228) del 11 de octubre de 2006; N° 14514 (FOE-DDJ-3232) del 13 de octubre de 2006; N° 14516 (FOE-DDJ-3233) del 11 de octubre de 2006; N° 14543 (FOE-DDJ-3234) del 13 de octubre de 2006; N° 14938 (FOE-DDJ-3304) del 25 de octubre de 2006; N° 15570 (FOE-DDJ-3438) del 22 de noviembre de 2006; N° 16258 (FOE-DDJ-3548) del 22 de noviembre de 2006 y N° 16260 (FOE-DDJ-3549) del 22 de noviembre de 2006).

El cargo de subauditor está sujeto al deber de declarar.

"(...) el artículo 21 de la Ley en comentario establece en su párrafo primero un listado de funcionarios afectos a la obligación de presentar declaración jurada sobre su situación patrimonial, entre los cuales se encuentra el cargo de subauditor, lo que conlleva a que todos aquellos funcionarios que desempeñen dicho puesto, están sujetos a dicho deber. La normativa antes descrita pretende regular la obligación de declarar de todos aquellos funcionarios que ejercen formalmente tanto los puestos indicados en el artículo 21 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, como los detallados en los artículos 55 y 56 del reglamento de cita. (...)."

(Oficio N° 14136 (FOE-DDJ-3176) del 9 de octubre de 2006)

(En igual sentido pueden verse el oficio N° 960 (DAGJ-201) del 26 de enero de 2005)

Solo los funcionarios públicos costarricense se encuentran obligados a declarar.

"(...) no se encuentra obligado a presentar la declaración jurada de su situación patrimonial ante este órgano contralor, porque (...) no ostenta la condición de "funcionario público costarricense", y trabaja para una empresa estatal alemana (no sujeto de derecho privado que administra fondos públicos) y está amparado al régimen especial de "Misión Internacional"(...)."

(Oficio N° 2958 (FOE-DDJ-738) del 27 de febrero de 2006)

Son declarantes a aquellos funcionarios que ocupen un cargo dentro de la Administración Pública.

“(…) De un análisis e integración del artículo 21 de la ley 8422, con lo dispuesto por los artículos 55 y 56 del Reglamento, se desprende claramente que la finalidad de la ley fue integrar como declarantes a aquellos funcionarios que ocupen un cargo dentro de la Administración Pública entendiéndose por ésta, a los tres Poderes de la República, las Instituciones Autónomas, las Municipalidades y otros órganos o entidades consideradas entes públicos. La regulación no incluyó aquellos órganos, supranacionales, como por ejemplo Organismo Internacionales o Regionales, en los cuales está representada Costa Rica, por medio de un miembro o delegado. Asimismo, del análisis de las normas supra mencionadas se concluye que ni la Ley ni el Reglamento contemplaron como presupuesto obligado a presentar declaración de bienes a los Delegados que el Gobierno de Costa Rica designe ante Organismos Internacionales, tales como la Organización Mundial de la Salud Animal. (...) el desempeño del cargo de Delegado de Costa Rica ante la Organización Mundial de Sanidad Animal y Producción Pecuaria no está afecto a la obligación de presentar declaración jurada de bienes (...)”.

(Oficio N° 13544 (FOE-DDJ-3055) del 25 de setiembre de 2006)

(En igual sentido pueden verse el oficio N° 13549 (FOE-DDJ-3056) del 25 de setiembre de 2006)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

El órgano llamado a exigir la presentación de la declaración jurada patrimonial es la Contraloría General de la República.

“(…) Como se ha podido observar de todo lo expuesto, es por mandato constitucional y legal que la Contraloría General de la República; o en su caso el Ministerio Público, por medio del fiscal general, quienes están llamados a exigir, a todo funcionario público que administre o custodie fondos públicos, la presentación de la declaración jurada de su situación patrimonial. De manera que en virtud del principio de legalidad regente en todas las actuaciones de la Administración Pública, según los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, no es posible que dentro de las políticas de empleo que se pretende imponer en la institución bajo su cargo, se implemente ese tipo de disposiciones, sino es en contravención con la precitada normativa (...)”.

(Dictamen N° C-503-2006 de 21 de diciembre de 2006)

Artículo 22.—Presentación de las declaraciones inicial, anual y final.

La declaración inicial deberá presentarse dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de nombramiento o la de declaración oficial de la elección por parte del Tribunal Supremo de Elecciones, cuando se trate de cargos de elección popular.

Para efectos de actualización, también deberá presentarse cada año, dentro de los primeros quince días hábiles de mayo, una declaración en la cual se hagan constar los cambios y las variaciones en relación con la situación patrimonial declarada. Por último, dentro del plazo de los treinta días hábiles inmediatos al cese de funciones, los funcionarios públicos deberán presentar una declaración jurada final, en la cual se reflejen los cambios y las variaciones en la situación patrimonial; lo anterior según las disposiciones reglamentarias que se dicten al efecto de conformidad con esta Ley. Las declaraciones serán formuladas bajo fe de juramento.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1300, Acta de la Sesión Plenaria N° 68 del 27 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1379 a 1382, Acta de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad N° 3 del 3 de junio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folio 2603, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 36 del 18 de setiembre de 2002.

Ref: Artículos 54; 61; 62 y 63 del Reglamento.

Presentación de la declaración jurada de bienes en el caso de nombramientos en forma interina.

“(...) el artículo 54, párrafo segundo, del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, establece que para el caso de los nombramientos contemplados en los incisos b), c) y d) del mismo numeral (nombramientos en forma interina, a plazo fijo o con recargo o asignación de funciones mediante resolución expresa), el período transcurrido en el ejercicio del cargo que los obliga a declarar, deberá ser igual o mayor a seis meses en forma continua. Así mismo el párrafo tercero de dicho numeral estipula que el plazo para presentar la declaración inicial empezará a contar a partir de la fecha en que rige el nombramiento, recargo o asignación de funciones como mínimo por seis meses, o bien desde que rige el nombramiento, recargo o asignación de funciones para completar como mínimo dicho plazo. (...) el funcionario nombrado en forma interina tiene la obligación de presentar la declaración jurada de bienes, en el momento en que se le comunica su nombramiento interino por un período igual o mayor a seis meses en forma continua. En caso de que se le comunique el nombramiento por seis meses o más desde un inicio, la obligación de presentar dicha declaración surge desde el momento en que se efectúa la comunicación respectiva, y si fue nombrado inicialmente por un período menor a los seis meses y posteriormente se le prorroga el nombramiento por un período que, sumado al anterior, es igual o mayor a los seis meses, la obligación surge a partir del momento en que se le comunica la prórroga.(...) si el nombramiento interino es menor a los seis meses no existe obligación de presentar declaración jurada de bienes, y si el nombramiento menor a ese periodo cesa o se interrumpe para luego darse otro también menor a los seis meses, tampoco existe obligación de presentar la declaración jurada de la situación patrimonial (...)”.

(Oficio N° 12502 (DI-AA-2280) del 30 de setiembre de 2005)

Cuando el funcionario se encuentre suspendido en su puesto persiste su obligación de presentar la declaración jurada de bienes.

“(...) del principio de legalidad que rige el actuar de la Administración, según lo demanda el artículo 11 de la Constitución Política y su homónimo artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, ésta actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos que autorice dicho ordenamiento. En ese sentido, ni la Ley 8422 “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”, ni su Reglamento disponen excepción alguna cuando el funcionario obligado a declarar sea suspendido de su cargo. De esa forma, pese que dicha suspensión le impide al servidor fungir en su puesto, lo cierto es que el resto de deberes como funcionario público se mantienen incólumes, de modo tal que su obligación de presentar la declaración jurada de bienes persiste (...)”.

(Oficio N° 12383 (DI-AA-2249) del 30 de setiembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse el oficio DAGJ-1927-2006 del 29 de noviembre de 2006)

Fecha de presentación de la declaración jurada sobre la situación patrimonial por parte de los diputados de la Asamblea Legislativa.

“(...) el plazo a partir del cual inicia el cómputo de los treinta días para rendir la declaración, lo es el momento de la comunicación de la resolución del Tribunal Supremo de Elecciones, en la que se oficializa el resultado de las elecciones, poniendo en conocimiento de los partidos políticos, el número de plazas que a ellos les corresponde en la Asamblea Legislativa. (...) En

ese sentido, debe advertirse que el artículo 22 de la Ley N° 8422, es claro en establecer (...), disponiendo en lo que interesa que: “La declaración inicial deberá presentarse dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de nombramiento o la de declaración oficial de la elección por parte del Tribunal Supremo de Elecciones, cuando se trate de cargos de elección popular (...)”.

(Oficio N° 6243 (DAGJ-803) del 17 de mayo de 2006)

(En igual sentido pueden verse el oficio N° 7104 (DI-AA-1257) del 20 de junio de 2005)

Funcionario que está obligado a presentar su declaración jurada de bienes final.

“(...) La única excepción aplicable al caso en estudio, es la prevista en el artículo 72 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública que al afecto establece: “Los declarantes que sean reelectos en sus cargos o pasen a ocupar otro cargo público de los contemplados en el presente Capítulo, no quedan obligados a rendir la declaración final y la inicial si el cargo se asume en un plazo no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha en que dejaron el cargo anterior.” (...) si el nuevo puesto no conlleva la obligación de declarar, se deberá presentar la declaración final de bienes de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley en comentario (...)”.

(Oficio N° 14421 (FOE-DDJ-3226) del 11 de octubre de 2006)

Funcionario que ocupe dos o más cargos simultáneamente, para los cuales se exige la declaración jurada de bienes, bastará que rinda una sola declaración.

“(...) debe tenerse presente lo que establece el artículo 64 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, cuyo texto indica: *Artículo 64.—Funcionario que ocupa varios cargos. En el caso de que un funcionario ocupe dos o más cargos simultáneamente, para los cuales se exige la declaración jurada de bienes, bastará que rinda una sola declaración para dar cumplimiento al mandato legal, tanto respecto de la declaración inicial como de la declaración anual. En caso de cesar en uno de los cargos, el funcionario no está obligado a rendir la declaración final, sino una vez que haya concluido su función pública en todos los cargos que le obligan a declarar.*”(...) no estaría sujeto a presentar la declaración inicial por el nombramiento realizado ante el INAMU (...)”.

(Oficio N° 14513 (FOE-DDJ-3231) del 13 de octubre de 2006)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 15196 (FOE-DDJ-3351) del 31 de octubre de 2006 y N° 16320 (FOE-DDJ-3564) del 24 de noviembre de 2006)

Fecha para la presentación de la declaración jurada de bienes inicial en el caso de cargos de elección popular.

“(...) Dice la norma en lo que interesa: “*Artículo 22. —Presentación de las declaraciones inicial, anual y final. La declaración inicial deberá presentarse dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de nombramiento o la de declaración oficial de la elección por parte del Tribunal Supremo de Elecciones, cuando se trate de cargos de elección popular (...)*”. Como puede verse, este numeral incluye una diferencia en el tratamiento en uno u otro caso, pues para los primeros el plazo para declarar toma como punto de partida la fecha de nombramiento, mientras que para los segundos, el cómputo inicia una vez hecha la declaratoria oficial por parte del Tribunal Supremo de Elecciones. (...) Ahora bien, no debe perderse de vista el carácter personalísimo que encierra el acto de declaración, así como la obligación del Tribunal Supremo de Elecciones, de comunicar los resultados de los procesos de elección (en este caso de alcaldes y regidores) según lo establecen los artículos 102 inciso 8) de la Constitución Política; 18 inciso a), 19 inciso e) y 147 del Código Electoral y 106 de la Ley Orgánica de ese Tribunal, motivo por el cual el plazo correspondiente, inicia una vez que la resolución respectiva se publica en el diario oficial La Gaceta. Por otra parte, con relación a los nombramientos por voluntad administrativa sin participación popular, en los cuales de conformidad con el artículo 22 antes citado, el plazo para declarar rige a partir de la fecha de nombramiento, debe advertirse la situación particular en la que se encuentran, nombramientos de este tipo que requieren además de una publicación en el diario oficial La Gaceta (la cual viene a fungir como requisito de eficacia de los mismos),

supuesto en el que a nuestro juicio, el plazo para declarar inicia su marcha una vez hecha la publicación respectiva (...)."

(Oficio DAGJ-1927-2006 del 29 de noviembre de 2006)

Es igualmente válido para autenticar el sello blanco que el tradicional de tinta.

"(...) Sobre este particular, interesa apuntar que el denominado sello blanco corresponde al notario público, quien de manera previa requiere ser abogado (artículo 3 del Código Notarial), y además se encuentra autorizado legalmente para autenticar firmas (artículo 34 inciso i) del Código Notarial), de ahí que no encontramos impedimento, para que la autenticación se haga con uno u otro sello(...)"

"(...) Por otra parte, no vemos razón para no permitir que la autenticación respectiva, la pueda realizar un abogado de la misma entidad en la que labora o presta sus servicios el declarante, lo anterior en igualdad de condiciones que cualquier otra persona que reúna los requisitos académicos, legales y profesionales necesarios y suficientes para ello, por lo cual ese profesional en derecho, no podrá recibir remuneración alguna (...)."

(Oficio N° DAGJ-1927 del 29 de noviembre de 2006 aclarado mediante el N° DAGJ-1991 del 11 de diciembre de 2006)

Artículo 23.—Declaración jurada por orden singular.

El hecho de que un servidor público no esté obligado a presentar declaración jurada sobre su situación patrimonial, no impedirá realizar las averiguaciones y los estudios pertinentes para

determinar un eventual enriquecimiento ilícito o cualquier otra infracción a la presente Ley. Para tal efecto, la Contraloría General de la República o el Ministerio Público, por medio del fiscal general, en cualquier momento podrá exigir, por orden singular, a todo funcionario público que administre o custodie fondos públicos, que presente declaración jurada de su situación patrimonial. En tal caso, a partir de ese momento el funcionario rendirá sus declaraciones inicial, anual y final, bajo los mismos plazos, términos y sanciones previstos en esta Ley y su Reglamento, pero el término para presentar la primera declaración correrá a partir del día siguiente a la fecha de recibo de la orden. El Ministerio Público enviará a la Contraloría General de la República copia fiel de las declaraciones que reciba.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo X, Folio 2949, Acta de la Sesión Plenaria N° 150 del 25 de febrero de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIV, Folio 3857, Acta de la Sesión Plenaria N° 92 del 20 de octubre de 2003.

Ref: Artículo 69 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Declararán su situación patrimonial los empleados de sujetos de derecho privado que administren, custodien o sean concesionarios de fondos, bienes y servicios públicos, quienes, en lo conducente, estarán sometidos a las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento.

"(...) Al respecto, debemos señalar que, la Ley 8422 "Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública", en el artículo 21 párrafo segundo estableció: "(...) También declararán

su situación patrimonial (...) empleados de sujetos de derecho privado que administren, custodien o sean concesionarios de fondos, bienes y servicios públicos, quienes, en lo conducente, estarán sometidos a las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento. (...)”. En razón de lo anterior, el Reglamento a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, publicado en el Alcance No. 11 a La Gaceta 82 del 29 de abril del año en curso, dispuso en el artículo 69, lo siguiente: *“Artículo 69.- Declaración jurada por orden singular. La Contraloría General de la República o el Ministerio Público por medio del Fiscal General, podrá exigir en cualquier momento por orden singular, a cualquier otro funcionario público de los no contemplados en este capítulo, que administre o custodie fondos públicos, el deber de presentar declaración jurada de su situación patrimonial. Se incluye dentro de esta disposición los empleados, apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de sujetos de Derecho Privado que administren, custodien o sean concesionarios de fondos, bienes y servicios públicos. Dichos sujetos deberán rendir sus declaraciones juradas inicial, anual y final bajo los mismos términos y condiciones que los demás sujetos declarantes, a excepción de la primera declaración que correrá a partir del día hábil siguiente a la fecha de recibo de la orden respectiva.”* (El resaltado no es parte del original). De esa manera, conforme al numeral de cita, los sujetos de derecho privado que custodien o administren fondos públicos de momento no se encuentran obligados a que sus empleados, apoderados, administradores, gerentes y representantes legales, rindan declaración jurada de bienes, hasta tanto, este Órgano Contralor o el Ministerio Público, haciendo uso de sus facultades y de la declaración por orden singular, así lo dispongan, en cuyo caso, la obligación para funcionario, surgiría a partir del momento que le sea comunicada la orden de rendir dicha declaración (...).”

(Oficio N° 12341 (DI-AA-2220) del 30 de setiembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 6961 (DI-AA-1234) del 20 de junio de 2005; N° 7362 (DI-AA-1312) del 23 de junio de 2005; N° 6395 (DAGJ-1469) del 3 de junio de 2005; N° 6755 (DAGJ-1546) del 10 de junio de 2005; N° 7046 (DAGJ-1644) del 16 de junio de 2005 y N° 8298 (DAGJ-1960) del 11 de julio de 2005)

La posibilidad de que otros funcionarios deban rendir declaración jurada de bienes.

“(...) debe valorarse que las funciones que conlleven tales cargos impliquen la custodia, administración, fiscalización o recaudación de fondos públicos, establecimiento de rentas a favor del Estado, o aprobación y autorización de erogaciones con fondos públicos y por ende sean acordes con lo preceptuado por el artículo 21 párrafo segundo de la Ley de comentario y pueda válidamente, el Ministerio Público o esta Contraloría General, en cualquier momento por orden singular exigir al funcionario público que ostente el cargo, el deber de presentar la declaración jurada de bienes, según lo autoriza el artículo 23 de la Ley y 69 de su Reglamento. En ese sentido, no debe perderse de vista que si bien la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, tiene como una de sus finalidades ampliar el espectro de declarantes, es lo cierto que esta Contraloría General tiene una capacidad limitada y debe garantizarse el recibo de declaraciones que pueda fiscalizar en los términos que le demanda la Ley, siéndole materialmente imposible pretender abarcar la totalidad de puestos de la Administración Pública que implique el manejo y disposición de fondos públicos. Acorde con lo anterior, aquellos sujetos que se incluyan por orden singular han de ser necesariamente trascendentes, caso contrario no ameritarían su inclusión. De más está recordar, que en todo caso la Administración conserva la obligación de verificar el debido desempeño de sus funcionarios, para lo cual la Ley de Control Interno, le exige la implantación de mecanismos que garanticen ese cometido (...)”.

(Oficio N° 12356 (DI-AA-2230) del 30 de setiembre de 2005)

La Contraloría General o el Ministerio Público, podrán en cualquier momento exigir que un funcionario público presente una declaración jurada de su situación patrimonial.

“(...) La Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, Ley No. 8422 establece en su numeral 21 (...) en su párrafo primero enumera una lista taxativa de funcionarios que deben presentar su situación patrimonial ante este Órgano Contralor. No obstante, delega en una enumeración contenida en el Reglamento a dicha Ley los servidores públicos que se mencionan en forma genérica en el párrafo dos de ese numeral, así como los

empleados de entidades privadas que administren, custodien o sean concesionarios de fondos, bienes y servicios públicos. En ese orden de ideas, y visto el citado cuerpo reglamentario se ha podido constatar que los concesionarios de zonas marítimo terrestre no fueron incluidos en forma taxativa, razón por la cual *en principio* esas personas no se encuentran en la obligación de rendir declaración jurada de bienes. Sin embargo, decimos *en principio*, toda vez que el numeral 23 de la Ley No. 8422, estipula que el hecho que un funcionario no se encuentre en la obligación de presentar su situación patrimonial, no impedirá realizar averiguaciones y estudios pertinentes para determinar un eventual enriquecimiento ilícito. Para ello, la Contraloría General o el Ministerio Público, por medio del fiscal general, podrán en cualquier momento exigir, por *orden singular* que presente una declaración jurada de su situación patrimonial. A partir de tal momento, el funcionario deberá rendir su declaración inicial, anual y final en los términos previstos por la Ley (...)."

(Oficio N° 13121 (DI-AA-2417) del 30 de setiembre de 2005)

Otros funcionarios públicos no contemplados en el Reglamento, deben presentar declaración jurada de su situación patrimonial.

"(...) la nomenclatura aplicable a ese Instituto, la encontramos en el artículo 56 del referido Reglamento, que señala los puestos que en principio se encuentran obligados a rendir declaración jurada de bienes –entre otros- en la Administración Pública Descentralizada, sin embargo analizada la misma se observa que dentro de esa clasificación no se incluyó a los miembros de la Comisión Interinstitucional de Marinas y Atracaderos Turísticos y ni de la Comisión Reguladora de Turismo, por lo que esos puesto no están afectos al artículo 21 de la Ley de previa cita y por ende obligados a rendir declaración jurada de bienes. No obstante lo anterior, conforme al artículo 23 de la Ley de previa cita, esta Contraloría General o el Ministerio Público, podrán exigir en cualquier momento por orden singular, que otros funcionarios públicos que administren o custodien fondos públicos, no contemplados en el Reglamento, deban presentar declaración jurada de su situación patrimonial. En ese sentido, será hasta tanto el Órgano Contralor o el Ministerio Público determinen dicha situación y le sea comunicada al funcionario, que surge la obligación de rendir la susodicha declaración (...)."

(Oficio N° 12342 (DI-AA-2221) del 30 de setiembre de 2005)

La lista de los declarantes puede ampliarse por vía de decreto ejecutivo o bien por orden singular según lo faculta el numeral 23 de la Ley.

"(...) cabe indicar en primer término, que el artículo 21 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, encarga a su Reglamento, la definición de puestos o cargos obligados a rendir declaración de su situación patrimonial, de ahí que aquellos puestos no contemplados en los listados del Reglamento (artículos 55 a 57), se exceptúan de dicha carga. (...) en el caso del puesto de "Profesional Tributario 4", éste no se indica expresamente en el artículo 55 aparte II inciso i), estando en consecuencia obligados a declarar, únicamente el auditor, gestor, resolutor y valuador tributarios. No obstante, las listas pueden ampliarse por vía de decreto ejecutivo (modificación del Reglamento), o bien por orden singular a cargo del Ministerio Público o de esta Contraloría General, según lo faculta el numeral 23 de la Ley de previa cita.(...) en cuanto a la solicitud de tener en cuenta como puestos afectos a la declaración jurada de bienes, (...) y que fueron omitidos en el Reglamento, hemos de señalar que de momento dicha petición no será atendida hasta tanto este Órgano Contralor realice un estudio integral de puestos que tiene como objetivo la promoción de modificación del Reglamento (...)."

(Oficio N° 12929 (DI-AA-2367) del 30 de setiembre de 2005)

La obligación de declarar surgiría a partir del momento que le sea comunicada la exigencia de rendir la susodicha declaración.

"(...) En razón de haberse encomendado al Reglamento el señalamiento puntual de los cargos o puestos que ostentan los sujetos a que se refiere el citado numeral 21, es que en los artículos 55 a 57 de esa reglamentación se encuentra el listado de puestos afectos a la declaración jurada, de

manera que aquellos cargos que no se encuentren en el mismo, en principio no están en el deber de presentar la declaración jurada de bienes. No obstante, y pese a que en esos numerales no se contempla expresamente a los sujetos de derecho privado, el artículo 69 regula lo concerniente a dichos sujetos (...) los sujetos de derecho privado que custodien o administren fondos públicos, de momento no se encuentran obligados a rendir declaración jurada de bienes, hasta tanto, se reforme el Reglamento, o bien, este Órgano Contralor o el Ministerio Público, -haciendo uso de las facultades otorgadas por la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento, en lo que respecta a la declaración por orden singular-, así lo dispongan, en cuyo caso, la obligación para ese sujeto, surgiría a partir del momento que le sea comunicada la exigencia de rendir la susodicha declaración.(...)”.

(Oficio N° 13078 (DI-AA-2402) del 30 de setiembre de 2005

Viabilidad a que otros funcionarios sean obligados a presentar declaración jurada de bienes.

“(…) debe tenerse en cuenta que dicha disposición faculta a esta Contraloría General y al Ministerio Público, a exigir en cualquier momento por orden singular, que otros funcionarios públicos que administren o custodien fondos públicos no contemplados en el Reglamento, deban presentar declaración jurada de su situación patrimonial. Desde esa perspectiva, para la determinación de un nuevo sujeto obligado a declarar por esta vía, la Contraloría General ejercerá sus potestades discrecionales, valorando una serie de aspectos que a su criterio le resulten procedentes, pudiendo incluso variar de un caso a otro. En ese sentido, para el presente asunto es indispensable como mínimo el conocimiento de las funciones específicas que se ejercen en esos cargos, las cuales necesariamente deben conllevar la custodia, administración, fiscalización o recaudación de fondos públicos, el establecimiento de rentas a favor del Estado, o la aprobación y autorización de erogaciones con fondos públicos, en los términos definidos en el artículo 1° del Reglamento a la Ley de cita, así como el monto de fondos públicos que manejan, el número de funcionarios que ostentan dichos cargos y el análisis que sobre ese particular haya realizado la Oficina de Recursos Humanos de la Administración. Lo anterior en virtud de que si bien la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública en lo relativo a declaración jurada de bienes, tiene como una de sus finalidades ampliar el espectro de declarantes, es lo cierto que esta Contraloría General posee una capacidad limitada de recursos, por lo que debe garantizarse el recibo de declaraciones que pueda fiscalizar en los términos que le demanda la Ley, siéndole materialmente imposible pretender abarcar la totalidad de puestos de la Administración Pública que implique el manejo y disposición de fondos públicos. Acorde con lo anterior, aquellos sujetos que se incorporen por orden singular han de ser necesariamente trascendentes, caso contrario no ameritarían su inclusión, puesto que en todo caso, la Administración siempre conserva la obligación de verificar el debido desempeño de sus funcionarios, para lo cual –de más está decir- la Ley General de Control Interno, le exige la implementación de mecanismos que garanticen ese cometido (...)”.

(Oficio N° 13702 (DI-AA-2564) del 30 de setiembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse el oficio N° 13705 (DI-AA-2565) del 30 de setiembre de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

La Contraloría General de la República es la competente para solicitar en cualquier momento la declaración jurada de la situación patrimonial a los funcionarios que administren o custodien fondos públicos, y para casos especiales el Ministerio Público.

“(…) debemos señalar que en virtud del inciso 5) del artículo 184 de la Constitución Política, y 21 de la Ley No. 8422, de 6 de junio de 2004 (Ley denominada contra la Corrupción y El Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública), corresponde a la Contraloría General de la República, exigir en cualquier momento a todo funcionario público que administre o custodie fondos públicos que presente declaración jurada de su situación patrimonial.

(...)

Asimismo y para situaciones especiales, el artículo 23 *Ibidem*, prevé que tanto la Contraloría General de la República como el Ministerio Público, por medio del fiscal general, en cualquier momento podrá exigir, por orden singular, a todo funcionario público que administre o custodie fondos públicos, que presente declaración jurada de su situación patrimonial, en los términos que lo establece la ley en análisis y su Reglamento.

Como se ha podido observar de todo lo expuesto, es por mandato constitucional y legal que la Contraloría General de la República; o en su caso el Ministerio Público, por medio del fiscal general, quienes están llamados a exigir, a todo funcionario público que administre o custodie fondos públicos, la presentación de la declaración jurada de su situación patrimonial. De manera que en virtud del principio de legalidad regente en todas las actuaciones de la Administración Pública, según los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, no es posible que dentro de las políticas de empleo que se pretende imponer en la institución bajo su cargo, se implemente ese tipo de disposiciones, sino es en contravención con la precitada normativa.

(Dictamen N° C-163-2007 del 25 de mayo de 2007)

Artículo 24.—Confidencialidad de las declaraciones.

El contenido de las declaraciones juradas es confidencial, salvo para el propio declarante, sin perjuicio del acceso a ellas que requieran las comisiones especiales de investigación de la Asamblea Legislativa, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público o los tribunales de la República, para investigar y determinar la comisión de posibles infracciones y delitos previstos en la Ley. La confidencialidad no restringe el derecho de los ciudadanos de saber si la declaración fue presentada o no conforme a la ley.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1978 a 1979, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo X, Folios 2988 a 2991, Acta de la Sesión Plenaria N° 152 del 27 de febrero de 2003.

Tema complementario tratado en la discusión de este artículo: Información confidencial.

Ref: Artículos 76 y 77 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Fotocopia del formulario de declaraciones juradas de bienes.

“(…) dicha información lamentablemente no puede ser suministrada por este Órgano Contralor teniendo en consideración lo establecido en el artículo 24 de la Ley N° 8422 Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública del 6 de octubre del 2004, y mediante el cual se establece expresamente la confidencialidad del contenido de dichas declaraciones (…).”

(Oficio N° 00669 (DI-AA-116) del 24 de enero de 2005)

(En igual sentido pueden verse el oficio N° 10208 (DFOE-DDJ-2252) del 24 de julio de 2006)

Artículo 25.—Registro de declaraciones juradas.

La Contraloría General de la República establecerá un registro de declaraciones juradas que proveerá a los interesados los formularios respectivos, para que efectúen

su declaración; además, tendrá las funciones de recibir y custodiar las declaraciones de cada servidor público.

Pasados cuatro años desde la fecha en que el servidor público haya cesado en el cargo que dio origen al deber de declarar su situación patrimonial, las declaraciones presentadas y su documentación anexa serán remitidas al Archivo Nacional y se conservarán las mismas condiciones de confidencialidad.

CONCORDANCIAS

Ref: Artículo 83 del Reglamento.

Artículo 26.—Condiciones de los sujetos obligados a presentar declaración jurada de bienes.

Se encuentran obligados a declarar su situación patrimonial, los funcionarios públicos nombrados en propiedad, que ocupen los puestos o realicen las funciones correspondientes a los cargos que se detallan en esta Ley y su Reglamento.

Asimismo, quedan comprendidos los funcionarios con nombramientos interinos a plazo fijo o con recargo o asignación de funciones mediante resolución expresa, cuando el plazo sea mayor o igual a seis meses.

CONCORDANCIAS

Ref: Artículo 54 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Sobre la obligación de los magistrados suplentes de declarar sus bienes.

“(…) En cuanto a la obligación de los magistrados suplentes del Tribunal Supremo de Elecciones de rendir declaración jurada de bienes, la misma tiene su fundamento en el artículo 21 párrafo primero de la Ley 8422 “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”. De conformidad con el artículo 26 de la Ley de cita y consecuentemente el artículo 54 de su Reglamento, están obligados a presentar la declaración aquellos funcionarios que ocupen el cargo ya sea, en propiedad, en forma interina, a plazo fijo o con recargo o asignación de funciones mediante resolución expresa. Además, en el evento de encontrarse en forma interina, a plazo fijo o con recargo o asignación de funciones, el período mínimo para que surja la obligación de declarar será de seis meses. (...) De esa manera, estando los magistrados suplentes nombrados en puestos a plazo fijo, el período que determinaría la obligación para declarar es precisamente el que corresponde a ese cargo, independientemente de si en la práctica su labor resulte discontinua (...)”.

(Oficio N° 12352 (DI-AA-2227) del 30 de setiembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 7361 (DI-AA-1311) del 23 de junio de 2005; N° 12503 (DI-AA-2281) del 30 de setiembre de 2005); N° 12198 (FOE-DDJ-12198) del 31 de agosto de 2006 y N° 12663 (FOE-DDJ-2936) del 6 de setiembre de 2006)

Funcionarios nombrados en propiedad, con nombramientos interinos a plazo fijo o con recargo o asignación de funciones mediante resolución expresa se encuentran obligados a declarar.

“(…) En relación con su consulta de que dentro de la estructura del Consejo de Seguridad Vial, “no existen los cargos de Subdirector, Subjefe de Departamento y otras semejantes, sino que simplemente existen funcionarios que como recargo deberán asumir tal rol, sin que presenten un puesto especial por tal función o beneficio salarial”, le recordamos lo estipulado en el artículo 54, inciso d), del Reglamento a la Ley: “Artículo 54. —Obligados a declarar. Para los efectos

de las listas de declarantes dispuestas más adelante, están obligados a presentar la declaración aquellos funcionarios que ocupen los puestos o realicen las funciones correspondientes a dichos cargos, en las condiciones que se detallarán seguidamente: / a) En propiedad. / b) En forma interina. / c) A plazo fijo, o / d) con recargo o asignación de funciones mediante resolución expresa. / Para el caso de los nombramientos contemplados en los incisos b), c) y d), el período transcurrido en el ejercicio del cargo que los obliga a declarar, deberá ser igual o mayor a seis meses en forma continua. / El plazo para presentar la declaración inicial empezará a contar a partir de la fecha en que rige el nombramiento, recargo o asignación de funciones como mínimo por 6 meses, o bien desde que rige el nombramiento, recargo o asignación de funciones para completar como mínimo dicho plazo." (El resaltado no es del original.). Por último, en relación con el tema de los "Auditores Específicos", en principio no estarían obligados a declarar, sin que obste que mediante el estudio sobre las funciones de cada puesto que realice esa Unidad de Recursos Humanos, se adecuara a los supuestos antes señalados (...).

(Oficio N° 02704 (FOE-DDJ-0717) del 14 de febrero de 2006)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 863 (FOE-DDJ-3821) del 16 de marzo de 2006 y N° 12196 (FOE-DDJ-2881) del 31 de agosto de 2006)

Artículo 27.—Modificación de la descripción del puesto o de la nomenclatura administrativa.

Los funcionarios obligados a declarar su situación patrimonial tendrán ese deber aun cuando, en virtud de una reorganización administrativa o de otro motivo similar, se modifique el nombre o título de la clase de puesto que ocupan, siempre y cuando sus atribuciones y responsabilidades continúen siendo equiparables a las del cargo que originaba tal obligación.

CONCORDANCIAS

Ref: Artículo 59 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Presentación de declaración jurada de funcionario que resulta reelecto.

"(...) "Artículo 71.- Funcionario que resulta reelecto: Los funcionarios que resulten reelectos en sus cargos o pasen a ocupar otros cargos públicos de los contemplados en el presente capítulo, no quedan obligados a rendir la declaración final y la inicial si el cargo se asume en un plazo no mayor de veinte días hábiles, contemplados a partir a partir de la fecha en que dejaron el cargo anterior". (El subrayado y resaltado es nuestro). (...) con base a que entre el término del primer nombramiento al inicio del segundo, no se sobrepasó el plazo supra señalado, procedemos a ratificarle que no esta obligado a presentar ni la declaración final ni la inicial, (...), al estar afecto su persona a lo estipulado por el numeral de marras, no obstante es importante hacerle ver que deberá continuar presentando sus declaraciones anuales, conforme a la legislación vigente (...)"

(OFICIO N° 10208 (FOE-DDJ-2252) DEL 24 DE JULIO DE 2006)

(EN IGUAL SENTIDO PUEDEN VERSE LOS OFICIOS N° 12857 (FOE-DDJ-2964) DEL 8 DE SETIEMBRE DE 2006; N° 12859 (FOE-DDJ-2965) DEL 8 DE SETIEMBRE DE 2006; N° 12863 (FOE-DDJ-2966) DEL 8 DE SETIEMBRE DE 2006; N° 16317 (FOE-DDJ-3561) DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2006; N° 16318 (FOE-DDJ-3562) DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2006 Y N° 17137 (FOE-DDJ-3673) DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2006)

Artículo 28.—Deber de informar sobre funcionarios sujetos a la declaración jurada.

El director, el jefe o el encargado de la unidad de recursos humanos o de la oficina de personal de cada órgano o entidad pública, dentro de los ocho días hábiles siguientes

a la designación o a la declaración de elección oficial del Tribunal Supremo de Elecciones, deberá informar a la Contraloría General de la República, sobre el nombre, las calidades y el domicilio exacto de los servidores que ocupan cargos que exijan presentar la declaración de la situación patrimonial, con la indicación de la fecha en que iniciaron sus funciones; también deberá informar por escrito al funcionario sobre su deber de cumplir con esa declaración.

Dentro de igual plazo, deberá informar la fecha en que, por cualquier circunstancia, los servidores obligados a declarar concluyan su relación de servicio, o bien, sobre cualquier otra circunstancia que afecte el cumplimiento de la obligación de declarar la situación patrimonial. Para todos los efectos legales, la desobediencia de esta obligación será considerada falta grave, sancionable de acuerdo con el régimen interno correspondiente.

El error o defecto en la información que la unidad de recursos humanos suministre en aplicación de este artículo, por sí solo no constituirá razón suficiente para extinguir o atenuar las responsabilidades del declarante determinadas en esta Ley.

La presente disposición será aplicable, en lo conducente, a los sujetos de derecho privado.

CONCORDANCIAS

Ref: Artículos 78; 79 y 80 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Deber de informar sobre funcionarios sujetos a declaración jurada.

“(...) téngase presente el contenido del artículo 28 de la Ley No. 8422, a través de la cual se indica que el director, jefe o encargado de la unidad de recursos humanos o de la oficina de personal de cada órgano o entidad pública, tiene el deber de informar a la Contraloría General, acerca de los funcionarios sujetos a la declaración jurada, ergo corresponde a dichos jefes, directores o responsables a cargo, el análisis, valoración y definición de los cargos que deben cumplir con la obligación descrita (...)”.

(Oficio N° 13716 (DI-AA-2569) del 30 de setiembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse el oficio N° 13716 (DI-AA-2570) del 30 de setiembre de 2005)

El director, jefe o encargado de la unidad de recursos humanos informarán de los funcionarios obligados a declarar.

“(...) en los términos de la Ley N° 8422 de cita, en el sentido de que, por aplicación del Principio de Legalidad –contenido en la norma 11 Constitucional y su símil en el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública- resultaría inadmisibile argüir “desacuerdos” para abstraerse a la aplicación de la Ley N° 8422, toda vez que, si el cargo desempeñado es uno de los taxativamente enunciados en el ordinal 21, o está previsto dentro del marco referencial casuístico del Reglamento a la Ley contra la corrupción, N° 32333MP-J de 29 de abril de 2005, el deber legal de rendir la declaración se torna de obligatorio acatamiento. (...) le corresponderá a la Oficina de Recursos Humanos – a tenor de lo dispuesto por el numeral 21 de repetida cita – determinar la necesaria correspondencia entre las tareas del puesto y los parámetros normativos, a saber: respecto de la *custodia, administración, fiscalización o recaudación de fondos públicos, el establecimiento de rentas o ingresos a favor del Estado, así como la aprobación y autorización de erogaciones con fondos públicos*, ello por cuanto la ley delimita claramente los alcances del Reglamento. Así, el ordinal 28 de la Ley N° 8422 establece el deber legal a las oficinas de recursos humanos u oficina de personal de cada órgano o entidad de la Administración

Pública, de informar a la Contraloría General los funcionarios obligados a rendir declaración jurada de bienes e informar al funcionario, en cada caso, de la obligación de cumplimiento, bajo responsabilidad administrativa disciplinaria o sanción por falta grave (artículos 40, 44 de la Ley N° 8422 y 78 y 79 del reglamento). En este sentido, cualquier interpretación deberá adecuarse a este marco normativo, al igual que a los lineamientos que sobre el particular contiene la Circular emitida por la Contraloría General de la República DI-AA-2163 de 28 de setiembre de 2005, que precisamente fija los lineamientos de interpretación para determinar cuáles son los funcionarios que se encuentran obligados a rendir declaración sobre su situación patrimonial (...).

(Oficio N° 14105 (FOE-DDJ-126) del 30 de setiembre de 2005)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 14147 (FOE-DDJ-3177) del 6 de octubre de 2006; N° 14272 (FOE-DDJ-0171) del 9 de noviembre de 2005 y N° 15288 (FOE-DDJ-0236) del 24 de noviembre de 2005)

Deber de informar sobre funcionarios sujetos a la declaración jurada.

“(...) Sobre este particular, nos permitimos indicarle que el artículo 28 de la Ley 8422 se refiere al tema objeto de consulta en los siguientes términos (...) Para todos los efectos legales, la desobediencia de esta obligación será considerada falta grave, sancionable de acuerdo con el régimen interno correspondiente. *El error o defecto en la información que la unidad de recursos humanos suministre en aplicación de este artículo, por sí solo no constituirá razón suficiente para extinguir o atenuar las responsabilidades del declarante determinadas en esta Ley. La presente disposición será aplicable, en lo conducente, a los sujetos de derecho privado*”. (Subrayado no es del original). Obsérvese que la norma en cuestión dispone en los jefes o directores de nuestro interés, el deber de “*informar por escrito al funcionario sobre su deber de cumplir con esa declaración*”, por lo que en principio el artículo no establece un deber de dar “seguimiento” a que el sujeto obligado en efecto cumpla con dicha obligación. No obstante lo anterior, siendo el establecimiento, mantenimiento, perfeccionamiento y evaluación del sistema de control interno un deber y una competencia inherente a la Administración activa, al tenor del artículo 2 inciso a) y b) de la Ley General de Control Interno, en donde parte integrante de los componentes del mismo son: el ambiente de control, la valoración de riesgo, las actividades de control, los sistemas de información y el seguimiento del sistema de control interno (arts.13 y siguiente de la Ley No.8292 del 31 de julio de 2002), queda librado a los análisis y posibilidades de cada Unidad de Recursos Humanos del sector público el disponer o no el seguimiento general o para ciertos casos en particular del efectivo cumplimiento del deber de declarar haberes de los funcionarios que laboran para la respectiva entidad pública así como los mecanismos para ello. (...) Así las cosas, la Ley No.8422 y su reglamento literalmente no disponen el deber de las unidades de recursos humanos del sector público de dar seguimiento a efecto de que los funcionarios públicos obligados a declarar, actúen en tal sentido. Lo anterior no obsta para que previa valoración originada en el control interno tal tarea puede ser asumida dentro de las prácticas administrativas respectivas (...).

(Oficio N° 14665 (DAGJ-3407) del 10 de noviembre de 2005)

Funcionarios que presentaron declaración jurada inicial sin estar obligados.

“(...) la normativa vigente en materia de declaraciones juradas no contempla la obligación de presentar declaraciones finales, a quienes en principio no están afectos a dicha obligación y por ende ni siquiera debieron de presentar declaración inicial, así las cosas, este ente Contralor considera que aquellos funcionarios que conforme al estudio realizado por dicho departamento de Recursos Humanos fueron excluidos como declarantes y que ya habían presentado sus declaraciones juradas iniciales, no deben de presentar declaración jurada final. Es importante citar con relación y en confirma de lo antes expuesto, lo contemplado por el artículo 60 del Reglamento a la Ley 8422, a la letra indica: “*Artículo 60. —Declaraciones presentadas por sujetos no obligados. La Contraloría General no estará obligada a recibir ninguna declaración jurada sobre la situación patrimonial, rendida por sujetos públicos o privados que en virtud de la Ley, el presente Reglamento o por orden singular, no se encuentren obligados a rendir dicha declaración*”.(...) se le informa que esta Área está preparando una Circular para todas las Unidades de Recursos

Humanos a efecto de que procedan, en apego a lo indicado en el artículo 21 del mismo cuerpo normativo, a realizar un estudio de puestos versus funciones y así procedan a registrar a sus declarantes de acuerdo al resultado del mismo (...)."

(Oficio N° 13537 (FOE-DDJ-3054) del 25 de setiembre de 2006)

Funcionarios que deben presentar la declaración jurada según las funciones que realicen.

"(...) según Circular emitida por esta Contraloría General de República en oficio N° 12087(DI-AA- 2163) del 28 de setiembre del 2005, corresponde a las Unidades de Recursos Humanos de cada entidad, el definir cuáles funcionarios, según las funciones que realicen, deben presentar la declaración jurada de bienes, por lo que en primera instancia, es esa Unidad la que debe definir el punto consultado. Para ello la Unidad de Recursos Humanos, debe realizar un estudio sobre las funciones de dicho puesto, independientemente de su nomenclatura y la organización interna y si se concluye que esas funciones están comprendidas en el supuesto del artículo 21 de la Ley, "que custodien, administren, fiscalicen o recauden fondos públicos, establezcan rentas o ingresos a favor del Estado, los aprueben y autoricen obligaciones con fondos públicos", solicitará la presentación de la declaración de bienes y en caso de duda debidamente fundamentada, plantear la respectiva gestión ante este Despacho, para valorar si debe requerírseles la presentación de la declaración jurada por orden singular de su situación patrimonial. Ahora bien, los funcionarios que no están señalados en el artículo 21 de la Ley N° 8422 y en los artículos 55 y 56 de su Reglamento, no estarían en principio obligados a rendir la declaración jurada de bienes. Por otra parte, esta Contraloría General y el Ministerio Público, podrían requerir a los funcionarios públicos que administren o custodien fondos públicos, presentar esa declaración por orden singular, según lo establece (...)."

(Oficio N° 07021 (FOE-DDJ-1190) del 6 de junio de 2006)

(En igual sentido pueden verse los oficios N° 6014 (FOE-DDJ-1108) del 12 de mayo de 2006 y N° 17133 (FOE-DDJ-3671) del 13 de diciembre de 2006)

Artículo 29.—Contenido de la declaración.

Además de lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley, el servidor público deberá incluir en su declaración, en forma clara, precisa y detallada, los bienes, las rentas, los derechos y las obligaciones que constituyen su patrimonio, tanto dentro del territorio nacional como en el extranjero; también consignará una valoración estimada en colones.

1. De los bienes inmuebles deberá indicarse:

a) El derecho real que se ejerce sobre el bien (propiedad, posesión, arrendamiento, usufructo, nuda propiedad u otro) y la causa de adquisición (venta, legado, donación u otra); deberá indicarse el nombre de la persona, física o jurídica, de quien se adquirió.

b) Las citas de inscripción en el respectivo Registro.

c) El área, la naturaleza, los linderos y la ubicación exacta del inmueble. Si hay construcción o mejoras, deberá indicarse su naturaleza, el área constructiva, con descripción de sus acabados, y la antigüedad.

d) La actividad a que se dedica cada finca.

e) El valor estimado del inmueble, incluso el costo de la construcción, cuando corresponda.

f) En las declaraciones finales, los bienes inmuebles que ya no formen parte del patrimonio del declarante y que aparezcan en su declaración jurada anterior, así como el nombre del nuevo propietario.

2. De los bienes muebles deberá indicarse al menos lo siguiente:

a) El derecho real que se ostenta sobre el bien, la causa de adquisición, gratuita u onerosa, y la identidad del propietario anterior.

b) La descripción precisa del bien, la marca de fábrica, el modelo, el número de placa de circulación, cuando corresponda, o en su defecto, el número de serie, así como una

estimación del valor actual.

c) En caso de semovientes, la cantidad, el género, la raza y el valor total estimado.

d) Respecto del menaje de casa, su valor total estimado y su descripción. Se entienden, por menaje de casa, únicamente los artículos domésticos y la ropa de uso personal propio, de su cónyuge, su compañero o compañera, de sus hijos y de las demás personas que habiten con el funcionario. No se incluyen las obras de arte, colecciones de cualquier índole, joyas, antigüedades, armas ni los bienes

utilizados para el ejercicio de la profesión, arte u oficio del servidor; todos estos bienes deberán ser identificados en forma separada del menaje de casa y deberá indicarse su valor estimado.

e) De la participación en sociedades o empresas con fines de lucro, el nombre completo de la entidad, la cédula jurídica, el cargo o puesto que el funcionario ocupa en ellas, el domicilio, el número de acciones propiedad del declarante, el tipo de estas y su valor nominal, así como los aportes en efectivo y en especie efectuados por el declarante; asimismo, las sumas recibidas por dividendos en los últimos tres años, si los hay, y los dividendos de la empresa por su participación societaria en otras organizaciones, nacionales o extranjeras.

f) De los bonos, la clase, el número, la serie y la entidad que los emitió, el valor nominal en la moneda correspondiente, el número y monto de los cupones a la fecha de adquisición, la tasa de interés que devengan, la fecha de adquisición y la fecha de vencimiento.

g) De los certificados de depósito en colones o en moneda extranjera, el número de certificado, la entidad que los emitió, el valor en colones o moneda extranjera, la tasa de interés, el plazo y la fecha de adquisición, así como el número y monto de los cupones a la fecha de adquisición.

h) De los fondos complementarios de pensión o similares y de las cuentas bancarias corrientes y de ahorros, en colones o en moneda extranjera, el número de la cuenta, el nombre de la institución bancaria o empresa, y el saldo o monto ahorrado a la fecha de la declaración.

i) De los salarios y otras rentas, el tipo de renta (alquileres, dietas, dividendos, intereses, pensiones, salarios, honorarios, comisiones u otros), la institución, empresa, cooperativa, fundación o persona que los pagó, sea nacional o extranjera; el monto devengado por cada renta y el período que cubre cada una; además, el monto total remunerado en dinero, incluso los gastos de representación fijos no sujetos a liquidación, así como lo remunerado en especie, con indicación de su contenido.

De los ingresos citados se indicarán su estimación anual y el desglose respectivo, de acuerdo con su naturaleza.

j) De los activos intangibles, su tipo, origen y su valor estimado.

3. De los pasivos deberán indicarse todas las obligaciones pecuniarias del funcionario en las que este figure como deudor o fiador; se señalará también el número de operación, el monto original, la persona o entidad acreedora, el plazo, la cuota del último mes, el origen del pasivo y el saldo a la fecha de la declaración.

4. Otros intereses patrimoniales: El declarante también deberá indicar los intereses patrimoniales propios no comprendidos en las disposiciones anteriores.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1258 -1263 a 1264, Acta de la Comisión Permanente Especial de Redacción N° 21 del 24 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2607 a 2609, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 36 del 18 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIII, Folios 3610 a 3617 – 3619 – 3624 a 3632, Acta de la Sesión Plenaria N° 84 del 6 de octubre de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XV, Folios 4324 – 4326 – 4331 – 4334 – 4344 a 4346 – 4351 a 4352, Acta de la Sesión Plenaria N° 68 del 9 de setiembre de 2004.

Ref: Artículo 68 del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

El contenido de la declaración jurada de bienes respecto del menaje de casa.

“(…) En relación con el fundamento de la inclusión de artículos domésticos y ropa del cónyuge, hijos y demás personas que habitan con el declarante, el artículo 29 inciso 2 d), en lo que interesa dispone: 2. *De los bienes muebles deberá indicarse al menos lo siguiente:(…) d) Respecto del menaje de casa, su valor total estimado y su descripción. Se entienden, por menaje de casa, únicamente los artículos domésticos y la ropa de uso personal propio, de su cónyuge, su compañero o compañera, de sus hijos y de las demás personas que habiten con el funcionario (…)*” Como puede observarse, tal requerimiento deviene del propio texto de la Ley, y es de acatamiento obligatorio para el funcionario declarante. En cuanto a si debe incluirse en la declaración, los bienes, artículos domésticos, ropa, obras de arte, joyas, antigüedades u otros bienes que le pertenezcan al cónyuge, que hayan sido adquiridos por éste con sus propios ingresos, debe tenerse presente lo preceptuado por el artículo 29 de la Ley de reiterada cita, en lo que respecta a bienes del declarante y el menaje de casa. En ese sentido, el inciso d) del mencionado numeral, define claramente qué debe entenderse por menaje de casa al señalar que corresponde únicamente a los artículos domésticos y la ropa de uso personal propio, de su cónyuge, su compañero o compañera, de sus hijos y de las demás personas que habiten con el funcionario. Así las cosas, sin importar con el peculio de quien hayan sido adquiridos esos bienes, el declarante deberá consignar en el formulario de declaración, los datos requeridos en los términos que señala la Ley en cuestión. Por otra parte, el mencionado artículo indica en cuanto a las obras de arte, colecciones de cualquier índole, joyas, antigüedades, armas, los bienes utilizados para el ejercicio de la profesión, arte u oficio del servidor, que este tipo de bienes no se incluye como menaje de casa, debiendo declararse en forma separada con su valor estimado. (...) debe entenderse que este otro tipo de bienes a declarar, han de ser necesariamente propiedad del funcionario y no de su cónyuge, hijos o demás personas que habiten con éste. Respecto a cómo se incluirían en la declaración los obsequios o presentes que son donados por familiares y amigos, que frecuentemente no se tiene conocimiento de su valor, hemos de manifestar que tal y como la misma Ley lo indica, el funcionario deberá darles un valor estimado, el cual –sin perjuicio de otros parámetros- bien podría ser un valor comercial.(…) Al respecto, y en acatamiento de un fallo constitucional, el formulario de la declaración jurada establece la obligación de declarar únicamente el valor estimado del menaje de casa que se posea (...).”

(Oficios N° 15105 (DI-AA-2827) del 30 de setiembre de 2005 y N° 16893 (DI-AA-3639) del 7 de diciembre de 2006)

Artículo 30.—Autorización para acceso a información.

La declaración contendrá una autorización en favor de la Contraloría General de la República para requerir información pertinente a las empresas y organizaciones financieras o bancarias, nacionales o extranjeras, con las que posean vínculos o intereses económicos o participación accionaria relevantes para los fines de la presente Ley.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1979 a 1980, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XII, Folios 3468 a 3469, Acta de la Sesión Plenaria N° 178 del 22 de abril de 2003.

Artículo 31

Artículo 32

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIII, Folios 3700 a 3704, Acta de la Sesión Plenaria N° 87 del 9 de octubre de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XV, Folios 4328 - 4345, Acta de la Sesión Plenaria N° 68 del 9 de setiembre de 2004.

Ref: Artículo 81 del Reglamento.

Artículo 31.—Ámbito temporal de la declaración jurada.

La declaración inicial comprenderá los cambios patrimoniales ocurridos hasta un año antes de la fecha del nombramiento o de la elección declarada oficialmente por el Tribunal Supremo de Elecciones. En especial, durante ese lapso, el declarante deberá indicar los bienes que han dejado de pertenecerle, el nombre del adquirente, el título por el cual se traspasó y la cuantía de la operación, así como las obligaciones adquiridas o extinguidas por pago o por cualquier otro motivo, el cual también deberá identificarse.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo II, Folios 516 a 517, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 12 del 6 de junio de 2000.

Temas relevantes tratados en la discusión de este artículo: Funcionarios obligados a declarar su situación patrimonial; Acceso a información por parte de la Contraloría General de la República; y Secreto bancario.

Ref: Artículo 61 del Reglamento.

Artículo 32.—Simulación.

Podrá concluirse que existe simulación, si no hay concordancia entre los bienes declarados ante la Contraloría General de la República y los que se estén usufructuando de hecho.

Para que la simulación se configure, será necesario que el usufructo sea sobre bienes de terceros, que por ello no aparezcan en la declaración del funcionario, que este no pueda exhibir ningún título sobre ellos, y que el usufructo sea público y notorio, parcial o total, permanente o discontinuo.

Se entiende que existe usufructo de hecho sobre los bienes muebles e inmuebles que conforman el patrimonio familiar y los pertenecientes a cualquiera de sus parientes por consanguinidad o afinidad, incluso hasta el segundo grado, o a cualquier persona jurídica, siempre que exista la indicada forma indicada de usufructo.

Todos los bienes de los cuales se goce un usufructo de hecho, por cualquier motivo, deberán ser declarados.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1389 a 1390, Acta de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad N° 3 del 3 de junio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIII, Folios 3696 a 3698, Acta de la Sesión Plenaria N° 87 del 9 de octubre de 2003.

*Ley contra la
Corrupción y el
Enriquecimiento Ilícito
en la Función Pública*

Artículo 33

Artículo 34

Artículo 35

Artículo 36

Artículo 37

Artículo 38

Artículo 33.—Recibo.

El interesado recibirá constancia de la presentación de sus declaraciones, sin perjuicio de que la Contraloría General de la República pueda exigirle las aclaraciones pertinentes o información adicional, o de las responsabilidades que se deriven por presentación tardía en forma injustificada.

Artículo 34.—Constatación de veracidad de la declaración.

Cuando lo estime oportuno, la Contraloría General de la República podrá examinar y verificar, con todo detalle, la exactitud y veracidad de las declaraciones, de conformidad con los procedimientos y las facultades que le otorgan la Constitución Política y las leyes.

Asimismo, podrá requerir, por escrito, al declarante las aclaraciones o adiciones que estime necesarias, dentro del plazo que prudencialmente se le fije.

CONCORDANCIAS

Ref: Artículo 82 del Reglamento.

Artículo 35.—Facultad de investigación aun ante existencia de responsabilidades.

La imposición de sanciones administrativas no le impedirá a la Contraloría General de la República realizar las investigaciones que estime procedentes de acuerdo con esta Ley, en relación con la situación patrimonial de quien ha omitido su declaración jurada o la ha presentado en forma extemporánea; tampoco enervará la posibilidad de establecer las otras responsabilidades del caso derivadas de esa investigación.

Artículo 36.—Acceso a cargos públicos.

Para ejercer un cargo público que origine el deber de declarar la situación patrimonial, será requisito que no exista ninguna declaración jurada pendiente de ser presentada a la Contraloría General de la República. De esta disposición se exceptúan los cargos de elección popular.

La infracción a lo dispuesto en esta norma acarreará la nulidad relativa del nombramiento.

CONCORDANCIAS

Ref: Artículo 70 del Reglamento.

CAPÍTULO IV

Responsabilidad administrativa y civil

Artículo 37.—Las instituciones públicas estarán obligadas a facilitar a un profesional que apoye técnicamente al jerarca para que realice su declaración.

Artículo 38.—Causales de responsabilidad administrativa.

Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que:

- a) Incumpla el régimen de prohibiciones e incompatibilidades establecido en la presente Ley.
- b) Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté

sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público.

Sin que esta ejemplificación sea taxativa, se incluyen en el supuesto los siguientes casos: el estudio, la revisión, la emisión de criterio verbal o escrito, la preparación de borradores relacionados con trámites en reclamo o con ocasión de ellos, los recursos administrativos, las ofertas en procedimientos de contratación administrativa, la búsqueda o negociación de empleos que estén en conflicto con sus deberes, sin dar aviso al superior o sin separarse del conocimiento de asuntos en los que se encuentre interesado el posible empleador.

c) Se favorezca él, su cónyuge, su compañera o compañero, o alguno de sus parientes, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, por personas físicas o jurídicas que sean potenciales oferentes, contratistas o usuarios de la entidad donde presta servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de esta misma Ley.

d) Debilite el control interno de la organización u omita las actuaciones necesarias para su diseño, implantación o evaluación, de acuerdo con la normativa técnica aplicable.

e) Infrinja lo dispuesto en el artículo 20 de esta Ley, en relación con el régimen de donaciones y obsequios.

f) Con inexcusable negligencia, asesore o aconseje a la entidad donde presta sus servicios, a otra entidad u órgano públicos, o a los particulares que se relacionen con ella.

g) Incurra en culpa grave en la vigilancia o la elección de funcionarios sometidos a sus potestades de dirección o jerarquía, en cuanto al ejercicio que estos hayan realizado de las facultades de administración de fondos públicos.

h) Omita someter al conocimiento de la Contraloría General de la República los presupuestos que requieran la aprobación de esa entidad.

i) Injustificadamente, no presente alguna de las declaraciones juradas a que se refiere esta Ley si, vencido el plazo para su entrega, es prevenido una única vez por la Contraloría General de la República para que en el plazo de quince días hábiles cumpla con su presentación.

j) Incurra en falta de veracidad, omisión o simulación en sus declaraciones de situación patrimonial.

k) Retarde o desobedezca, injustificadamente, el requerimiento para que aclare o amplíe su declaración de situación patrimonial o de intereses patrimoniales, dentro del plazo que le fije la Contraloría General de la República.

l) Viole la confidencialidad de las declaraciones juradas de bienes.

m) Perciba, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, retribuciones, honorarios o beneficios patrimoniales de cualquier índole, provenientes de personas u organizaciones que no pertenezcan a la Administración Pública, por el cumplimiento de labores propias del cargo o con ocasión de estas, dentro del país o fuera de él.

n) Incumpla la prohibición del artículo 17 de la presente Ley para ejercer cargos en forma simultánea en la Administración Pública.

ñ) Incurra en omisión o retardo, grave e injustificado, de entablar acciones judiciales dentro del plazo requerido por la Contraloría General de la República.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1099 a 1100, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1308 a 1309, Acta de la Sesión Plenaria N° 73 del 8 de octubre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1981 a 1982, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2612 a 2614, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 36 del 18 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XII, Folios 3479 a 3484, Acta de la Sesión Plenaria N° 178 del 22 de abril de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XII, Folios 3503 a 3511 - 3514, Acta de la Sesión Plenaria N° 182 del 29 de abril de 2003.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Responsabilidad administrativa. Sólo aplica a funcionarios públicos.

“(…) Tal como lo dispone expresamente el numeral 38 de la Ley N° 8422 (Responsabilidad administrativa y civil), las causales ahí previstas están referidas fundamentalmente al funcionario público, de ahí que –congruente con lo anterior– en la sede administrativa, el artículo 39 de la misma normativa prevé que todas las faltas que se señalan se sancionarán, según su gravedad, con amonestación escrita publicada en el Diario Oficial; suspensión sin goce de salario, dieta o estipendio correspondiente; separación del cargo público sin responsabilidad patronal o cancelación de la credencial de regidor municipal, según corresponda. /

En consecuencia, resulta evidente que, a pesar de que se describen algunas causales de responsabilidad relacionadas con faltas que, a nuestro juicio, igual podría cometer un directivo de una fundación, en relación con la gestión y la disposición que se ordene o apruebe de los fondos públicos que le han sido transferidos por parte del Estado (v. gr. incurrir en algún favorecimiento indebido en una contratación, debilitar o desconocer los mecanismos de control interno diseñados para la buena administración de los fondos, omitir el envío del presupuesto a esta Contraloría General, cuando ello así corresponda, etc.) es lo cierto que no tendría ningún sentido valorar eventualmente si su conducta encuadra en alguna de las disposiciones en cuestión, toda vez que, al no ocupar ningún cargo público, es obvio que las sanciones previstas no le pueden ser aplicadas, pues para ello la persona debe estar ligada por una relación de servicio con la Administración Pública, lo cual faculta al Estado para imponer este tipo de sanciones en carácter de patrono (…)”.

(Oficio N° 5909 (DAGJ-1334) del 23 de mayo de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Diferencia entre el interés directo y beneficio directo.

“(…) no es lo mismo la presencia de un *interés directo*, que la obtención de un *beneficio directo*. En efecto, la presencia de un interés personal y directo del funcionario sobre determinado asunto que le corresponde conocer en el ejercicio de sus atribuciones, debe originar su separación de éste, a efectos de no poner en riesgo su deber de imparcialidad, y tutelar así de forma óptima la transparencia y credibilidad en la función pública. Pero en tal hipótesis aún no se ha producido una situación de favorecimiento, y justamente por ello es que, en carácter preventivo, procede la separación del funcionario del conocimiento del asunto de que se trate.

En cambio, la obtención de un beneficio directo en el ejercicio de la función pública ya implica un acto de favorecimiento indebido, que ciertamente puede llegar a configurar un motivo para

imponer sanciones al funcionario. Bajo ese entendido es que la Ley N° 8422 (Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública), dentro del elenco de causales de responsabilidad establece el desempeño de actividades que favorezcan el interés privado en detrimento del interés público (artículo 38.b), o bien que el funcionario se favorezca él, su cónyuge, su compañera o compañero, o alguno de sus parientes, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, por personas físicas o jurídicas que sean potenciales oferentes, contratistas o usuarios de la entidad donde presta servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de esta misma Ley (artículo 38.c)."

(Dictamen N° C-163-2007 del 25 de mayo de 2007)

Artículo 39.—Sanciones administrativas.

Según la gravedad, las faltas anteriormente señaladas serán sancionadas así:

- a) Amonestación escrita publicada en el Diario Oficial.
- b) Suspensión, sin goce de salario, dieta o estipendio correspondiente, de quince a treinta días.
- c) Separación del cargo público, sin responsabilidad patronal o cancelación de la credencial de regidor municipal, según corresponda.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folio 2612 a 2614, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 36 del 18 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folio 2615, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 36 del 18 de setiembre de 2002.

Artículo 40.—Competencia para declarar responsabilidades.

Las sanciones previstas en esta Ley serán impuestas por el órgano que ostente la potestad disciplinaria en cada entidad pública, de acuerdo con las reglamentaciones aplicables. La Contraloría General de la República también será competente para tramitar el respectivo procedimiento administrativo y requerir a la entidad respectiva, en forma vinculante, la aplicación de la sanción que determine, cuando el caso verse sobre actuaciones regidas por el ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública.

Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 43 de esta Ley, en cuyo caso la Contraloría General de la República procederá conforme se indica.

Toda responsabilidad será declarada según los principios y procedimientos aplicables, con arreglo a los principios establecidos en la Ley General de la Administración Pública y se les asegurarán a las partes las garantías constitucionales relativas al debido proceso y la defensa previa, real y efectiva, sin perjuicio de las medidas cautelares necesarias.

En todo caso, la Contraloría General de la República deberá denunciar ante las autoridades judiciales competentes, los hechos que lleguen a su conocimiento y que puedan considerarse constitutivos de delitos.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1100, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Ref: Artículo 1, inciso 34) del Reglamento.

Artículo 41.—Criterios por considerar.

Las sanciones estipuladas en la presente Ley serán impuestas por las infracciones anteriormente tipificadas que hayan sido cometidas con dolo o culpa grave. Para valorar la conducta del presunto responsable se tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- a) La efectiva lesión a los intereses económicos de la Administración Pública y la cuantía de los daños y perjuicios irrogados.
- b) El éxito obtenido en el logro de los resultados no deseados por el ordenamiento jurídico o en el enriquecimiento o favorecimiento del autor de la infracción o de terceros, así como el empeño puesto en procurarlos.
- c) El impacto negativo en el servicio público.
- d) La reincidencia en alguna de las faltas tipificadas en el Artículo 38 de esta Ley, dentro de los cuatro años anteriores.
- e) El rango y las funciones del servidor; se entiende que, a mayor jerarquía y complejidad de estas, mayor será la obligación de apreciar la legalidad, oportunidad y conveniencia de los actos que se dictan, autorizan o ejecutan.

Artículo 42.—Sanciones para los funcionarios de la Contraloría General de la República.

Además de las sanciones establecidas en los reglamentos internos, los servidores de la Contraloría General de la República serán sancionados, disciplinariamente, con despido sin responsabilidad patronal, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes, cuando por dolo o culpa grave:

- a) Violan la confidencialidad o alteren el contenido de las declaraciones juradas de bienes.
- b) Divulguen información de los sujetos pasivos de la fiscalización de la Contraloría General de la República, cuya confidencialidad sea conferida por ley especial y a la cual tengan acceso en ejercicio de sus funciones, o se prevalezcan de dicha información o de su cargo para fines ajenos a sus deberes.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folio 1982, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XII, Folios 3487 a 3490, Acta de la Sesión Plenaria N° 178 del 22 de abril de 2003.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIII, Folios 3604 a 3605, Acta de la Sesión Plenaria N° 84 del 6 de octubre de 2003.

Artículo 43.—Responsabilidad de los miembros de los Supremos Poderes.

En caso de que las infracciones previstas en esta Ley sean atribuidas a diputados, regidores, alcaldes municipales, magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, ministros de Gobierno, el contralor y subcontralor generales de la República, defensor de los habitantes de la República y el defensor adjunto, el regulador general y el procurador general de la República, o a los directores de las instituciones autónomas, de ello se informará, según el caso, al Tribunal Supremo de Elecciones, a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Gobierno, la Asamblea Legislativa o al presidente de la República, para que, conforme a derecho, se proceda a imponer las sanciones correspondientes.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1101, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1811, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 28 del 28 de agosto de 2002.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Régimen de responsabilidad de miembros de los Supremos Poderes y otros servidores públicos.

“(…) A mayor abundamiento debe advertirse, que esta imposibilidad de la Contraloría General para girar al Presidente de la República, una recomendación de carácter vinculante tendente a la remoción de un Ministro de Gobierno, vino a ser consagrada de manera expresa en los artículos 40 y 43 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública (Ley N° 8422 publicada en el diario oficial La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004).

En estos numerales y tratándose de miembros de los Supremos Poderes y otros servidores públicos, se establece que la Contraloría General si bien resulta competente para investigar y tramitar luego un eventual procedimiento administrativo contra tales servidores por conductas sancionables en dicha norma legal, no puede girar una recomendación vinculante tendente a su sanción, en cuyo caso en resguardo al principio constitucional de división de poderes, deberá *informar* según el caso, al Tribunal Supremo de Elecciones, a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Gobierno, la Asamblea Legislativa o al Presidente de la República, los resultados de sus investigaciones o en su caso de los procedimientos administrativos que haya llegado a sustanciar contra aquellos funcionarios, para que conforme a derecho procedan a imponer las sanciones correspondientes.

En todo caso y consecuente con este deber legal de informar, importa rescatar que tratándose de conductas sancionables de conformidad con la Ley General de Control Interno (Ley N° 8292 del 27 de agosto de 2002), y la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (Ley N° 8131 del 18 de diciembre de 2001), respecto a miembros de Supremos Poderes y otros servidores públicos, los artículos 42 y 112 de dichas normas legales también establecen respectivamente el deber de la Contraloría General de *informar* a la autoridad correspondiente, los resultados de sus investigaciones o en su caso de los procedimientos administrativos que haya tramitado contra dichos servidores, a fin de que en la sede competente se impongan las sanciones respectivas (…).”

(Oficio N° 4343 (DAGJ-961) del 19 de abril de 2005)

Artículo 44.—Prescripción de la responsabilidad administrativa.

La responsabilidad administrativa del funcionario público por las infracciones previstas en esta Ley, y en el ordenamiento relativo a la Hacienda Pública, prescribirá, según el artículo 43 de la Ley General de Control Interno y el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428, de 7 de setiembre de 1994.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1812 a 1814, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 28 del 28 de agosto de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1982 a 1983, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

CAPÍTULO V

Delitos

Artículo 45.—Enriquecimiento ilícito.

Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1102, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1259 a 1260, Acta de la Comisión Permanente Especial de Redacción N° 21 del 24 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1309 a 1311, Acta de la Sesión Plenaria N° 73 del 8 de octubre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1375 a 1376 – 1379 a 1380, Acta de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad N° 3 del 3 de junio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1464 a 1471, Acta de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad N° 4 del 10 de junio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1481 a 1498, Acta de Sesión de Trabajo de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad N° 1 del 12 de junio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1502 a 1503 – 1514, Acta de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad N° 5 del 13 de junio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1523 a 1524, Acta de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad N° 6 del 20 de junio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1590-1600 a 1601, Acta de la Sesión Extraordinaria del Plenario N° 1 del 23 de julio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folio 1984, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

Régimen de responsabilidad penal. Existencia de causales aplicables a sujetos privados.

“(…) Asimismo, siempre dentro del tema de las responsabilidades, no está de más señalar que dentro del capítulo V de la Ley N° 8422 correspondiente al ámbito penal (artículos 45 y siguientes) se prevé toda una serie de conductas delictivas en las que sí podrían claramente incurrir directivos de una organización privada a la que han sido confiados fondos públicos, tales como el enriquecimiento ilícito (artículo 45) la falsedad en la declaración jurada –en caso de que, según vimos, por orden singular se le obligara a rendirla– (artículo 45), receptación, legalización o encubrimiento de bienes (artículo 47), sobreprecio irregular (artículo 49), tráfico de influencias (artículo 52), soborno transnacional (artículo 55) e influencia en contra de la Hacienda Pública (artículo 57). Incluso, nótese que en este último caso la norma menciona que la pena recaerá sobre el funcionario público “y demás sujetos equiparados”, expresión que puede entenderse referida justamente a la extensión del ámbito de cobertura que se establece el artículo 2°, en cuanto a personeros o directivos de organizaciones privadas que reciban fondos públicos (…)

(Oficio N° 5909 (DAGJ-1334) del 23 de mayo de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

El sujeto activo puede ser tanto un funcionario público, como quien tiene en custodia, explotación, uso o administración, servicios o bienes públicos bajo cualquier modalidad de gestión.

“(…) De acuerdo con lo anterior, cualquier persona que cometa una conducta en las circunstancias descritas en el tipo penal, podría ser considerada autor del delito de enriquecimiento ilícito. El hecho de que no se establezca el carácter de funcionario público como uno de los elementos del delito descrito en el artículo 45, se explica en el hecho de que no se pretende únicamente proteger la probidad en el ejercicio de la función pública sino la Hacienda Pública, la cual podría verse afectada también, mediante conductas cometidas por particulares bajo algunos de los supuestos descritos por la norma (…)

(Opinión Jurídica N° OJ-107-2005 del 1° de octubre de 2005)

Sobre cómo han sido superados los roces de constitucionalidad señalados por la Sala Constitucional respecto a la inversión de la carga de la prueba.

“(…) Pasamos ahora a lo dispuesto en el artículo 20, en el cual se hace referencia al delito de enriquecimiento ilícito. En primer lugar, es importante poner atención a la forma en que se define el delito, cuando señala que es el “incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”. Y es la descripción que presupone una obligación del servidor de demostrar que el aumento en su patrimonio, es legítimo.

Nuestra Sala Constitucional sostuvo, cuando declaró inconstitucionales tres de los incisos del artículo 26 de la anterior y derogada Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito, mediante el Voto N° 1707-95, que es inconstitucional que se exija al funcionario demostrar la legitimidad del aumento de su patrimonio, porque constituye una inversión de la carga de la prueba que transgrede el principio de inocencia (…). Además, nuestro ordenamiento, tanto respecto al delito de enriquecimiento tipificado en el artículo 346 del Código Penal, como del contenido por el numeral 45 de la Ley contra la Corrupción, ha superado los problemas de constitucionalidad (…)

(Opinión Jurídica N° OJ-123-2005 del 22 de agosto de 2005)

Artículo 46.—Falsedad en la declaración jurada.

Será reprimido con prisión de seis meses a un año, quien incurra en falsedad, simulación o encubrimiento al realizar las declaraciones juradas de bienes ante la Contraloría General de la República.

Artículo 47.—Receptación, legalización o encubrimiento de bienes.

Será sancionado con prisión de uno a ocho años, quien oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, administre, adquiera o dé apariencia de legitimidad a bienes o derechos, a sabiendas de que han sido producto del enriquecimiento ilícito o de actividades delictivas de un funcionario público, cometidas con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le brinda.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1104 a 1105, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Artículo 48.—Legislación o administración en provecho propio.

Será sancionado con prisión de uno a ocho años, el funcionario público que sancione, promulgue, autorice, suscriba o participe con su voto favorable, en las leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos que otorguen, en forma directa, beneficios para sí mismo, para su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad o para las empresas en las que el funcionario público, su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad posean participación accionaria, ya sea directamente o por intermedio de otras personas jurídicas en cuyo capital social participen o sean apoderados o miembros de algún órgano social.

Igual pena se aplicará a quien favorezca a su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o se favorezca a sí mismo, con beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas, en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1105 a 1106, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1985 a 1986, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XV, Folios 4326 a 4327 – 4346 a 4347, Acta de la Sesión Plenaria N° 68 del 9 de setiembre de 2004.

La Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los servidores públicos ya tipificaba la conducta descrita en el párrafo primero del artículo 48.

“(…) En cuanto a este delito se debe empezar por mencionar, que antes de la entrada en vigencia de la Ley contra al Corrupción, no existía en el ordenamiento jurídico costarricense, un delito denominado igual o que en forma particular tipificara la conducta descrita en el numeral 48. No obstante, uno de los incisos del artículo 26 de la Ley sobre el Enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, describía un supuesto similar, por lo que se debe tener como antecedente. En este sentido, se aprecia que el inciso d) señalaba: “d) Incurrirán en igual delito y serán sancionados con la misma pena, los miembros de los supremos poderes que dicten o promulguen leyes, decretos, acuerdos o resoluciones, en que se otorguen beneficios para su exclusivo provecho, o para sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (...)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-107-2005 del 1° de octubre de 2005)

El Reglamento de la Asamblea Legislativa no regula el derecho del diputado a abstenerse de votar en asuntos en los que ha participado de la discusión, y más bien, le impone el deber de votar.

“(…) Por otra parte, como es bien sabido, el Derecho parlamentario costarricense no regula el derecho del diputado a la abstención. Esta es una grave omisión que tiene el Reglamento de la Asamblea Legislativa. Todo lo contrario, y de conformidad con el numeral 105 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, ningún diputado que haya estado en la discusión de un asunto puede retirarse cuando vaya a procederse a su votación; debe dar su voto, afirmativo o negativo. Más aún, la inobservancia de esa norma parlamentaria acarrea la pérdida de la dieta correspondiente a la sesión en que se produzca. Así las cosas, también sería incongruente, ilógico e injusto que el ordenamiento jurídico le imponga un deber al legislador, so pena de una sanción administrativa en caso de incumplimiento, por un lado, y que, en el caso de que cumpla con él, se vea expuesto a una sanción de tipo penal, por el otro. En pocas palabras, el ordenamiento jurídico vigente coloca al diputado en un dilema: si se abstiene, aduciendo un conflicto de interés, incumple con un deber y se expone a una sanción administrativa; si cumple con su deber, se expone a una sanción penal (...)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-151-2004 del 11 de noviembre de 2004)

(En igual sentido puede verse la Opinión Jurídica N° OJ-060-2005 de 11 de mayo de 2005)

Es posible introducir al Reglamento de la Asamblea la posibilidad de abstención de los diputados cuando exista un conflicto de intereses, sin que ello quebrante el Derecho de la Constitución.

“(…) En tercer término, y aquí respondemos su quinta interrogante, en el Derecho parlamentario costarricense está prohibida la abstención de los diputados en las votaciones, tal y como se explicó en el párrafo anterior. Más aún, en los casos de que el diputado alegue que no vota porque existe un conflicto de intereses, los órganos competentes deben siempre aplicar la sanción prevista en el numeral 105 del Reglamento de la Asamblea Legislativa. Ahora bien, la abstención no es inconstitucional per se; es posible en nuestro medio introducir y regular esta institución en el Reglamento de la Asamblea Legislativa sin que por ello se quebrante el Derecho de la Constitución (...)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-151-2004 de 11 de noviembre de 2004)

(En igual sentido puede verse la Opinión Jurídica N° OJ-060-2005 del 11 de mayo de 2005)

Los diputados deben advertir cuando se encuentren bajo un conflicto de intereses respecto a un proyecto que se discute y se vota; lo recomendable es que se abstenga de votar.

“(…) Ahora bien, lo ideal sería que en nuestro medio se le permitiera al diputado abstenerse de una votación en la cual existe un conflicto de intereses. Empero, mientras ello no ocurre, lo importante, en estos supuestos, es que el parlamentario advierta a la Cámara que existe el conflicto, es decir, que actúe siempre con toda transparencia y teniendo como eje central el interés público. Corresponderá a los otros colegas y a la opinión pública el determinar si el parlamentario buscó favorecer el interés particular o el interés general con sus intervenciones y voto; de comprobarse ese proceder, evidentemente, el parlamentario se expondría a la sanción política y moral, lo que incluso, en algunos casos, podría truncar su carrera política. No obstante lo dicho, y he aquí lo absurdo de la situación que estamos comentando, al estar vigente el tipo penal, aun cuando el diputado actúe con transparencia y adoptando como norte el interés público, podría incurrir el delito que tipifica el numeral 48 de la Ley n.º 8422, a pesar de los problemas de inconstitucionalidad que presenta la norma. Ante este sin sentido, y como medida precautoria, lo recomendable es abstenerse de votar, aunque con ello se infrinja el ordenamiento jurídico y sea sancionado administrativamente, parafraseando aquella máxima de la sabiduría popular, la cual indica que entre dos males, se debe optar siempre por el menor (...)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-151-2004 del 11 de noviembre de 2004)

(En igual sentido puede verse la Opinión Jurídica N° OJ-060-2005 del 11 de mayo de 2005)

El funcionario que representa la voluntad y los intereses del empleador en la negociación de una convención colectiva, no puede beneficiarse con ella, y artículo 48 lo reconoce y tipifica.

“(…) Ahora bien, según hemos sostenido reiteradamente, es generalmente aceptado por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional, que no todas las personas que prestan sus servicios en una institución pública donde se ha suscrito una convención colectiva, pueden quedar protegidos por sus disposiciones. Dicha exclusión jurídicamente se sustenta en la innegable existencia de una incompatibilidad por conflicto de intereses, entre el desempeño de ciertos cargos de nivel superior y la posibilidad de quedar cubierto por la convención colectiva de la institución pública para la que se trabaja; incompatibilidad que se fundamenta en el hecho de que en toda negociación deben existir -al menos- dos partes: la jerarquía que expresa la voluntad y los intereses del empleador (la concreta Administración Pública), y el sindicato, que representa los intereses de los trabajadores; estructura mínima que no se cumpliría en el caso de que los altos funcionarios (representantes en sentido amplio, con capacidad de configurar y expresar la voluntad de la Administración frente a los demás empleados) negocien beneficios y condiciones de trabajo que les serán aplicadas a ellos también. ...

Conforme a lo expuesto, resulta evidente que el párrafo segundo del artículo 48 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (N° 8422 de 6 de octubre de 2004) 1, no sólo reconoce y establece expresamente la incompatibilidad analizada, sino que también la tipifica como una conducta delictual (...)”.

(Dictamen N° C-054-2005 del 8 de febrero de 2005)

(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-126-2005 del 7 de abril de 2005)

El artículo 48 penaliza la conducta del funcionario, que beneficia a su cónyuge, compañero o compañera, conviviente, o a sus parientes, incluso hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad, con beneficios patrimoniales derivados de una convención colectiva.

“(…) Al respecto debe considerarse que el párrafo segundo del artículo 48 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (N° 8422 de 6 de octubre de 2004), no sólo reconoce y establece expresamente la incompatibilidad analizada, ampliándola también al caso de favorecimiento de parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y afinidad, de quien haya participado como representante patronal en la negociación de una convención colectiva, sino que también la tipifica como una conducta delictual (*Pronunciamiento PGR-C-*

054-2005 de 8 de febrero de 2005). Así las cosas, el texto propuesto deberá adecuarse a lo previsto por aquella otra normativa hoy vigente (...)"

(Opinión Jurídica N° OJ-017-2006 del 13 de febrero de 2006)

Los beneficios derivados de las decisiones generales tomadas por un órgano colegiado, no pueden ser considerados como otorgados en forma directa, para efectos del primer párrafo del artículo 48.

"(...) A nuestro juicio, la propia norma proporciona un parámetro importante para determinar en cuál caso podríamos estar ante un caso que configure una administración o legislación en beneficio propio, cual es que tal beneficio o ventaja debe obtenerse en forma directa.

Bajo este orden de ideas, pueden existir supuestos en que las reglamentaciones dictadas o las decisiones adoptadas inevitablemente puedan tener a la postre un efecto sobre las actividades personales de sus miembros, cuando estos se dedican como parte de sus actividades ordinarias a la pesca, la acuicultura, la industria o la exportación de productos pesqueros o acuícolas.

No obstante, en tales hipótesis en que la política, normativa o decisión adoptada tiene un carácter general, aplicable a todo el sector pesquero, acuícola, industrial o exportador, a nuestro juicio ello no involucra legislar o administrar en provecho propio, pues se trata de decisiones generales que afectarán, objetivamente, a todos aquellos que se encuentren en los supuestos que sustentan la decisión." PGR-OJ-153-2005 de 04 de octubre de 2005.

"El hecho de que se establezca que el beneficio debe ser otorgado en forma directa, restringe el ámbito de aplicación de la norma de una forma muy conveniente, ya que tanto una ley como un decreto, acuerdo, acto o contrato administrativo, pueden generar efectos indirectos sobre un innumerable conjunto de sujetos pasivos.

De manera tal que, según la interpretación que, bajo esta óptica, podemos hacer del artículo en mención, eventualmente podría considerarse que se configura el delito tipificado en el artículo 48 de cita si el funcionario concurre con su voto favorable en la adopción de actos que impliquen un beneficio directo para sí mismo o para sus familiares.

No obstante, pueden existir gran cantidad de materias que deban ser reguladas en forma interna dentro de la Municipalidad, respecto de las cuales los propios jerarcas eventualmente pueden llegar a ser sus destinatarios, pero en razón de que se trata de normas generales que serán aplicadas indistintamente a todos los miembros –actuales y futuros– del Concejo. En tal hipótesis, tratándose de normas que parten de una base objetiva y general y que por tanto regulan supuestos que participan igualmente de tales características, puede estimarse que no se encuentran dirigidas a favorecer indebidamente a los propios funcionarios que aprueban tales normas, y desde ese punto de vista no parecieran estar presentes los elementos que el tipo penal comentando prevé para la configuración del delito. Sin embargo –reiteramos– se trata de una determinación que sólo pueden hacer los tribunales competentes, según lo expuesto líneas atrás." PGR-OJ- 176-2005 de 4 de noviembre de 2005. "El establecimiento por parte del legislador del límite apuntado, a nuestro criterio resulta no sólo lógico sino conveniente, si se tiene en cuenta que tanto una ley, como un decreto, acuerdo, acto o contrato administrativo, puede generar efectos muy diversos y de carácter general, lo que hace bastante probable, que de una u otra forma, el funcionario pueda llegar a obtener un beneficio indirecto. Además, lo que parece castigar el tipo penal es la conducta del funcionario que utiliza el ejercicio de las funciones propias de su cargo, para obtener un provecho personal, lo que no se daría, cuando el beneficio lo obtiene por el hecho de ser parte de la colectividad (...)"

(Opinión Jurídica N° OJ-012-2006 del 30 de enero de 2006)

(En igual sentido puede verse la Opinión Jurídica N° OJ-107-2005 del 1° de agosto de 2005)

Artículo 49.—Sobreprecio irregular.

Será penado con prisión de tres a diez años, quien, por el pago de precios superiores o inferiores - según el caso- al valor real o corriente y según la calidad o especialidad del servicio o producto, obtenga una ventaja o un beneficio de cualquier índole para sí o para un tercero en la adquisición, enajenación, la concesión, o el gravamen de bienes, obras o servicios en los que estén interesados el Estado, los demás entes y las empresas públicas, las municipalidades y los sujetos de derecho privado que administren,

exploten o custodien, fondos o bienes públicos por cualquier título o modalidad de gestión.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1986 a 1987, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

PRONUNCIAMIENTOS CONTRALORÍA GENERAL

Sobreprecio irregular. Pago de Comisiones en contrataciones públicas y corrupción.

“(…) el concepto “comisión mercantil” o simplemente “comisión”, como se le denomina en general, nos permitimos señalar que el mismo no se encuentra previsto, regulado o prohibido por la Ley de Contratación Administrativa ni por su Reglamento General, en lo que se refiere a las negociaciones administrativas que promuevan el Estado o sus instituciones. Si bien no estaría por demás dejar clarificado que el pago de una comisión a un funcionario público configuraría un ilícito de naturaleza punitiva, sancionable tanto para el funcionario corrupto como para el corruptor, por así estar previsto en el Código Penal y su legislación conexas, tal regla no resulta automáticamente aplicable cuando la comisión opera, dentro de los cánones normales de la legalidad entre particulares, como por ejemplo cuando es el resultado de relaciones de negocios existentes entre fabricantes o distribuidores y/o representantes de casas extranjeras según el caso, a efectos de poder presentarse como cotizantes en una contratación pública. Por supuesto que esas comisiones, en el tanto sean desproporcionadas, pueden tener un fuerte impacto en el costo del contrato, representando un eventual sobre precio, en claro perjuicio para el interés público. De allí que independientemente de los márgenes de utilidad, ganancias o comisiones con que los particulares decidan operar a la hora de ofrecer sus bienes y servicios a la Administración, esta última está en la obligación de verificar la razonabilidad del precio, desde el punto de vista del mercado, a efectos de no incurrir en una compra por la que termine pagando un precio excesivo (en tal sentido puede consultarse, entre otras, la resolución de esta Contraloría General R-DAGJ-399-2003 de las 11:00 horas del 3 de octubre de 2003 así como el artículo 56.3 del Reglamento General a la Ley de Contratación Administrativa). Esta obligación de la Administración de verificar la razonabilidad del precio ha sido reforzada recientemente mediante la resolución de las 10:00 horas del 05 de noviembre de 2004 emitida por el Despacho del Contralor General, en la cual se exige a las administraciones públicas elaborar estudio técnicos de mercado que permitan estimar los precios de una contratación que se quiere promover, lo cual opera obligatoriamente en las licitaciones públicas, estudio que debe constar en el expediente administrativo respectivo, de modo que sólo se seleccionen ofertas con precios que resulten razonables y no aquellas que resulten excesivas o ruinosas según el caso. No omitimos dejar constancia de que el artículo 49 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública pena con prisión de tres a diez años, a quien, por el pago de precios superiores o inferiores, obtenga una ventaja o un beneficio de cualquier índole para sí o para un tercero en la adquisición, enajenación, concesión o gravamen de bienes, obras o servicios en los que estén interesados el Estado, los entes y empresas públicas, las corporaciones municipales y los sujetos de derecho privado que administren, exploten o custodien, fondos o bienes públicos por cualquier título o modalidad de gestión. En igual sentido, dicha Ley introdujo un artículo 97 bis a la Ley de Contratación Administrativa, con el objeto de que si se comprueba que un oferente ha participado en hechos generadores de responsabilidad administrativa respecto de funcionarios públicos, por las faltas contempladas en los artículos 96 ter y 97 de esa misma Ley, su oferta sea excluida del concurso, o de contar con un acto declaratorio de derechos, se proceda con su anulación (...).”

(Oficio N° 5910 (DAGJ-1335) del 23 de mayo de 2005)

Artículo 50.—Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados.

Será penado con prisión de dos a ocho años, el funcionario público, el consultor o alguno de los servidores de este, contratados por la respectiva entidad pública, que incurran en falsedad o en manipulación de la información acerca de la ejecución o construcción de una obra pública, o sobre la existencia, cantidad, calidad o naturaleza de los bienes y servicios contratados o de las obras entregadas en concesión, con el propósito de dar por recibido a satisfacción el servicio o la obra. Si con esa conducta se entorpece el servicio que se presta o se le imposibilita a la entidad pública el uso de la obra o la adecuada atención de las necesidades que debía atender el servicio contratado, los extremos menor y mayor de la pena se aumentarán en un tercio.

Artículo 51.—Pago irregular de contratos administrativos.

Será penado con prisión de uno a tres años, el funcionario público que autorice, ordene, consienta, apruebe o permita pagos, a sabiendas de que se trata de obras, servicios o suministros no realizados o inaceptables por haber sido ejecutados o entregados defectuosamente, de acuerdo con los términos de la contratación, o en consideración de reglas unívocas de la ciencia o la técnica.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1108, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Artículo 52.—Tráfico de influencias.

Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleándose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro.

Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior.

Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del presidente o del vicepresidente de la República, de los miembros de los Supremos Poderes, o del Tribunal Supremo de Elecciones, del contralor o el subcontralor generales de la República; del procurador general o del procurador general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor o el defensor adjunto de los habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folio 1989, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 31 del 4 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2620 a 2623, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 36 del 18 de setiembre de 2002.

Tema relevante tratado en la discusión de este artículo: Presentación de las declaraciones inicial, anual y final.

Artículo 53.—Prohibiciones posteriores al servicio del cargo.

Será penado con cien a ciento cincuenta días multa, el funcionario público que, dentro del año siguiente a la celebración de un contrato administrativo mayor o igual que el límite establecido para la licitación pública en la entidad donde prestó servicios, acepte empleo remunerado o participación en el capital social con la persona física o jurídica favorecida, si tuvo participación en alguna de las fases del proceso de diseño y elaboración de las especificaciones técnicas o de los planos constructivos, en el proceso de selección y adjudicación, en el estudio y la resolución de los recursos administrativos contra la adjudicación, o bien, en el proceso de inspección y fiscalización de la etapa constructiva o la recepción del bien o servicio de que se trate.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo V, Folios 1613 a 1620, Acta de la Sesión Plenaria N° 48 del 23 de julio de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2628 a 2631, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 37 del 24 de setiembre de 2002.

Temas relevantes tratados en la discusión de este artículo: Sujetos privados que administran fondos públicos; Conflicto de intereses.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Los servidores públicos cesados tienen impedimento para aceptar empleo remunerado por el transcurso de un año, con una empresa privada que resultó beneficiaria de alguna contratación o concesión, en la que el funcionario participó.

“(…) Conforme con lo anterior y del análisis tanto de la normativa como del caso planteado, se puede concluir que el cese de funciones pone fin a cualquier vínculo que tenga un trabajador con su patrono público, por lo que en principio no existiría ningún impedimento para que éste pueda trabajar con una empresa privada; ello en respeto al citado artículo 56 de la Constitución Política.

No obstante, tratándose de servidores públicos cesados, habría que tener especial atención cuando éstos sean recontratados por una empresa privada que resultó beneficiaria de alguna contratación o concesión, a efecto de determinar que no se configuren los supuestos del citado artículo 53 de la Ley N° 8422, que constituye un tipo penal, pues establece una sanción que puede ir desde los cien hasta los ciento cincuenta días multa. Por tanto, si alguno de los servidores cesados por INCOP hubiera participado en el proceso de concesión en cualquiera de sus etapas, ya sea desde sus inicios (elaboración de cartel, o de especificaciones técnicas, etc.) o hasta su selección o adjudicación, tiene impedimento para aceptar empleo remunerado por el transcurso de un año, contado desde la celebración del contrato con la empresa concesionaria (…)

(Dictamen N° C-317-2006 del 9 de agosto de 2006)

Artículo 54.—Apropiación de bienes obsequiados al Estado.

Será penado con prisión de uno a dos años el funcionario público que se apropie o retenga obsequios o donaciones que deba entregar al Estado, de conformidad con el artículo 20 de esta Ley.

Artículo 55.—Soborno transnacional.

Será sancionado con prisión de dos años a ocho años, quien ofrezca u otorgue, a un servidor público de otro Estado o de un organismo o entidad internacional, directa

o indirectamente, cualquier dádiva, retribución u otra ventaja indebida, a cambio de que dicho funcionario, en el ejercicio de sus funciones, realice u omita cualquier acto o, indebidamente haga valer ante otro funcionario la influencia derivada de su cargo. La pena será de tres a diez años, si el soborno se efectúa para que el funcionario ejecute un acto contrario a sus deberes.

La misma pena se aplicará a quien reciba la dádiva, retribución o ventaja mencionadas.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

El delito de soborno transnacional incluye el soborno al funcionario de un organismo o entidad internacional, supuesto que no estaba recogido en el artículo 343 bis del Código Penal.

“(…) En cuanto a este delito, a través de la Ley N° 8185 de 18 de diciembre de 2001, se introdujo el artículo 343 bis al Código Penal, que describe la conducta del punto 1., de forma muy similar. No obstante, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, sin derogar el numeral anterior, en su artículo 55 tipifica el “Soborno transnacional” y lo hace incluyendo un aspecto que no estaba contenido en el 343 bis mencionado: el soborno a funcionarios de un organismo o entidad internacional. De acuerdo con lo indicado, nuestro país también estaría ya cumpliendo con la obligación de la cláusula 16 punto 1., y si bien es cierto, no está tipificada la conducta del punto 2., como lo hemos señalado supra, es facultativo para los Estados (…)”.

(Opinión Jurídica N° OJ-123-2005 del 22 de agosto de 2005)

Artículo 56.—Reconocimiento ilegal de beneficios laborales.

Será penado con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que, en representación de la Administración Pública y por cuenta de ella, otorgue o reconozca beneficios patrimoniales derivados de la relación de servicio, con infracción del ordenamiento jurídico aplicable.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

El delito de reconocimiento ilegal de beneficios laborales, es un reflejo del apego que debe existir en esta materia al ordenamiento jurídico.

“(…) En definitiva, consideramos que el reconocimiento de beneficios laborales en el Sector Público, debe ser plenamente acorde con el ordenamiento jurídico; máxime cuando tal premisa está claramente establecida por el numeral 56 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, -N° 8422 de 6 de octubre del 2004, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de ese mismo mes y año-, según el cual: “Será penado con prisión de tres meses a dos años, el funcionario públicos que, en representación de la Administración Pública y por cuenta de ella, otorgue o reconozca beneficios patrimoniales derivados de la relación de servicio, con infracción del ordenamiento jurídico aplicable”. PGR-C-349-2004 de 16 de noviembre de 2004. En igual sentido: PGR-C-097-2006 de 7 de marzo de 2006.

“De manera que, al no estar autorizado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el pago del auxilio de cesantía para esa clase especial de personal, la Administración Pública, en cualquiera de sus órganos e instituciones que la conforman, se encontraría imposibilitada jurídicamente para aportar cuotas a una asociación solidarista, con el fin de constituir un fondo para la cancelación de ese rubro a un funcionario que no tiene derecho a percibirlo, tal y como sería el caso del Gerente y Subgerente del Banco consultante. De lo contrario -tal y como lo señalan los artículos 107 y 108 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, No. 8131 de 10 de setiembre del 2001; así como el artículo 56 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, No. 8422 del 6 de junio del 2004- todo acto no

Artículo 57

Artículo 58

Artículo 59

Artículo 60

Artículo 61

conforme con el ordenamiento jurídico, no sólo iría en contra del principio de legalidad o legalidad financiera, sino que podría acarrear responsabilidad en el funcionario que autorice u otorgue aportes sin fundamento legal que lo respalde (...)”.

(Dictamen N° C-127-2006 del 28 de marzo de 2006)

Artículo 57.—Influencia en contra de la Hacienda Pública.

Serán penados con prisión de dos a ocho años, el funcionario público y los demás sujetos equiparados que, al intervenir en razón de su cargo, influyan, dirijan o condicionen, en cualquier forma, para que se produzca un resultado determinado, lesivo a los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública o al interés público, o se utilice cualquier maniobra o artificio tendiente a ese fin.

Artículo 58.—Fraude de ley en la función administrativa.

Será penado con prisión de uno a cinco años, el funcionario público que ejerza una función administrativa en fraude de ley, de conformidad con la definición del Artículo 5 de la presente Ley. Igual pena se aplicará al particular que, a sabiendas de la inconformidad del resultado con el ordenamiento jurídico, se vea favorecido o preste su concurso para este delito.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folios 1108 a 1109, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

Artículo 59.—Inhabilitación.

A quien incurra en los delitos señalados en esta Ley, además de la pena principal se le podrá inhabilitar para el desempeño de empleo, cargo o comisiones públicas que ejerza, incluso los de elección popular, por un período de uno a diez años. Igual pena podrá imponerse a quienes se tengan como coautores o cómplices de este delito.

Artículo 60.—Violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas.

Será penado con prisión de tres a cinco años, quien divulgue las declaraciones juradas de bienes presentadas ante la Contraloría General de la República.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo XIII, Folios 3607 a 3609, Acta de la Sesión Plenaria N° 84 del 6 de octubre de 2003.

Artículo 61.—Consecuencias civiles del enriquecimiento ilícito.

La condena judicial firme por el delito de enriquecimiento ilícito producirá la pérdida, a favor del Estado o de la entidad pública respectiva, de los bienes muebles o inmuebles, valores, dinero o derechos, obtenidos por su autor, su coautor o cómplices, como resultado directo de este delito, salvo derechos de terceros de buena fe, conforme lo determine la respectiva autoridad judicial.

En el caso de bienes sujetos a inscripción en el Registro Nacional, bastará la orden judicial para que la sección respectiva del Registro proceda a trasladar el bien a las municipalidades de los cantones donde se encuentren ubicados, si se trata de inmuebles, a fin de que puedan ser usados en obras de provecho para el cantón o de beneficencia pública. Los de más bienes tendrán el destino que se determine en el Reglamento de esta Ley.

La orden de inscripción o de traspaso estará exenta del pago de timbres y derechos de inscripción.

Artículo 62.—Prescripción de la responsabilidad penal.

La acción penal respecto de los delitos contra los deberes de la función pública y los previstos en la presente Ley, prescribirá en la forma establecida por la legislación aplicable; no obstante, regirán las siguientes reglas:

- a) Una vez interrumpida la prescripción, los plazos fijados en el artículo 31 del Código Procesal Penal volverán a correr por un nuevo período, sin reducción alguna.
- b) Además de las causales previstas en el artículo 33 del Código Procesal Penal, la acción penal podrá interrumpirse por la declaratoria de ilegalidad de la función administrativa, activa u omisiva, o por la anulación de los actos y contratos administrativos que guarden relación con el correspondiente delito, ya sea que el pronunciamiento se produzca en vía judicial o administrativa.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

La Ley aumenta los plazos de prescripción de la acción penal respecto a los delitos contra los deberes de la función pública y los descritos en ella.

“(…) La cláusula 29 (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción) establece, que de acuerdo con su derecho interno, los Estados establecerán un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualquiera de los delitos, y un plazo mayor o interrumpirá la prescripción, cuando el presunto delincuente se encuentre rebelde. Nuestro sistema tiene plazos de prescripción establecidos según la gravedad de la pena, que operan para efectos del inicio del procedimiento y también tiene regulado, de forma particular el supuesto de la rebeldía, en relación con la figura de la prescripción. Además, ya la Ley contra la Corrupción a través de su artículo 62, estableció algunas reglas específicas para delitos de corrupción, que amplía los plazos de prescripción aplicables durante el enjuiciamiento (…).”

(Opinión Jurídica N° OJ-123-2005 del 22 de agosto de 2005)

CAPÍTULO VI

Disposiciones finales

Artículo 63.—Reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Refórmase el artículo 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuyo texto dirá:

“Artículo 73—Cancelación de credencial.

Será causa para la cancelación de la respectiva credencial, la comisión de una falta grave por parte de un regidor o síndico, propietario o suplente, contra las normas del ordenamiento de fiscalización y control de la Hacienda Pública contemplado en esta Ley, y contra cualesquiera otras normas relativas a los fondos públicos; o al incurrir en alguno de los actos previstos en la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, como generadoras de responsabilidad administrativa. Esto se aplicará cuando el infractor haya actuado en el ejercicio de su cargo o con motivo de él.

Cuando la falta grave sea cometida en virtud de un acuerdo del concejo municipal, los regidores que, con su voto afirmativo, hayan aprobado dicho acuerdo, incurrirán en la misma causal de cancelación de sus credenciales.

Asimismo, será causal de cancelación de la credencial de regidor o de síndico, propietario o suplente, la condena penal firme por delitos contra la propiedad, contra la buena fe en los negocios y contra los deberes de la función pública, así como por los previstos en la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. La autoridad judicial competente efectuará, de oficio, la comunicación respectiva al Tribunal Supremo de Elecciones”.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1817, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 28 del 28 de agosto de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2633 a 2634, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 37 del 24 de setiembre de 2002.

Artículo 64.—Reformas del Código Penal.

Refórmanse los artículos 345, 354 y 356 del Código Penal, cuyos textos dirán:

“Artículo 345.—Penalidad del corruptor.

Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores serán aplicables al que dé o prometa al funcionario público una dádiva o la ventaja indebida”.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 2015 a 2018 – 2020 a 2021, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 33 del 10 de setiembre de 2002.

“Artículo 354.—Peculado.

Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella.

Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión”.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 2014 a 2020, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 33 del 10 de setiembre de 2002.

“Artículo 356.—Malversación.

Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título

o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio”.

Artículo 65.—Modificaciones de la Ley de la Contratación Administrativa.

Refórmense los artículos 22, 23, 24 y 25 de la Ley de la Contratación Administrativa, N° 7494, de 2 de mayo de 1995; además, se le adicionan los artículos 22 bis y 97 bis. Los textos dirán:

“Artículo 22.—Ámbito de aplicación.

La prohibición para contratar con la Administración se extiende a la participación en los procedimientos de contratación y a la fase de ejecución del respectivo contrato.

Existirá prohibición sobreviniente, cuando la causal respectiva se produzca después de iniciado el procedimiento de contratación y antes del acto de adjudicación. En tal caso, la oferta afectada por la prohibición no podrá ser adjudicada; se liberará al oferente de todo compromiso con la Administración y se le devolverá la respectiva garantía de participación.

Cuando la prohibición sobrevenga sobre un contratista favorecido con una adjudicación en firme, la entidad deberá velar con especial diligencia porque se ejecute bajo las condiciones pactadas, sin que puedan existir en su favor tratos distintos de los dados a otros contratistas en iguales condiciones.

El funcionario sujeto a la respectiva prohibición deberá abstenerse de participar, opinar o influir, en cualquier forma, en la ejecución del contrato.

El incumplimiento de esta obligación se reputará como falta grave en la prestación del servicio.

Existirá participación directa del funcionario cuando, por la índole de sus atribuciones, tenga la facultad jurídica de decidir, deliberar, opinar, asesorar o participar de cualquier otra forma en el proceso de selección y adjudicación de las ofertas, o en la etapa de fiscalización posterior, en la ejecución del contrato.

La participación indirecta existirá cuando por interpósita persona, física o jurídica, se pretenda eludir el alcance de esta prohibición. Para demostrar ambas formas de participación se admitirá toda clase de prueba”.

“Artículo 22 bis.—Alcance de la prohibición.

En los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a esta Ley, tendrán prohibido participar como oferentes, en forma directa o indirecta, las siguientes personas:

a) El presidente y los vicepresidentes de la República, los ministros y los viceministros, los diputados a la Asamblea Legislativa, los magistrados propietarios de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal Supremo de Elecciones, el contralor y el subcontralor generales de la República, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el tesorero y el subtesorero nacionales, así como el proveedor y el subproveedor nacionales.

En los casos de puestos de elección popular, la prohibición comenzará a surtir efectos desde que el Tribunal Supremo de Elecciones declare oficialmente el resultado de las elecciones.

b) Con la propia entidad en la cual sirven, los miembros de junta directiva, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los subgerentes, tanto de las instituciones descentralizadas como de las empresas públicas, los regidores propietarios y el alcalde municipal.

c) Los funcionarios de las proveedurías y de las asesorías legales, respecto de la entidad en la cual prestan sus servicios.

d) Los funcionarios públicos con influencia o poder de decisión, en cualquier etapa del

procedimiento de contratación administrativa, incluso en su fiscalización posterior, en la etapa de ejecución o de construcción.

Se entiende que existe injerencia o poder de decisión, cuando el funcionario respectivo, por la clase de funciones que desempeña o por el rango o jerarquía del puesto que sirve, pueda participar en la toma de decisiones o influir en ellas de cualquier manera.

Este supuesto abarca a quienes deben rendir dictámenes o informes técnicos, preparar o tramitar alguna de las fases del procedimiento de contratación, o fiscalizar la fase de ejecución.

Cuando exista duda de si el puesto desempeñado está afectado por injerencia o poder de decisión, antes de participar en el procedimiento de contratación administrativa, el interesado hará la consulta a la Contraloría General de la República y le remitirá todas las pruebas y la información del caso, según se disponga en el Reglamento de esta Ley.

e) Quienes funjan como asesores de cualquiera de los funcionarios afectados por prohibición, sean estos internos o externos, a título personal o sin ninguna clase de remuneración, respecto de la entidad para la cual presta sus servicios dicho funcionario.

f) Las personas jurídicas en cuyo capital social participe alguno de los funcionarios mencionados en los incisos anteriores, o quienes ejerzan puestos directivos o de representación.

Para que la venta o cesión de la participación social respectiva pueda desafectar a la respectiva firma, deberá haber sido hecha al menos con seis meses de anticipación al nombramiento del funcionario respectivo y deberá tener fecha cierta por cualquiera de los medios que la legislación procesal civil permite. Toda venta o cesión posterior a esa fecha no desafectará a la persona jurídica de la prohibición para contratar, mientras dure el nombramiento que la origina.

g) Las personas jurídicas sin fines de lucro, tales como asociaciones, fundaciones y cooperativas, en las cuales las personas sujetas a prohibición figuren como directivos, fundadores, representantes, asesores o cualquier otro puesto con capacidad de decisión.

h) El cónyuge, el compañero o la compañera en la unión de hecho, de los funcionarios cubiertos por la prohibición, así como sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

i) Las personas jurídicas en las cuales el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes indicados en el inciso anterior, sean titulares de más de un veinticinco por ciento (25%) del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación.

j) Las personas físicas o jurídicas que hayan intervenido como asesoras en cualquier etapa del procedimiento de contratación, hayan participado en la elaboración de las especificaciones, los diseños y los planos respectivos, o deban participar en su fiscalización posterior, en la etapa de ejecución o construcción. Esta prohibición no se aplicará en los supuestos en que se liciten conjuntamente el diseño y la construcción de la obra, las variantes alternativas respecto de las especificaciones o los planos suministrados por la Administración.

Las personas y organizaciones sujetas a una prohibición, mantendrán el impedimento hasta cumplidos seis meses desde el cese del motivo que le dio origen.

De las prohibiciones anteriores se exceptúan los siguientes casos:

1. Que se trate de un proveedor único.
2. Que se trate de la actividad ordinaria del ente.
3. Que exista un interés manifiesto de colaborar con la Administración”.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1257, Acta de la Comisión Permanente Especial de Redacción N° 21 del 24 de setiembre de 2001.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo VI, Folios 1818, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 28 del 28 de agosto de 2002.

“Artículo 23.—Levantamiento de la incompatibilidad.

La prohibición expresada en los incisos h) e i) del artículo anterior, podrá levantarse en los siguientes casos:

- a) Cuando se demuestre que la actividad comercial desplegada se ha ejercido por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición.
- b) En el caso de directivos o representantes de una persona jurídica, cuando demuestren que ocupan el puesto respectivo, por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición.
- c) Cuando hayan transcurrido al menos seis meses desde que la participación social del pariente afectado fue cedida o traspasada, o de que este renunció al puesto o cargo de representación. Mediante el trámite que se indicará reglamentariamente, la Contraloría General de la República acordará levantar la incompatibilidad”.

“Artículo 24.—Prohibición de influencias.

A las personas cubiertas por el régimen de prohibiciones se les prohíbe intervenir, directa o indirectamente, ante los funcionarios responsables de las etapas del procedimiento de selección del contratista, ejecución o fiscalización del contrato, en favor propio o de terceros”.

“Artículo 25.—Efectos del incumplimiento. La violación del régimen de prohibiciones establecido en este capítulo, originará la nulidad absoluta del acto de adjudicación o del contrato recaídos en favor del inhibido, y podrá acarrear a la parte infractora las sanciones previstas en esta Ley”.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1112, Acta de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración N° 22 del 29 de agosto de 2001.

“Artículo 97 bis.—Exclusión del oferente.

Si las faltas referidas en los Artículos 96 ter y 97, se producen cuando se encuentra en trámite un procedimiento de contratación, el oferente que con su participación haya contribuido en esas infracciones, directa o indirectamente, será excluido del concurso o, en su caso, se anulará la adjudicación respectiva, independientemente de si existió favorecimiento”.

Artículo 66.—Reforma del Código Municipal.

Refórmase el inciso d) del artículo 18 del Código Municipal, cuyo texto dirá:

“Artículo 18.—

[...]

d) Incurrir en alguna de las causales previstas en el artículo 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1257, Acta de la Comisión Permanente Especial de Redacción N° 21 del 24 de setiembre de 2001.

Artículo 67—Adición a la Ley Orgánica del Banco Central.

Adiciónase al artículo 132 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, N° 7558, de 3 de noviembre de 1995, el inciso e), cuyo texto dirá:

“Artículo 132.—

[...]

e) La información que requiera la Contraloría General de la República en ejercicio de sus atribuciones”.

[...]

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IV, Folio 1257, Acta de la Comisión Permanente Especial de Redacción N° 21 del 24 de setiembre de 2001.

Artículo 68.—Reformas de la Ley N° 3667.

Refórmanse los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, N° 3667, de 12 de marzo de 1966, y sus reformas. Los textos dirán:

“Artículo 10.—

1. Podrán demandar la declaración de ilegalidad y, en su caso, la anulación de los actos y las disposiciones de la Administración Pública:

a) Quienes tengan interés legítimo y directo en ello.

b) Las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público, así como cuantas entidades ostenten la representación y la defensa de intereses de carácter general o corporativo, cuando el juicio tenga por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter general de la Administración central o descentralizada, que les afecten directamente, salvo lo previsto en el inciso siguiente.

c) La Contraloría General de la República, cuando se trate de actos que ocasionen un grave perjuicio para la Hacienda Pública y la Administración no proceda a hacerlo de conformidad con lo establecido en el inciso 4) de este artículo.

2. No obstante, las disposiciones de carácter general que deban ser cumplidas directamente por los administrados, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual, podrán ser impugnadas por las personas indicadas en el inciso a) del párrafo anterior.

3. Si se pretende, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento, con reparación patrimonial o sin ella, únicamente podrá promover la acción el titular de un derecho subjetivo derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o la disposición impugnados.

4. La Administración podrá actuar contra un acto propio, firme y creador de algún derecho subjetivo, cuando el órgano superior de la jerarquía administrativa que lo dictó, haya declarado, en resolución fundada, que es lesivo a los intereses públicos que ella representa. Asimismo, cuando se trate de actos o contratos relacionados con la Hacienda Pública y, a pesar de contar con dictamen de la Contraloría General de la República que recomiende la declaratoria de nulidad de estos por ser

lesivos para las finanzas públicas, la Administración competente omite efectuar dicha declaratoria en el plazo de un mes, el órgano contralor quedará facultado para accionar en contra de dicho acto.

5. No podrán interponer juicio contencioso-administrativo, en relación con los actos y las disposiciones de una entidad pública:

a) Los órganos de la entidad de que se trate.

b) Los particulares, cuando actúen por delegación o como simples agentes o mandatarios de esa entidad”.

“Artículo 35.—

1. Cuando la propia Administración, autora de algún acto declarativo de derechos, pretenda demandar su anulación, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previamente deberá declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de otra naturaleza, en el plazo de cuatro años contados a partir de la fecha en que haya sido dictado.

2. Los actos dictados por un departamento ministerial no podrán ser declarados lesivos por un ministro de un ramo distinto, pero sí por el Consejo de Gobierno, previa consulta a la Procuraduría General de la República o a la Contraloría General de la República, según corresponda.

CONCORDANCIAS

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2658 a 2661, Acta de la Sesión Plenaria N° 82 del 26 de setiembre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2677 a 2692, Acta de la Sesión Plenaria N° 87 del 7 de octubre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2698 a 2713 - 2715 a 2716, Acta de la Sesión Plenaria N° 88 del 8 de octubre de 2002.

Expediente Legislativo N° 13715, Tomo IX, Folios 2737 a 2742, Acta de la Sesión Plenaria N° 90 del 10 de octubre de 2002.

Artículo 69.—Derogación del inciso 4) del artículo 346 del Código Penal.

Derógase el inciso 4) del artículo 346 del Código Penal.

Artículo 70.—Derogación de la Ley N° 6872.

Derógase la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, N° 6872, de 17 de junio de 1983.

Artículo 71.—Reglamentación.

El Poder Ejecutivo deberá reglamentar la presente Ley, dentro de los seis meses posteriores a su entrada en vigencia. Para la promulgación y reforma del Reglamento deberá procurarse la opinión de la Contraloría General de la República, cuyo proyecto se le remitirá oportunamente, a fin de que formule sus observaciones. La falta de reglamentación no impedirá la aplicación de esta Ley ni su obligatoria observancia, en cuanto sus disposiciones sean suficientes por sí mismas para ello.

Transitorio I.—Los funcionarios que, de acuerdo con la presente Ley y su Reglamento, estén obligados a declarar su situación patrimonial, no deberán presentar de nuevo una declaración inicial, cuando lo hayan hecho bajo la vigencia de la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los

servidores públicos; por ello, las declaraciones mantendrán todo efecto y valor. No obstante, las declaraciones anuales y la final que reste por entregar, se sujetarán a la presente Ley y su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Presentación de la declaración jurada de bienes en el caso de funcionario público que ocupara varios cargos.

“(…) de acuerdo con el anterior reglamento a la Ley No. 6872 (Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos), el artículo 16 regula el caso del funcionario público que ocupara varios cargos, hipótesis en la cual disponía que solamente presentaría una única declaración para dar cumplimiento al mandato legal. En el caso de la nueva ley que rige la materia (Ley No.8422 de 06 de octubre de 2004), no existe una disposición que regule la situación administrativa consultada, principalmente en virtud de que aún no ha sido publicada la reglamentación prevista por el numeral 71 de la Ley No.8422.(…) mientras que no se reglamente en sentido contrario, se deberá considerar que en el caso de consulta no se requiere más que una única declaración patrimonial, misma que cubre el desempeño de todos los cargos públicos que una misma persona ocupe. (...) obsérvese que el Transitorio I de la nueva Ley establece con claridad que “Los funcionarios que, de acuerdo con la presente Ley y su Reglamento, estén obligados a declarar su situación patrimonial, no deberán presentar de nuevo una declaración inicial, cuando lo hayan hecho bajo la vigencia de la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos; por ello, las declaraciones mantendrán todo efecto y valor. No obstante, las declaraciones anuales y la final que reste por entregar, se sujetarán a la presente Ley y su Reglamento (...)”.

(Oficio N° 357 (DAGJ-79) del 12 de enero de 2005)

Transitorio II.—Las personas que, bajo la vigencia de la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, no estaban obligadas a declarar sus bienes, pero sí deban hacerlo en virtud de la presente Ley y su Reglamento, contarán con un plazo de cuarenta y cinco días hábiles a partir de publicación del respectivo Reglamento para cumplir tal obligación.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Las personas que bajo la vigencia de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, no estaban obligadas a declarar sus bienes, pero sí deban hacerlo en virtud de esta Ley y su Reglamento.

“(…) en lo que se refiere al momento a partir del cual deben los funcionarios mencionados en el artículo 21 presentar la declaración jurada sobre su situación patrimonial, en primer término, debemos señalar que la norma únicamente menciona a los regidores propietarios y suplentes, no así a los síndicos. Así, de conformidad con el Transitorio II de la Ley No. 8422, las personas que, bajo la vigencia de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, no estaban obligadas a declarar sus bienes, pero sí deban hacerlo en virtud de esta Ley y su Reglamento, contarán con un plazo de cuarenta y cinco días hábiles a partir de la publicación del respectivo Reglamento para cumplir tal obligación. Por lo que, en vista de que con la anterior Ley los regidores no se encontraban dentro de los funcionarios públicos obligados a presentar declaración jurada sobre su situación patrimonial, el plazo que les rige para ajustarse a la nueva normativa es el mencionado en dicho transitorio (...)”.

(Oficio N° 958 (DAGJ-200) del 26 de enero de 2005)

Rige a partir de su publicación.

Comuníquese al Poder Ejecutivo

Asamblea Legislativa.—San José, a los catorce días del mes de setiembre de dos mil cuatro.—Gerardo Alberto González Esquivel, Presidente.—Carlos Herrera Calvo, Primer Secretario.—Mario Calderón Castillo, Segundo Secretario.

Dado en la Presidencia de la República.—San José, a los seis días del mes de octubre del dos mil cuatro.

Ejecútese y publíquese

ABEL PACHECO DE LA ESPRIELLA.—La Ministra de la Presidencia, Lineth Saborío Chaverri y la Ministra de Justicia y Gracia, Patricia Vega Herrera.—1 vez.—(Solicitud N° 186-04).—C-433145.—(L-8422-83672).

PODER EJECUTIVO

Segunda Parte

Artículos de opinión

EL DEBER DE PROBIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA RESPONSABILIDAD POR SU INFRACCIÓN

Licda. Andrea Calderón Gassmann¹

La función pública debe ser inseparable de la ética, como único modo de responder íntegramente a la confianza que los ciudadanos han depositado en el Estado para la realización del bien común.

Sin embargo, la historia demuestra que la corrupción ha estado presente en todos los sistemas políticos, de ahí que la lucha contra este flagelo es una causa difícil, en la que no existen victorias seguras ni definitivas. No obstante, se trata de una batalla que debe mantenerse con la aspiración de que cada día nuestro país vaya dando muestras de progreso, teniendo como fin lograr emular a las naciones que se han colocado a la vanguardia en este campo.

En este sentido, reviste importancia recalcar que el funcionario público, cuando asume su cargo, debe tener claridad suficiente sobre el hecho de que su juramento y compromiso de servicio apareja el cumplimiento no sólo de la legalidad en el desarrollo de sus funciones y el ejercicio de sus atribuciones, sino que esa misión debe además apegarse a postulados de transparencia, rendición de cuentas, honradez, rectitud, respeto, discreción, integridad, imparcialidad, lealtad, espíritu de servicio, buena fe, etc.

Por ello, cobra especial trascendencia el que el funcionario tome plena conciencia de que la transgresión a esos principios éticos puede –y debe– dar lugar a que su conducta sea investigada y eventualmente sancionada. Esto en aras de mantener la disciplina interna y de asegurar que los agentes públicos cumplan fiel y estrictamente las obligaciones de su cargo; todo como correlato de la relación orgánica del servidor con una Administración que está sometida por entero a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y al servicio de los intereses generales.

En este marco, hablar del deber de probidad es hablar de la base fundamental sobre la que se construye y sostiene toda la lógica y el engranaje de nuestra Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Al regularlo, señala la Ley N° 8422 que: “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.” De los múltiples elementos que encierra esta definición, interesa rescatar lo referido al campo estrictamente ético.

Estamos ahí frente al contenido sustancial del deber de probidad, que normativamente se ha definido, con especial acierto, como “la conducta moralmente intachable del servidor del Estado, unida a su entrega leal y honesta al desempeño del cargo, con primacía del interés público sobre el privado”.² De ahí que si la ética se puede entender como “las reglas de la vida, los principios que norman los pensamientos, las acciones y las conductas humanas... y que las orientan al correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas” (José Abigail Cruz

¹ Procuradora Adjunta.

² http://www.contraloria.cl/cgrweb/Portal/appmanager/portalCgr/portal;JSESSIONID_ADMINTOOLS=FBhPnTbHYmHV8LnBTddBOnmVml6YqzZT8yTWvxzPPJJS0y8GKzG2!431161413!NONE?_nfpb=true&_pageLabel=PI20004

Infante)¹, debe remarcarse que “En un Estado de Derecho se impone que la actuación de la Administración Pública se haga con base en criterios de probidad administrativa, esto entraña una moralidad, ética y rectitud en el obrar. Los criterios de probidad administrativa importan la formación de conciencia del individuo y aquellos que desempeñan labores en el sector público deben demostrar en la tarea diaria un absoluto respeto a los valores que conlleva la ética” (Osvaldo Oelckers).²

En el derecho comparado pueden encontrarse definiciones como la que hizo la Ley N° 4816 de la República de Argentina: “DEBER DE PROBIDAD. La función pública debe ejercerse con probidad. Todo funcionario público debe actuar con honradez, en especial cuando haga uso de recursos públicos que le son confiados para el cumplimiento de los fines estatales, o cuando participe en actividades o negocios de la administración que comprometen esos recursos”.

En Chile, la ley ha definido la probidad indicando que consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular, y añade que la inobservancia de este principio acarreará ciertas responsabilidades y sanciones y que las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o “a contrata”, deberán dar estricto cumplimiento a este principio (Ley N° 19.653 sobre Probidad Administrativa).³

En nuestro país, uno de los aspectos más rescatables de la llegada de la Ley N° 8422 es precisamente la enorme contribución y empuje que ello ha significado de cara al fortalecimiento de una cultura de la ética en el ejercicio de la función pública, al punto de que a través del interés, la preocupación, la sed de estudio y el planteamiento de múltiples inquietudes por parte de los propios funcionarios sobre el tema, se pone de manifiesto la gestación de un cambio de paradigma en lo que atañe a la responsabilidad que aparece el ocupar un cargo en la Administración.

Desde esta perspectiva, se ha logrado dar un paso sumamente importante también en materia de rendición de cuentas, toda vez que al haber normativizado ese deber de carácter ético, se le confirió un lugar propio en el ordenamiento, una identidad también de carácter legal, que adquiere trascendencia de frente, sobre todo, a las consecuencias de su eventual transgresión.

Sería realmente reconfortante pensar que un mecanismo normativo de prevención como la Ley N° 8422 no debería existir, pero lamentablemente, la realidad que padece nuestra sociedad actual lo justifica y requiere como una importante herramienta en la lucha contra la corrupción. Así, el castigo de las faltas en este campo y la respectiva condena no sólo social sino también jurídica deben traducirse en elementos punitivos concretos de carácter ejemplarizante, a partir de lo cual se construyan importantes precedentes que tiendan a evitar, hacia futuro, conductas dolosas lesivas del orden público.

Así, esa sanción jurídica, desde luego junto a los controles de gestión, deben ir perfilando con mayor nitidez y fuerza el sentir del servidor público acerca de lo que es correcto y debido en el ejercicio de sus funciones, y a su vez exigido por la sociedad. Asimismo, todo ello debe conducir al surgimiento de la transparencia en la administración y a la correcta y plena satisfacción de las necesidades y requerimientos de la ciudadanía, como destinataria última de los actos de los funcionarios públicos.

Y es que no puede negarse que en el pasado eran muchas las ocasiones en que alguna conducta del funcionario era socialmente reprochada, desde un punto de vista moral, quedando el

1 ALARCÓN MARROQUÍN, Conrado Adolfo, LÓPEZ GARCÍA, Mario Efraim, Ética, probidad y responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos (Estudio Comparativo en Centroamérica); Oficina de Programas Internacionales, The University of Texas at Austin (Programa de modernización Legislativa), Guatemala, agosto de 1998.

2 Ibid.

3 Ver <http://www.lexisnexis.cl/lasemanajuridica/1262/printer-27146.html>

sentir general de que si bien estábamos ante un acto altamente censurable o “mal visto” por la ciudadanía, por tratarse de una conducta alejada de los deberes éticos, tal situación permanecía en la sombra de la impunidad, usualmente con endeble amparo en alguna disposición del ordenamiento, aunque fuera a base de alambicadas o forzadas interpretaciones, o bien por no hallarse un deber legal expreso que hubiera resultado violentado.

Es así como el tema de la probidad administrativa era abordado desde una perspectiva deontológica, sociopolítica o sociológica, pero no estrictamente jurídica. Pues bien, es aquí donde entra a jugar un papel fundamental la consagración expresa en el ordenamiento jurídico del deber de probidad como una obligación ya no sólo ética sino ahora, también de carácter *legal*, con la previsión de que su inobservancia puede acarrear responsabilidades tan graves y serias como el cese del cargo sin responsabilidad para el Estado –en el campo administrativo– o bien, alguna sanción de carácter penal en caso de que la conducta llegue a encajar en alguno de los tipos previstos por la legislación vigente.

En el ámbito de la responsabilidad administrativa hay un aspecto de la mayor valía, cual es que la fórmula normativa del artículo 3° de la Ley N° 8422 deja el suficiente espacio para poder juzgar y si es del caso sancionar cualquier actuación u omisión que viole los alcances del deber de probidad. Esto nos permite, más allá de la tipificación de una serie de faltas como las que describe, por ejemplo, el numeral 38 *iusibíd*, contar con una fórmula legal lo suficientemente comprensiva y flexible que permita cobijar, según sea el caso de que se trate, aquellas conductas indebidas que pueden llegar a presentarse en el campo de la ética, a fin de responsabilizar al funcionario por ellas.

Y es que lo anterior, lejos de constituir un portillo peligroso o una medida arbitraria, viene más bien a erigirse como bastión de la justicia, en tanto propicie una verdadera rendición de cuentas por parte del funcionario y una conciencia clara sobre la responsabilidad que debe enfrentarse en este ámbito, en tanto el funcionario es depositario de las potestades y los bienes públicos, pero sobre todo, de la confianza del administrado en lo que atañe a la protección del interés superior de la colectividad.

Si esto lo ligamos con el tema de que, como es obvio, cualquier posible sanción con fundamento en los artículos 3° y 4° de esta Ley habrá de pasar por el tamiz de un procedimiento en sede administrativa que respete íntegramente las garantías de defensa y el debido proceso, no debe tener cabida alguna una actuación arbitraria en ese sentido.

Valga recalcar que en un supuesto de esta naturaleza adquiere especial relevancia la construcción de una intimación bien acabada, que no sólo arroje absoluta claridad sobre la conducta que se reprocha, sino además el suficiente sustento desde el punto de vista de su calificación como posible violación al contenido sustantivo del deber de probidad. Sobre el particular, recordemos que la Sala Constitucional ha perfilado muy bien el principio de intimación, señalando que “consiste en el acto procesal por medio del cual se pone en conocimiento del funcionario la acusación formal. La instrucción de los cargos tiene que hacerse mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos que se le imputan y sus consecuencias jurídicas”.¹

Bajo esa misma línea de razonamiento, igualmente se ha pronunciado en el sentido de que “El debido proceso en materia administrativa integra, entre otros, el derecho de intimación, es decir, que todo acusado debe ser instruido de los cargos que le imputan. Con el traslado de cargos se pretende que la persona intimada comprenda el carácter de los actos que le atribuyen desde el primer momento de la iniciación del procedimiento administrativo”.²

1 Sentencia N° 632-99 de las 10:48 horas del 29 de enero de 1999. En similar sentido, ver las resoluciones números 2253-98 de las 13:03 horas del 27 de marzo y 2376-98 del 1° de abril, ambas de 1998.

2 Sentencia N° 812-2000 de las 18:15 horas del 25 de enero del 2000).

Desde esta óptica, igualmente la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “no corresponde al administrado dilucidar, del cúmulo de información y actuaciones comprendidas en un expediente administrativo, cuáles son los cargos que se le endilgan”¹, de ahí que no sea aceptable que la intimación se limite simplemente a remitir al funcionario a algún tipo de documento que conste en el expediente, sino que debe contener una correcta e inequívoca descripción de los hechos que han dado lugar a la apertura del procedimiento y que a su vez, de quedar debidamente comprobados, darían lugar a la eventual imposición de una sanción disciplinaria.

En el pasado, probablemente el legislador no se había atrevido a hacer realidad una fórmula normativa como la que estamos glosando, justamente por las reservas que ello puede generar desde el punto de vista del derecho sancionador y las garantías que ello implica. Pero esas posibles reservas deben superarse básicamente desde dos ópticas: por un lado, como ya se mencionó, en razón de las garantías del debido proceso, que hoy día cuenta con un el más profuso desarrollo por parte del Tribunal Constitucional, a través de precedentes jurisprudenciales que son vinculantes *erga omnes*, y, por ende, protegen y cobijan a la totalidad de los funcionarios públicos.

Por otro lado, debe tomarse conciencia sobre las necesarias diferencias que guarda la sanción en sede administrativa con la de naturaleza penal, siendo en esta última el principio de tipicidad de suma relevancia en razón de los valores que están en juego ante una posible pena privativa de libertad. Bajo esa línea de razonamiento, resulta de sumo provecho, en el contexto de estas pequeñas reflexiones, retomar los razonamientos desarrollados por la Sala Constitucional, que explican muy bien esas especiales características del ámbito disciplinario, en lo que atañe a la tipificación de las faltas:

“Como se anotó anteriormente, la responsabilidad disciplinaria suele versar sobre actos de naturaleza general, por cuanto las autoridades disciplinarias pueden usar un poder discrecional de interpretación extensiva en la calificación de los hechos. Así, las normas reguladoras del derecho disciplinario son principalmente genéricas, las figuras no tienen soluciones de continuidad, y es teórica y prácticamente difícil, por no decir imposible, afirmar cuando existe una figura perfectamente definida. En este régimen, el principio de tipicidad -“*nullum crimen sine lege*, y *nulla poena sine lege*”- no tiene la rigurosa aplicación que tiene el derecho penal, siendo su dominio más dilatado. Al respecto, por sentencia número 5594-94, de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintisiete de setiembre último, esta Sala consideró:

“III. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. La existencia de un conjunto de deberes de los funcionarios -y a la vez de sus atribuciones-, sean deberes comprendidos en la obligación de la función o del servicio que desempeñan, o los que derivan de la subordinación jerárquica, exige normas establecidas para reglar esas relaciones, y sanciones para cuando se violan tales obligaciones. El principio de tipicidad es una aplicación del principio de legalidad y exige la delimitación concreta de las conductas que se hacen reprochables a efectos de su sanción. Sin embargo, en materia disciplinaria, no se aplica el principio de tipicidad en la misma forma que se hace en materia penal, de conformidad con el artículo 39 constitucional, (...). Puede afirmarse que el principio de tipicidad constituye un principio fundamental en la responsabilidad disciplinaria, pero no en la misma forma que en ámbito jurídico-penal, ya que los principios “*nullum crimen sine lege*”, “*nullum poena sine lege*” no tienen la rigidez y exigencia que les caracteriza en el derecho penal sustantivo, por cuanto la actividad sancionatoria de índole penal y la de índole disciplinaria corresponden a campos jurídicos diferentes,

y los parámetros de discrecionalidad que son propios del ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa son más amplios que los de la potestad sancionatoria penal del Estado. (...) En el derecho disciplinario, en razón del fin que persigue, cual es la protección del orden social general, y de la materia que regula, -la disciplina-, la determinación de la infracción disciplinaria es menos exigente que la sanción penal, ya que comprende hechos que pueden ser calificados como violación de los deberes del funcionamiento, que en algunas legislaciones no están especificados, y, en otras, sí. De manera que, el ejercicio de este poder es discrecional, de allí que proceda aplicar sanciones por cualquier falta a los deberes funcionales, sin necesidad de que estén detalladas concretamente como hecho sancionatorio, por lo cual, la enumeración que de los hechos punibles se haga vía reglamentaria no tiene carácter limitativo. Motivado en la variedad de causas que pueden generar su aplicación, en la imprecisión frecuente de sus preceptos y en la esfera de aplicación, no siempre es orgánico ni claro en la expresión literal, razón por la cual puede sancionarse discrecionalmente las faltas no previstas concretamente, pero que se entienden incluidas en el texto, siempre y cuando resulten de la comprobación de la falta disciplinaria, mediante un procedimiento creado al efecto. La falta o infracción disciplinaria se ha definido diciendo que es una violación al funcionamiento de cualquier deber propio de su condición, aún cuando no haya sido especialmente definida aunque sí prevista. Los hechos determinantes de las faltas disciplinarias son innumerables, pues dependen de la índole de los comportamientos o conductas de los sujetos “subordinados”, comportamientos o conductas en verdad ilimitados en número, dada su variedad; por ello se deduce la existencia de tres elementos de la falta disciplinaria: 1.- un elemento material: que es un acto o una omisión; 2.- un elemento moral: que es la imputación del acto a una voluntad libre; y 3.- un elemento formal: que es la perturbación al funcionamiento del servicio o afección inmediata o posible de su eficacia.

IV. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. (...) De tal manera, por ejemplo, no será en modo alguno suficiente limitarse a reprochar a un funcionario una falta de probidad, en abstracto, sino que es necesario concretar en la conducta específica que se enjuicia, dónde es imputable dicha falta en concreto, desde la perspectiva de los deberes positivos del funcionario, a los que ha faltado. Consecuencia de lo anterior, al momento de interpretar una norma, debe hacerse en relación con la actividad que ella regula ...”.

(...) con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual, es claro que intenta delimitar un supuesto concreto, conceptos como lo son la buena fe, la falta de probidad, la moral, las buenas costumbres, etc. Así, aunque la ley no determine con claridad los límites..., porque se trata de conceptos que no admiten cuantificación o determinación rigurosa, pero que en todo caso, es manifiesto que con ellos se está refiriendo a un supuesto de realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de aplicación. La ley utiliza conceptos de valor -buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, orden público, justo precio, moral-, o de experiencia -incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible-, porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero resulta claro que al estarse refiriendo a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, como es el caso de la determinación de las infracciones o faltas disciplinarias, la aplicación de tales conceptos a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da ...; o hay buena fe o no la hay, o acciones contrarias al orden público o no las hay,

o hay acciones contrarias a la moral o no las hay, etc. En esto radica lo esencial de este tipo de conceptos, de manera que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que no obstante su denominación, son conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes, se da en todas las ramas del derecho, como por ejemplo en la civil -buena fe, diligencia del buen padre de familia, negligencia-, en la comercial -interés social-, en la procesal -pertinencia de los interrogatorios, medidas adecuadas para promover la ejecución, perjuicio irreparable-, o en la penal -alevosía, abusos deshonestos-, son sólo algunos de los ejemplos que se pueden citar” (sentencia número 1265-95, de las quince horas treinta y seis minutos del siete de marzo mil novecientos noventa y cinco). Con base en lo expuesto procede declarar que la norma que aquí se analiza no viola el principio de tipicidad y por ende, en relación con este alegato, no resulta inconstitucional.”¹

En este punto, recordemos que usualmente en el derecho administrativo los tipos sancionadores no son autónomos, sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento supone, entonces, la infracción. Recordemos con la doctrina que “la remisión de que se viene hablando se hace evidente en las normas que describen ciertas obligaciones, determinados comportamientos, algunas prácticas, o precisa funciones o actividades y en otras que juegan un papel complementario a las mismas y que son, justamente, las que declaran que su incumplimiento constituye infracción sancionable”.²

Nótese que esto es justamente lo que ocurre con la fórmula normativa que recogen los numerales 3° y 4° de la Ley 8422, toda vez que se describen, en el primer artículo, las obligaciones que concurren en el deber de probidad, y en el segundo, se contempla que la infracción a ese deber constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal.

Valga traer a colación una interesante sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español, cuando desarrolla las siguientes consideraciones:

“Alega la parte actora que, en el presente caso, los actos que fueron objeto de sanción no pueden entenderse válidamente tipificados como infracciones a la normativa vigente, dada la absoluta indeterminación de las conductas ilícitas que regula el art. 39 de los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de Arquitectos y la improcedencia de subsumir en ellas el incumplimiento de las Normas Deontológicas que, a su juicio, constituyen un mero “tratado de deberes”, sin intención disciplinaria. (...) Es cierto que los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones, deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables. Sin embargo, según declaró este Tribunal en la STC 69/1989, no vulneran la exigencia de *lex certa* la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. Del mismo modo, puede decirse que no vulnera esa misma exigencia la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes u obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva

1 Sentencia N° 479-97 de las 16:09 horas del 22 de enero de 1997, y en sentido similar las sentencias 2004-10227 de las 15:56 horas del 21 de setiembre de 2004 de la Sala Constitucional, y 2005-00614 de las 09:20 horas del 20 de julio de 2005, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

2 OSSA ARBELÁEZ, Jaime; Derecho Administrativo Sancionador, Bogotá: Editorial Legis, 1ra. ed., año 2000, p.271.

derivada de aquel incumplimiento o transgresión. / (...) frente a lo que el recurrente sostiene, las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios Profesionales o sus Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega a favor de los Colegios para “ordenar...la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares [art. 5 i) de la Ley de Colegios Profesionales], potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de “ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”¹.

A mayor abundamiento, nos dice Alejandro Nieto que “En el Derecho Penal la estructura de la norma punitiva es muy sencilla, puesto que tanto la tipificación de la infracción como la atribución de la sanción tienen lugar, salvo excepciones, de forma directa e individualizada; mientras que en el Derecho Administrativo Sancionador el mecanismo es mucho más complejo, ya que con frecuencia la tipificación no es directa sino por remisión y la atribución no es individualizada sino genérica. (...) no se trata de simples diferencias de *matiz* sino, como mínimo, de estructura normativa. Lo que significa que el mandato de tipificación (y, por ende, la misma reserva legal y, en último extremo, el principio de legalidad) tiene un alcance muy distinto en el Derecho Administrativo que en el Derecho Penal, sin perjuicio de que buena parte de la Doctrina y de la Jurisprudencia, seducidas por el brillo de las equiparaciones, no se percaten siempre de este fenómeno y actúen con un rigorismo formal que para nada beneficia ni a los intereses públicos ni a las garantías individuales”².

Tal enfoque debe ser tomado muy en cuenta, toda vez que en el campo de la función pública, la violación al deber de probidad podría traducirse en un elenco infinito de conductas que resulta material y jurídicamente imposible de tipificar de forma rígida y expresa, de ahí la importancia de una fórmula que confiera sustento legal a la posible imposición de una sanción sin pretender alcanzar una enumeración taxativa de eventuales faltas administrativas, desde luego bajo las consideraciones apuntadas.

Y claro está que más allá de esta normativa, es aún más relevante la aplicación que de ella se haga por parte de la generalidad de los funcionarios, a través de un auténtico cambio de cultura, y también de parte de los órganos llamados a controlar la actividad administrativa.

A la luz de estas consideraciones, valga concluir señalando que una base normativa como la comentada nos ofrece una serie de elementos que, debidamente aplicados y aprovechados, deberían constituirse en herramientas eficaces para propiciar la probidad y luchar incansablemente contra la corrupción: ese debe ser el compromiso de todos los que tenemos en nuestras manos esta gran responsabilidad y misión que aparea la función pública.-

1 STC 218/1989 de 21 de diciembre de 1989. Ver GARBÉRÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, El procedimiento administrativo sancionador, Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 2001, vol I, 4ta. edición, p. 602.

2 Énfasis agregado. NIETO GARCÍA, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 2da edición, 1994, p. 294.

LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA¹

Sumario: I) Introducción. II) Aspectos Generales. III) La administración de los conflictos de interés en el ordenamiento costarricense. IV) Reflexiones finales.

I) Introducción

Describir la forma en que se encuentra normado el conflicto de interés en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, es el objetivo del presente trabajo.

Un componente insoslayable del buen gobierno es una administración correcta de los conflictos de interés. Si el funcionario público conoce las metas y planes presupuestados para el año, si sabe los mecanismos que operan a lo interno de su organización para lograr el control de las operaciones, le resultará más fácil comprender si ante una situación concreta, sus intereses son contradictorios con esas metas y planes. La identificación de los objetivos contemplados en un plan presupuestario junto a un eficiente control interno, son los dos pilares que contribuyen a un buen gobierno, pero se ha descuidado que esos propósitos pueden verse desviados cuando están de por medio intereses ajenos. Despejar adecuadamente este riesgo es una tarea fundamental de toda organización, privada o pública.

La exposición se ha dividido en dos partes. La primera de ellas se ha dedicado a delimitar la relación que tiene este tema con la ética pública, así como los alcances y contenido, para dedicar una segunda parte a la infraestructura que se requiere para administrar un sistema de conflictos de intereses en el seno del Estado.

II) Aspectos generales.

A. La configuración del conflicto de interés en el marco de la ética pública.

Con la promulgación de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, se dispone en el ordenamiento jurídico costarricense de un reparo genérico sobre la posición del funcionario respecto de empresas particulares o respecto de sus propios negocios, que el sentido común no fue capaz de advertir, por lo que la respuesta del Derecho se hizo necesaria. El artículo 38, en su inciso b, busca que el empleado del Estado no puede colocarse en una situación por la que su interés privado o personal pueda afectar la observancia imparcial de sus deberes públicos. Este es el dato que el Derecho positivo nos facilita y, si bien a lo largo de su texto se pueden encontrar figuras más específicas, el conflicto de intereses se encuentra dibujado allí con trazos gruesos para que se abarque un sinnúmero de situaciones.

Pero ¿por qué los conflictos de intereses en una ley sobre corrupción? La inserción de los conflictos de interés en una ley contra la corrupción produce una carga semántica que para algunos puede ser inconveniente. La ausencia de un estatuto de la función pública que desarrolle los deberes y obligaciones del servidor -domicilio más apropiado para este asunto- no existe y no existirá en nuestro país por mucho tiempo. El vacío lo viene a suplir una legislación contra corrupción. El otro factor es que la Convención Interamericana contra la Corrupción, exige un desarrollo de varios extremos y el cumplimiento de esa Convención lo se hace nuestro país, básicamente, en una sola herramienta, que es la mencionada ley. Esto explica que los conflictos de interés aparezcan en la LCCEIFP.

1 Ronald Hidalgo Cuadra, exGerente Asociado de la Contraloría General de la República.

El desempeño de una organización mejora cuando los objetivos están claros para todos y los esfuerzos no se desperdician en desviaciones que reduzcan la fuerza conjunta prevista y desfiguren la democracia al cambiar el lugar donde deben tomarse las decisiones. Como en el sector privado representa la base de los negocios, en el sector público es decisiva para el éxito de los cometidos gubernamentales. La presencia de los conflictos de interés no es censurable, la verdad es que muchos se producen al margen de la voluntad del involucrado. Si el funcionario conoce las metas concretas que busca la organización a la que pertenece, le resultará más fácil comprender e identificar las situaciones que debe evitar. El interés público, el bien común o la satisfacción de las necesidades colectivas, son categorías abstractas que no le dicen nada en concreto, como sucede en cambio, si sabe que una meta de su oficina es el asfaltado de la calle donde reside. Tal vez ahí perciba que su intervención puede levantar suspicacias. La organización debe contar con las herramientas para lidiar con esto adecuadamente. La ética es, por ende, un asunto de buen gobierno. La legislación sobre corrupción no debe ofrecer sólo respuestas de carácter represivo o penal. Si se quiere esta no es la vía más apropiada. Por eso, al margen de los defectos que el estatuto de la función pública presente, los conflictos de interés merecen ser considerados como parte de esa respuesta normativa al fenómeno tan complejo de la corrupción. Expliquemos esto.

Durante la existencia de la persona se presentan una serie de posibilidades de las cuales se apropia libremente, un hacerse¹. El determinismo conductista por el cual se establece que los seres humanos no actúan de acuerdo a rasgos de personalidad ni a virtudes inculcadas mediante procesos educativos, sino en función de mecanismos de premio o de castigo adecuadamente aplicados, está abandonado desde hace mucho tiempo. El individuo, condenado a ser libre, ha de apropiarse de las posibilidades que se le presentan en su horizonte vital de la manera más prudente. De la misma forma, las organizaciones han de forjarse un *carácter*, un modo de ser, de acuerdo a las posibilidades de las que se apropian. La ética es un hacerse colectivo, en el cual están involucradas las empresas, las organizaciones y la opinión pública. No es deontología decretada sin más, sino que de un sistema de derechos fundamentales y libertades básicas, se construye un consenso sobre lo que es una conducta racional, previsible y aceptable dentro de ese sistema.

Este consenso demanda un trabajo que presenta varias fases². En una primera etapa en ese desarrollo, se incorporan ciertos principios de justicia para evitar permanentes conflictos frente a la necesidad de tolerancia. En una segunda etapa se reconocen los principios de justicia establecidos por una constitución (consenso constitucional) que garantiza derechos y libertades básicos. Luego, al incrementarse la confianza, los ciudadanos tienen un consenso más profundo y más amplio pues abarca una equitativa igualdad al acceso de oportunidades y a la justicia social.

Las agrupaciones poseen entonces, también un *êthos* que deben, por decirlo así, hacerlo. El punto de partida hacia una comunidad ética es variable según sean las condiciones sociales imperantes en un momento dado. No es lo mismo hablar de ética en una organización que es ya presa de la corrupción, de otra que busca resolver cómo erradicarla en situaciones bien identificadas. Esto impone una reflexión preliminar sobre la organización, sea ésta sociedad, empresa o entidad pública. ¿Está presidida por una idea de acatar las reglas éticas para no “meterse en problemas”, independientemente de que sean apropiadas para una vida feliz? O ¿la conducta de los individuos está cimentada en la confianza y respeto mutuos, en principios universales y lógicos de comportamiento? ¿Está obteniendo la comunidad, organización,

1 “La vida humana es entonces un proceso de apropiación de posibilidades, que tiene más éxito cuando una persona elige las que llevan a apropiarse de sí misma, a poder decidir desde ella misma con propiedad.” CORTINA, Adela. Hasta un pueblo de demonios. Madrid, Taurus, 1998, p. 25. Dice Ortega y Gasset: “¿No es esto sorprendente? Hemos sido arrojados en nuestra vida y, a la vez, eso en que hemos sido arrojados tenemos que hacerlo por nuestra cuenta, por decirlo así, fabricarlo. O dicho de otro modo: nuestra vida es nuestro ser. Somos lo que ella sea y nada más –pero ese ser no está predeterminado, resuelto de antemano, sino que necesitamos decidirlo nosotros, tenemos que decidir lo que vamos a ser...”, ORTEGA Y GASSET, José. ¿Qué es filosofía? Madrid, Alianza Editorial, S.A., 1997, p. 263.

2 LEWIS, Hunter. La cuestión de los valores humanos. Barcelona, Editorial Gedisa, S.A., 1998, p. 137.

empresa, etc., los propósitos para los que fue establecida más allá de la mera sumatoria de intereses individuales o de la felicidad de cada uno, ya que se trata de objetivos grupales u organizacionales?

Como una primera aproximación, tenemos que el enfoque de la reflexión ética como un proceso dinámico, aparece que la norma positiva debe partir de una indagación sobre las condiciones que posee la organización a la que se dirige en cuanto a su percepción de las conductas que son aceptables. Algunas condiciones que deben considerarse son:

- a) Existencia de valores como resultado de un proceso deliberativo.
- b) Compromiso cívico como actitud fundamental para llevar esos valores a la vida real. Esta participación ciudadana es muy relevante. Señala TOURAINE que las características de una sociedad democrática son la representatividad de los gobernantes, que su poder se encuentre limitado y, especialmente, que los electores se consideren ciudadanos activos y hagan uso de los espacios de participación democrática. Este componente está ausente en Costa Rica, pues el Gobierno se percibe como un mundo separado¹.
- c) Confianza entre los miembros, que es la base del entramado de las relaciones en la sociedad.
- d) Reglas o preceptos cuyo contenido no está centrado en fijar “conductas” sino principios de aceptación universal.

Si los miembros de una comunidad poseen un alto grado de confianza entre sí, las reglas serán muy diferentes pues buscarán asegurar esa confianza, por lo que la norma deposita un margen de actuaciones discrecionales amplio a favor de los miembros, y las sanciones se orientan a penar conductas descritas con base en postulados que incorporan los valores queridos o las conductas que han lastimado esa confianza. Si estamos hablando de niveles importantes de desconfianza, las reglas tienden a disminuir las actuaciones discrecionales y a que las reglas se esfuercen por enunciar las decisiones apropiadas en lo posible; las sanciones buscarán describir con detalle los comportamientos con lo que se reprimen actuaciones contrarias a la regla preestablecida y no tanto al fin que se busca.

Para el caso de los conflictos de interés en la función pública no hablamos de reglas para combatir una corrupción ya producida, sino de normas propias de todo mandato, destinadas al que se le encarga cumplir un cometido con la finalidad de que ese cometido se cumpla. No describen detalladamente, un comportamiento indebido, no son reglas “conductuales”. Más bien, las reglas previenen al sujeto encargado de las situaciones que debe evitar.

La premisa básica que ha acompañado nuestra historia constitucional ha sido que el poder es una delegación del pueblo en sus gobernantes, que actúan a nombre de éste como mandatarios. La ley y más concretamente la legalidad como un todo, se ha configurado como el receptor de la expresión del mandato del pueblo sobre sus gobernantes; el poder político siempre se ha configurado desde y a partir de la ley. De acuerdo con la construcción filosófica de LOCKE, la organización de la sociedad en un cuerpo político tiene el propósito de la preservación mutua de la vida, de las libertades y de los bienes de los individuos que la componen. Las facultades que se acuerdan al Estado se articulan como un mandato (*a fiduciary power to act for certain ends*)². Este pensamiento es recogido por una serie de documentos de enorme importancia para la historia constitucional occidental dentro de los que destaca la Declaración de Derechos de 1789, cuyo artículo 15 dispone: “La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración”.

1 TOURAINE, Alan, ¿Qué es la democracia? Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1994, p. 63.

2 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Madrid, Alianza Editorial, S.A., pp. 59 y ss.

Para don Mario Alberto Jiménez ese pacto fue un hecho que efectivamente sucedió¹. Se produjo con el Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia, del 1° de diciembre de 1821. La verdad es que el Pacto Social no tuvo nada de interino en sus ideas rectoras que se han mantenido a pesar de sus reformas por medio de los dos Estatutos Políticos, hasta que el 22 de noviembre de 1824 se produce la Constitución Federal en Centroamérica². Claro que el tono del Pacto Social fue, precisamente, de concordia frente a los eventos históricos que le correspondió enfrentar. En este documento se instaura para "... la administración, conservación y prosperidad de la provincia" (artículo 8) una Junta de gobierno provisional, compuesta de siete vocales elegidos popularmente; conforme a su artículo 24, la Junta podrá expedir y dictar todas las providencias que demande la libertad, seguridad y buena administración de la provincia en sus respectivos atributos. Su artículo 48 fue contundente: "*La Junta plena y sus comisiones no podrán excederse de las facultades que se les conceden en este Pacto*". En el primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica, se deja bien claro que el objeto del Gobierno es la felicidad de la provincia "... puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen..." (Artículo 23) y puntualiza que las autoridades gubernamentales no podrán desviarse del espíritu de ese Estatuto (Artículo 35). En la Constitución Política del 7 de diciembre de 1871, base ideológica de la actual, se establecía que ninguna autoridad puede arrogarse facultades que la ley no le concede (artículo 16). En su artículo 19 se disponía que "*Los funcionarios públicos no son dueños sino depositarios de la autoridad. Están sujetos á las leyes y jamás pueden considerarse superiores á ellas*". No sorprende, entonces, que con un bagaje tan hondamente arraigado en los textos constitucionales de nuestra sociedad, el artículo 11 de la Constitución Política actual, preceptúe que los funcionarios públicos son simples depositarios de la ley y no pueden arrogarse mayores facultades que las expresamente concedidas.

Esta descripción introductoria al tema, más apresurada que somera -que también lo es- nos conduce a reputar las regulaciones sobre los conflictos de interés como cláusulas propias de un mandato, autónomas de fenómenos consumados de corrupción. No es preciso, entonces, partir de un determinado "estado" ético de la Administración Pública costarricense. Los conflictos de interés forman parte de las limitaciones que se imponen al gobernante para asegurar un desempeño adecuado de sus responsabilidades, en sus facetas ejecutiva, legislativa o judicial. A diferencia de postulados penales o de normas que reprimen conductas prohibidas, las regulaciones de los conflictos de interés se ubican fuera de las razones que explican esa primera categoría de normas que buscan hacer desaparecer la corrupción, para en cambio, insertar integridad en la función pública. Nótese, entonces, que no se parte de un afán para desmontar estructuras corruptas que han tomado en sus manos a la sociedad sino de conjurar anticipadamente un mal ejercicio del mandato que se ha confiado a los gobernantes. Por eso las normas relacionadas con evitar los conflictos de interés, tienen una pertinencia que va ligada más a la forma en cómo se ejerce el mandato. Se dirigen a auscultar los procesos que se desarrollan a lo interno del Estado para identificar los momentos de peligro y a reforzar las condiciones de acceso para los funcionarios con poderes de decisión. De igual forma, los mecanismos de coerción para hacer efectivas esas normas, centran su atención, más que en señalar sanciones, en fijar incompatibilidades, restringir el acceso a cargos, establecer criterios de nombramiento y, en supuestos extremos, despojar un derecho que se haya obtenido desobedeciendo las normas de fondo. De ahí que no son típicas normas prohibitivas cuyo incumplimiento acarrea un castigo. Son, más bien, las cláusulas que acompañan las condiciones en que se ejerce la autoridad. Por esa razón cuando nos enfrentamos a la tarea de diseñar un sistema de administración para los conflictos de interés, identificar un estadio en el desarrollo ético no es tan necesario como conocer la dinámica del poder delegado. El elemento esencial de una regulación jurídica ideal de los conflictos de interés es su carácter preventivo, por contraposición a lo meramente prescriptivo. Las normas pretenden prevenir los males antes de que se produzcan, evitar que un cargo o funcionario público anteponga sus intereses particulares a los de la colectividad³.

1 JIMÉNEZ, Mario Alberto. Desarrollo Constitucional de Costa Rica. En: Obras Completas, San José, Editorial Costa Rica, 1962, p. 60.

2 Véase el sobresaliente estudio que hace ARAYA POCHE, Carlos. Historia del derecho constitucional costarricense. San José, EUNED, 2005, p. 32.

3 GARCÍA-MEXÍA, Pablo. Reflexiones al hilo del I Congreso Internacional de Ética Pública. En: Revista de Administración Pública, número 136, enero-abril, 1995, p. 499.

Decir que los conflictos de interés no tienen cabida en una legislación anti-corrupción a partir de lo expuesto, es una pobre comprensión del papel del Estado y del poder. La principal forma de corrupción es desatender el bienestar de la sociedad al perseguir intereses particulares.

La otra derivación del enfoque propuesto es que la ética es una sola. El funcionario no tiene una ética privada y una ética pública. La diferencia entre una gestión de los negocios privados respecto de los asuntos estatales es que en el segundo caso estamos hablando de custodia, uso y administración de bienes públicos¹, pero en lo sustantivo se trata de un problema semejante para ambas gestiones ya que los conflictos de interés se presentan tanto en la esfera privada como en la función pública. Son los directivos y gerentes de una empresa privada que toman las decisiones más importantes donde el riesgo es más impactante, por lo que es aquí donde mayor atención debe darse a los mecanismos de administración de ese riesgo. La autoridad, tanto en el ámbito empresarial como en el público, es un instrumento para alcanzar los objetivos de la empresa. Como puede comprenderse, el tópico del que nos ocupamos es común al sector privado y muchos de las técnicas que posee merecen ser trasladadas a la Administración Pública.

Por último, es un error despreciar la importancia que los códigos de conducta poseen dentro de un sistema de administración de los conflictos de interés. Establecer códigos de conducta por el mero gusto de tenerlos es inconveniente; los códigos se han presentado como una forma artificiosa de fidelizar a los clientes, lo que ha deslucido estos documentos en el sector privado, pues se emiten por razones de mercadeo de una imagen². No se trata de querer aparentar lo que no se es, sino de describir lo que se vive como valores en la organización. Si un código de conducta describe el escenario de la gestión favorablemente, la organización, estatal o no, es más confiable, la percepción de los inversionistas y calificadores de riesgo mejora, los ciudadanos (accionistas del Estado) pueden confiar en ver cumplidas sus expectativas.

B. Noción y alcances.

Los conflictos de interés atañen a una situación que ponga en conflicto los deberes del funcionario público en relación con sus intereses; esos intereses privados pueden ejercer una influencia inapropiada en el desempeño de sus deberes y responsabilidades³. Los servidores públicos deben tomar decisiones o brindar consejo sobre la base de los hechos, ponderados desinteresadamente. Los prejuicios político partidistas, étnicos, religiosos, de género, clase, las preferencias familiares o de cualquier carácter, deben descartarse al momento de emitir un acto u optar por una decisión.

La LCCEIFP se ocupa de establecer de una manera genérica el conflicto de intereses:

ARTÍCULO 38.- Causales de responsabilidad administrativa.

Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que:

- a) (...)
- b) Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público.

1 “Esto, además de ser una condición necesaria para su buen gobierno es una exigencia democrática. Las instituciones públicas pertenecen a los ciudadanos, no a los funcionarios. Éstos, independientemente de sus niveles de mando, siempre son gestores de bienes que pertenecen a toda la comunidad”. Así: OLCESTE SANTOJA, Aldo. Teoría y práctica del buen gobierno corporativo. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005, p. 191.

2 PARADA, Ramón. Derecho del empleo público. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 77.

3 OECD. *Managing Conflict of Interest in the Public Sector*. Paris, OECD Publications Services, 2003, pp. 24-25.

Quedan comprendidos en tal supuesto, sin que esta ejemplificación sea taxativa, los siguientes casos: el estudio, la revisión, la emisión de criterio verbal o escrito, la preparación de borradores relacionados con trámites en reclamo o con ocasión de ellos, los recursos administrativos, las ofertas en procedimientos de contratación administrativa, la búsqueda o negociación de empleos que estén en conflicto con sus deberes, sin dar aviso al superior o sin separarse del conocimiento de asuntos en que el posible empleador se encuentre interesado.

Se emite, intencionalmente, una descripción de las conductas que pueden producir un conflicto de intereses¹. Si bien se hace una enumeración de comportamientos no deseados, es una lista abierta que da espacio para entender que otras conductas pueden ser igualmente capaces de generarlo; los casos que se citan ilustran acerca de lo que se está hablando. El ordenamiento había tratado el conflicto de interés con una descripción de la conducta tan precisa que el operador quedaba al margen de valorar la existencia o inexistencia de una degradación inconveniente de objetividad en el funcionario, pues eso ya lo había hecho el legislador. Ahora, la ley descarga en el operador de la norma el trabajo de ponderar si la situación que tiene ante sí configura o no un conflicto de interés. Esto puede ilustrarse con las incapacidades para contratar con la Administración Pública conocidas, impropiamente, como prohibiciones. El esquema imperante opta por impedir a un tío o un hermano del funcionario inhibido, llevar a cabo contratos administrativos, con abstracción del afecto o la falta de éste, que tenga el servidor. Los primos hermanos no son parientes cobijados por la incapacidad contractual y puede suceder que un funcionario posea más aprecio y cercanía con un primo que con su tío a quien desprecia, pero mientras que con éste la ley asume que su imparcialidad queda en entredicho, esto no sucede con el primo, con quien no existe para el legislador temor de sesgo alguno. Ahora la norma del inciso b- del artículo 38, deja en libertad al operador jurídico para extender los efectos del grado de aprecio que frente a un caso concreto se ha acreditado que existen con parientes que se encuentren fuera del tercer grado de consanguinidad o afinidad, pues existen antecedentes suficientes para entender que la imparcialidad puede ser afectada. Como puede apreciarse, bajo un sistema de tipificación del conflicto la tarea probatoria de la parcialidad no debe ser enfrentada ya que estaría cubierta por una presunción *iure et de iure*, como ocurre en las incapacidades para contratar con el Estado, mientras que bajo un sistema de conflictos abierto, la tarea del operador jurídico es de más contenido. Claro está que la puerta se encuentra abierta para que la organización describa mejor estos conflictos de acuerdo a sus propios valores.

La misma dosis de generalidad podemos encontrar en lo que respecta a los destinatarios. El inciso b- del artículo 38 se dirige a los funcionarios públicos sin preocuparse de su ubicación jerárquica, lo que si bien es un alcance que puede apreciarse excesivo en relación con niveles inferiores, añade un ingrediente adicional de flexibilidad para comprender a asesores o empleados de confianza que no son citados por las normas que tipifican los conflictos de interés ya que ellas se muestran enfocadas a los altos cargos. Evidentemente, cuando se valora el comportamiento de los funcionarios que ocupan el nivel superior, el enfoque acerca de los intereses privados cuya presencia pueden tornarse inconveniente es de un espectro más amplio si se lo compara con los de niveles más bajos. Pero la norma no hace diferencia en este sentido.

No es preciso que se produzca una consecuencia desfavorable para la colectividad. Basta que el funcionario se coloque en una situación que pueda afectar la imparcialidad con que debe tratar los asuntos. Consiste en una situación concreta susceptible de restar imparcialidad. En caso de duda, se hace necesario que esa pérdida de objetividad sea corroborada por el criterio de órganos consultivos especializados. Es claro que ciertos cargos conllevan el manejo de información sensible; no por eso debe anticiparse un problema, pero cuando el funcionario tenga afiliaciones comerciales o busque empleo con entidades privadas para las cuales esa información es importante, el conflicto de intereses aparece. Lo que se persigue no es impedir

1 El artículo 53 de la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público español, dispone en su quinto párrafo: "Se abstendrán de aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de interés con su puesto público."

que el funcionario busque trabajo en el sector privado –lo que es del todo legítimo- sino que se abstenga de decidir asuntos en los que se encuentre involucrado su posible empleador. La abstención consiste en la consecuencia a que el ordenamiento aspira a lograr. Si existe renuencia para la separación del funcionario que le corresponde conocer del caso, el conflicto de intereses se configura.

Los intereses privados que pueden afectar la imparcialidad son de naturaleza financiera o pecuniaria, pero no se reducen a éstos. Intereses de diversa naturaleza pueden afectar la capacidad de decidir un asunto con objetividad (familiares, étnicos, deportivos, religiosos); o bien, como acontecería al esperarse que el funcionario quede en condiciones potenciales de acceso a favores que no se le concederían normalmente, etc. Tampoco la figura queda constreñida al interés propio del funcionario ya que terceros cercanos pueden ser los beneficiados.

Las regulaciones sobre conflictos de interés son normas pro-integridad. Un sistema normativo de conflictos de interés parte de la premisa de que la mayoría de los agentes del Estado son honestos, y no a la inversa. Cuando un Gobierno expresa que va a luchar contra la corrupción, la atención se enfoca en los hechos que pueden encararse con instrumentos penales o de naturaleza represiva y, paradójicamente, esto no contribuye a insertar integridad. La formulación tan amplia que tiene el artículo 38 de la LCCEIFP, puede apreciarse también el artículo 230 de la Ley General de la Administración Pública, al indicarse ahí que las disposiciones de la legislación procesal civil y del régimen de contratación administrativa, constituyen causales de abstención del funcionario público, sea que forme parte de un órgano director de un procedimiento administrativo, sea que lo asesore o auxilie.

Sin embargo, la perspectiva de esta disposición -o la que sanciona con nulidad absoluta los contratos celebrados con parientes inhibidos-, no fue la de administrar conflictos de interés, sino la de agregar un componente de invalidez del acto o contrato administrativo que se adopte. Lo medular en la LCCEIFP es que la nulidad del acto pasa a un segundo plano, para reprochar la conducta del funcionario que se coloca en una situación comprometedora de su independencia y libertad de criterio. Él mismo se ha puesto en una situación que, para un observador externo, representa una disminución de un margen de apreciación libre e imparcial. Por eso es una falta que le reporta una responsabilidad administrativa, independientemente de que se produjera una decisión nula, incorrecta o subjetiva. Esta responsabilidad busca desalentar al empleado de colocarse en situaciones que reduzcan o supriman su objetividad. El asunto de la nulidad es otra cosa, no es preocupación de la normativa sobre conflictos de interés.

C. La necesidad de *lex certa*.

La tipicidad de la conducta que describe el artículo 38 en su inciso b- no parece conformarse a la exigencia de *lex certa* en materia de sanciones. Esta impresión inicial puede ser aclarada con lo que sucede en otros regímenes. El mercado de valores posee franca experiencia en la materia de conflictos de interés y nos puede ejemplificar la forma acerca de cómo enfrentar este problema¹. De acuerdo con la especialidad del mercado, la dependencia del cliente en el criterio técnico y la magnitud económica de las decisiones, la desconfianza que pueda generar la actuación de un intermediario bursátil afecta a todo el medio. Por ello el tratamiento de los conflictos de interés adquiere una relevancia significativa. Encontrarse con normas de conducta cuyo origen parte de imperativos éticos y morales de los mismos participantes del mercado, quienes los acuerdan o aceptan como estándares de comportamiento, con la conciencia de que se trata de preceptos que coadyuvan a la buena imagen de los operadores, la competencia leal, la protección de los intereses de los inversionistas y, en general, en la confianza del público hacia el mercado de valores, constituye un fenómeno que data de tiempo atrás. Ahora bien, la norma legal no puede predeterminar todas las situaciones, por ello, la confianza de los inversionistas se refuerza por medio de códigos de conducta y normas provenientes de procesos de

1 Al respecto: SOTO RODRÍGUEZ, José Luis. El conflicto de intereses en el mercado de valores. Un intento de exégesis del artículo 114 de la LRMV. En: IVSTITIA, año 13, noviembre-diciembre, 1999, pp. 4 y siguientes.

autorregulación, por parte de los operadores, intermediarios y de las bolsas de valores, que se encargan de tipificar conductas y de sancionarlas. Por esta razón, es perfectamente posible que la descripción de la conducta infractora se lleve a cabo con la remisión a normas infralegales, abundantes en la regulación del mercado de valores, las que poseen un rol sustancial por la naturaleza dinámica del objeto del que se ocupan. La norma legal no agota toda la descripción de los hechos reprimibles, sino que puede ser completada por otra norma, lo que no lastima el principio de legalidad. La Sala Constitucional en su sentencia No. 5408-97 de las 16:03 hrs. del 5 de septiembre de 1997, ha admitido esta posibilidad, pero hay que ser claros que es frente al texto de la norma en cuestión que podamos confirmar o no su constitucionalidad por lo que el artículo 38 de la LCCEIFP puede ser sometido a un examen que no arroje un resultado favorable acerca de su constitucionalidad. La resolución que se ha mencionado posee una cercanía que es de tomarse en serio. Afirmó la Sala:

“Conforme se ha venido exponiendo, en materia sancionatoria la norma debe contener no sólo una adecuada descripción de la conducta, sino indicar, también, la sanción aplicable para cada conducta determinada. Además, en dicha materia existe reserva de ley, al tenor de lo dispuesto en el artículo 39 constitucional, de manera que ha de ser la ley la que establezca tanto la conducta que se pretende castigar como la sanción que se vaya a imponer. Ahora bien, según lo dicho en los considerandos anteriores, los tipos penales en blanco no contrarían la reserva legal, pues la norma de menor jerarquía no es la que establece la conducta sancionable ni la sanción en sí, sino la ley, y la norma reglamentaria, en su caso, se limita a complementar la ley. No debe perderse de vista que, uno de los principios constitucionales que debe estar presente en todo el ordenamiento jurídico, es el de razonabilidad. Así, la razón aconseja que ciertas materias sean reguladas por otros instrumentos diversos a la ley, ya que por su propia dinámica requieren ser reformadas o actualizadas con cierta regularidad, flexibilidad que sería imposible lograr por medio de una ley. Por ello, las leyes dejan a los reglamentos la regulación de una serie de aspectos, a fin de que las regulaciones puedan ser variadas con mayor facilidad y no se vuelvan rígidas y obsoletas. En este orden de ideas, es propio de los reglamentos, por ejemplo, establecer los requisitos para obtener una licencia de caza. Asimismo, una ley podría imponer una sanción a quien no cumpla con una obligación específica establecida en un reglamento, sin que por ello se viole el principio de reserva de ley, ya que la determinación de cuál conducta es sancionable y cuál es la sanción a imponer estaría definida por la ley, no por la norma reglamentaria. Pero en este punto debe tenerse presente que la referencia que, a la obligación reglamentaria cuyo incumplimiento es sancionado, haga la ley no puede ser genérico ni indeterminado, tal y como sucede con el inciso f) del artículo 80 y el h) del 83 ya examinados, ya que, entonces, se trataría, según lo hemos dicho, de un tipo penal abierto, al no precisar la conducta reprimida y dejar plena libertad al juzgador para que, en forma subjetiva, decida si a un incumplimiento en concreto le es aplicable una sanción, regulación que resultaría inconstitucional. Claro está que no se puede exigir una determinación absoluta de la conducta reprimida, pues pretender ello no sólo sería imposible sino irracional. Lo que se requiere es que la conducta u obligación cuyo incumplimiento trae como consecuencia una sanción esté lo suficientemente determinada para saber de qué se trata. En este orden de ideas, la ley podría, por ejemplo, imponer una sanción a quien realice una actividad comercial sin cumplir con los requisitos sanitarios establecidos en un reglamento en particular, sin que con ello se lesione el principio de reserva de ley ni el de tipicidad. Por el contrario, sería inconstitucional si la referencia a la obligación reglamentaria cuya infracción se sanciona es ambigua, genérica o no está lo suficientemente determinada, como lo es el caso del inciso h) del artículo 83 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores N° 7201 -ya examinado- que establece que se sancionará a quien incurra en cualquier otra violación a la ley o a los reglamentos de la respectiva bolsa. En el caso concreto de los artículos 106 y 107 del Reglamento General de la Bolsa Nacional de Valores Sociedad Anónima, se viola el principio de reserva de ley y de legalidad criminal o tipicidad.”

Desde luego que el reenvío que haga el legislador posee límites. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador, el Tribunal Constitucional español (sentencia 118/1992 del 16 de septiembre de 1992, ponente don Luis López Guerra, BOE 247) señaló que la descripción de las conductas susceptibles de ser penadas no tiene por que encontrarse, exhaustivamente,

contenida en la ley, sino que puede acudir a otras normas a condición de que ese proceder se encuentre justificado por el género de bien jurídico tutelado, que la ley contemple siempre la pena y un núcleo esencial de la prohibición, para que exista certeza de la conducta reprimible. Para el caso del artículo 38 de la LCCEIFP el sustrato básico de la conducta se encuentra descrito en la norma, de tal forma que el sujeto conoce el contenido de la prohibición. Las regulaciones que se encuentren en los reglamentos o en los códigos de conducta pueden acotar las condiciones de objetividad del funcionario¹.

II) La administración de los conflictos de interés en el ordenamiento costarricense.

El desarrollo de una política con la cual administrar los conflictos de interés se asienta en tres pilares fundamentales². En primer lugar debe existir una descripción comprensible y clara para todos, formulada en consonancia con los valores imperantes, sobre los deberes que la sociedad espera del funcionario y el nivel de su cumplimiento aceptable. En segundo lugar, el deber de los altos cargos para la revelación periódica y amplia de sus intereses financieros; y, por último, una infraestructura institucional encargada de emitir criterios y velar por la efectividad del sistema.

A. Las situaciones generadoras de específicos conflictos de interés.

Aparte de la fórmula general que tiene el artículo 38 de la LCCEIFP, a la que ya nos hemos referido, podemos encontrar en esa ley otras conductas que son tratadas bajo la perspectiva del conflicto de intereses.

1. La legislación y la administración en provecho propio.

La preocupación acerca de las desviaciones o errores que pueden cometerse en la función legislativa a causa de la falta de preparación o la presencia de intereses particulares, no es reciente³. Indudablemente, es una situación paradójica en tanto que si se espera una “comunidad

1 El “Código de Ética del Servidor del Seguro Social”, aprobado por Junta Directiva, en sesión número 7308, artículo 15° de 25 de febrero de 1999, disponible en la página de Internet www.ccss.sa.cr, identifica las conductas que pueden constituir un conflicto de intereses en sus artículos 22 y 29:

Artículo 22. Deber de actuar con transparencia y evitar el conflicto de Intereses. El servidor de la Caja, debe actuar en todo momento con absoluta transparencia y abstenerse de participar en cualquier proceso decisorio, incluso en su fase previa de consultas e informes, en el que su vinculación con actividades externas que de alguna forma se vean afectadas por la decisión oficial, pueda comprometer su criterio o dar ocasión de duda sobre su imparcialidad y conducta ética a cualquier persona razonablemente objetiva. De igual forma, deberá abstenerse de participar en el proceso decisorio cuando esa vinculación exista respecto a su cónyuge, hermano, ascendiente o descendiente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad inclusive o de un socio o persona jurídica.

Esta prohibición no tiene efectos cuando el servidor de la Caja participe en la formulación de disposiciones normativas de carácter general, que sólo de modo indirecto afecte la actividad o vinculación externa del funcionario o de las personas mencionadas en el párrafo anterior.

Artículo 29. Prohibiciones especiales. Además de lo establecido en el capítulo anterior y sin perjuicio de las facultades constitucionales otorgadas al Presidente de la República en lo referente a nombramientos, está prohibido a directores, funcionarios de Junta Directiva, gerentes y otros jefes institucionales, lo siguiente:

Discriminar en la formulación de políticas o en la prestación de servicios y en la selección de personal o persona alguna, por razón de su filiación política, credo religioso, sexo, raza o condición social.

Nombrar o recomendar, o proponer en cualquier puesto en la Caja a familiares incluidos el cónyuge, hermanos ascendientes y descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad inclusive.

Utilizar los recursos institucionales para la promoción personal o del partido político al que pertenece en cualquiera de sus formas tales como: campañas publicitarias, fotografías, tarjetas, anuncios, placas, transferencias de partidas, compra de obsequios, hospitalidades e invitaciones para beneficio de personas o grupos específicos.

Solicitar o recibir de personas privadas, físicas o jurídicas, colaboraciones para viajes, aportes en dinero u otras liberalidades semejantes, directa o indirectamente, para su propio beneficio o para otro funcionario, salvo que se trate del otorgamiento de tickets aéreos que conceden las compañías de aviación. No opera esta disposición cuando las colaboraciones se otorguen para actividades de beneficencia, promoción del país en el exterior, programas de capacitación de personal, defensa de intereses nacionales, o se trate de Estados extranjeros u organismos internacionales.

Colocar placas con el nombre de funcionarios públicos en las obras e instalaciones construidas con fondos públicos.”

2 DAVIES, Mark. A Practical Approach to Establishing and Maintaining a Values-Based Conflict of Interest Compliance System. Ponencia presentada en el IV Foro Global de Combate a la Corrupción, Brasilia, 2005, pp. 11-12.

3 “No es posible que una asamblea de hombres que provienen en su mayor parte de actividades de carácter particular, que han de ejercer su cargo durante un breve período, carentes de un móvil permanente para dedicarse al estudio de las leyes, los negocios

de intereses” con los electores bien puede suceder que el diputado sea parte del sector que busca tener un espacio de representatividad, lo que no es criticable; sin embargo, sí deben existir restricciones cuando ese diputado pretenda impulsar leyes que específicamente van a significarle un beneficio. En los Estados Unidos, el Senado ha fijado la norma de que ningún miembro puede utilizar su posición o influencia para proponer o aprobar una legislación con el propósito principal de promover su interés pecuniario, el de su familia inmediata, el de una clase limitada de personas o empresas cuando éstas se encuentran controladas por el funcionario o su familia¹.

La libertad del parlamentario es propia de un régimen de democracia representativa. Abogar por una independencia de la función legislativa es correcto, pero bajo la perspectiva que se ha explicado: la independencia no puede ir más allá de los límites de una apropiada atención de los intereses del mandante, que es el pueblo. La propia Constitución Política se encarga de subrayar que ningún Poder del Estado puede afectar las funciones del otro (artículo 9), que la ley no puede quedar sin efecto por el desuso o la práctica en contrario (artículo 129), ni que la facultad de legislar puede estar sujeta a limitaciones según el artículo 105. ¿Es una limitación al Diputado impedirle legislar en su provecho directo? La función legislativa es delegada, pertenece originariamente al pueblo y éste, por medio del sufragio, la deposita en sus representantes, conforme el ya citado artículo 105. Si el legislador se muestra proclive a favorecer su interés, el mandato se desnaturaliza, pierde su razón de ser. El legislador no tiene limitaciones para velar por el interés general, pero cuando lo abandona no debería hablarse de limitaciones, sino de mal gobierno, y por ende, de un mandato que ha sido usado contra el Derecho que lo legitimó. Dada la mecánica democrática, el ciudadano no ve revertido el mandato a su favor; lo que el esquema de frenos y contrapesos le permite es acusar la conformidad constitucional de una ley que no es ni general ni provechosa, que no aspira al bienestar de todos como dice el 50 constitucional. La función legislativa ejercida de espaldas del interés general para en su lugar ser el nicho de intereses particulares es la negación misma del esquema de representatividad democrática.

La postura del ordenamiento norteamericano responde a lo que THOMPSON denomina una ética minimalista. Apunta este autor que prohibir la legislación en provecho propio es una regla digna de ser establecida y aplicada pues a nadie le resulta grato pensar que el propósito en la vida parlamentaria sea el de obtener ganancias personales². Empero subraya, seguidamente, que cánones en este sentido abarcan la totalidad de la conducta del legislador. Una ética funcionalista enfoca mejor el papel que el diputado desempeña como delegado o representante de sus electores, pero reconoce que no se puede especificar de antemano el conjunto de deberes que cumple un representante en los órganos legislativos, y que a veces lo hace como fideicomisario, pero otras veces no, por lo que los electores han conferido una discrecionalidad muy amplia. Finalmente, a partir del pensamiento de RAWLS, expone un tercer enfoque, denominado ética racionalista, en que el legislador tiene independencia acerca de qué leyes satisfacen los principios de la justicia pero no para decidir cuáles son esos principios.

Al margen de reflexiones como las citadas, la respuesta al problema que tiene la LCCEIFP está constreñida a lo penal. El artículo 48 establece:

Artículo 48.- Legislación o administración en provecho propio. Será sancionado con prisión de uno a ocho años el funcionario público, que sancione, promulgue, autorice, suscriba o participe con su voto favorable, en las leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos que otorguen, en forma directa, beneficios para sí mismo, para su cónyuge, compañero, compañera o conviviente; de sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive o para las empresas en las que el funcionario público, su cónyuge, compañero, compañera o

y los intereses generales de su país en los intervalos de sus quehaceres públicos, eviten, si se les deja solos, cometer una serie de importantes errores en el ejercicio de su misión legislativa”. HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *El Federalista*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 264.

1 Senate Code of Official Conduct, rule XXXVIII.

2 THOMPSON, Dennis F. *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*. Barcelona, Gedisa Editorial S.A., 1998, pp. 146-155.

conviviente o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive posean participación accionaria ya sea directamente o por intermedio de otras personas jurídicas en cuyo capital social participen, o sean apoderados o miembros de algún órgano social.

Igual pena se aplicará a quién favorezca su cónyuge, compañero, compañera o conviviente o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, o a sí mismo, con beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal.”

Frente a esta norma la discusión puede cambiar de dirección para pensar que se trató, más bien, de un exceso. Cuando se debatía el proyecto de LCCEIFP, la tipificación de un delito de administración y legislación en provecho propio, fue objeto de consulta a la Sala Constitucional. En su resolución 2004-07242 de las 17:03 horas del 30 de junio de 2004, la Sala responde que, en efecto, no es constitucional que el diputado sea responsable –responsabilidad que es apreciada en el sentido más amplio de la palabra- por las opiniones que da en las sesiones parlamentarias, por lo que no puede ser penalmente perseguido por las expresiones que haga ni por las decisiones que tome. El razonamiento del Tribunal constitucional fue el siguiente:

“XVI.- g) Cuestionan los diputados consultantes la constitucionalidad del artículo 48 del Proyecto que corresponde al tipo penal de “legislación o administración en provecho propio” por no establecer con claridad si los beneficios que recibe el funcionario deben ser mediatos o inmediatos, con lo que podría estarse violentando los principios de razonabilidad y proporcionalidad; por castigarse con una ley ordinaria a los legisladores, quienes están protegidos por la Constitución Política; y porque la norma podría llevar al absurdo de tener como coautores y cómplices de un delito a los cincuenta y siete legisladores –si se tratara de la aprobación unánime de una ley-. La norma tiene el siguiente contenido: “ARTÍCULO 48.- *Legislación o administración en provecho propio. Será sancionado con prisión de uno a ocho años, el funcionario público que sancione, promulgue, autorice, suscriba o participe con su voto favorable, en las leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos que otorguen, en forma directa, beneficios para sí mismo, para su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad o para las empresas en las que el funcionario público, su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad posean participación accionaria, ya sea directamente o por intermedio de otras personas jurídicas en cuyo capital social participen o sean apoderados o miembros de algún órgano social. Igual pena se aplicará a quien favorezca a su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o se favorezca a sí mismo, con beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas, en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal.*” En cuanto al primer aspecto que se pone en entredicho la misma disposición señala que el beneficio debe recaer en forma directa, lo que contesta negativamente la duda de constitucionalidad de los gestionantes. En cambio, nuestro criterio es que la disposición del artículo 48 que se refiere específicamente a la reacción penal contra los legisladores que pronuncien votos favorables para la aprobación de las leyes, es contraria a lo que dispone el artículo 110 de la Constitución Política, en la parte que dice: “*El Diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea*”. Este fuero de indemnidad alcanza a la manifestación de opiniones que los diputados hagan en los procedimientos legislativos; obviamente, tiene rango constitucional y es intangible para la ley ordinaria, porque está previsto como una garantía propia de quienes tienen el encargo de “representar a la Nación”, de modo que este mandato representativo se pueda ejercer con una irrestricta libertad. Se trata, pues, de una garantía funcional que la ley ordinaria no puede recortar o reducir. Por otra parte, la expresión “opiniones” implica, evidentemente, la manifestación que se hace en los procedimientos legislativos de los puntos de vista o criterios de los diputados, cualesquiera que ellos sean y no importa de qué manera o en qué términos se expresen, ni por qué medio, es decir, si verbalmente o por escrito. Ahora bien, el voto es, bien mirado, una manifestación de opinión que se produce en las fases decisorias de los procedimientos legislativos, como una consecuencia habitualmente necesaria y lógicamente derivada de la actividad deliberativa que lo precede. A nuestro modo de ver, carece de consistencia sostener que la indemnidad que predica el artículo 110 de la Constitución se reduce a las opiniones que se manifiestan durante o con motivo de la deliberación, y no cubre las que se expresan en fase decisoria mediante el

voto. De allí, en suma, que la inclusión en el artículo 48 del proyecto del supuesto de “voto favorable de las leyes” contravenga lo que se dispone en el principio del artículo 110 de la Constitución”.

Lo que está detrás es que el Diputado debe ser libre para expresarse, vedando la posibilidad que grupos de interés puedan afectar negativamente su papel gracias a cuestionamientos penales de la conducta parlamentaria. Por otro lado, una legislación emanada en provecho propio carente de toda consecuencia en la esfera jurídica del Diputado, significa que un código de conducta que se ocupe de prohibirle comportamientos de esta naturaleza, quede sencillamente convertido en papel mojado. Puede que la moderna doctrina política nos llame aparte y nos explique que lo del mandato ya está superado. Puede ser. Pero que el conflicto de intereses en la función legislativa debe ser administrado apropiadamente, sin que ello signifique una limitación de las facultades del Diputado, es una realidad a la que no debe volverse la espalda. Bien mirado, al despenalizarse la legislación en provecho propio, el fallo de la Sala exime la responsabilidad de todo orden, incluso de la política, por lo que el asunto es una asignatura todavía pendiente para nuestro sistema constitucional. El voto favorable en estas situaciones no debe carecer de consecuencias para el Diputado.

Pasando ahora a la función administrativa, es la regulación de la actividad económica donde deben cerrarse las fisuras preventivas del conflicto de intereses con mayor energía de la que ahora tenemos. El tránsito de un Estado benefactor, enfocado a prestar servicios, hacia un Estado regulador, enfocado en conducir la actividad económica de los agentes, hace que los conflictos de interés cambien su ubicación tradicional pero no desaparecen. El fenómeno de un distanciamiento entre el interés ciudadano y la gestión pública es igual del que se predica para la función legislativa. Para el caso de una función administrativa como lo es la regulación, la aparición de las autoridades estatales encargadas de esta tarea se explica a partir, precisamente de esa lejanía con el ciudadano que llama a desconfiar de las autoridades tradicionales. Sectores enteros de la actividad económica (seguros, transporte, telecomunicaciones, servicios públicos, etc.), son sustraídos de su regulación y desarrollo para encargarlos a autoridades creadas para ese fin, conformadas de acuerdo a mecanismos que aseguren independencia (¡del mismo Estado!), y su nivel técnico o especializado, con autonomía de auto y de heterorregulación, recogiendo el ejemplo de las *independent regulatory agencies* norteamericanas. Esta independencia se suele justificar por la necesidad de asegurar intereses públicos superiores, sustrayéndolos a las opciones políticas, contingentes e influenciadas por la lógica electoral si el parámetro de la mayoría no es el más aconsejable en ciertos asuntos. La relevancia de instituciones titulares de poderes imparciales, sea respecto de los intereses públicos confiados al cuidado de las administraciones «políticas», sea respecto de los intereses de los sujetos privados, es cada vez más patente en áreas con elevado contenido técnico y en sectores particularmente sensibles, asegurando la calidad de las reglas y la imparcialidad en su aplicación.

Evidentemente no podemos atrevernos a proclamar la existencia de una “Asamblea Legislativa” paralela, más confiable y especializada. Pero la actividad de regulación se ha incrementado y llega a un nivel de especialización tan importante que suplanta la tarea que la ley -formal y material- está llamada a ejercer. Las autoridades reguladoras emiten normas sobre un giro económico de los agentes (públicos o privados, concesionarios o gestores directos de servicios públicos), que trastoca la jerarquía tradicional de las fuentes normativas. Al delinear la prestación de los servicios de transporte o de telecomunicaciones, se emiten directrices que van al vértice de la libertad económica de los agentes; igual acontece con la banca y los puestos de bolsa que ven su giro mercantil estrechamente cercado por un conjunto de reglamentos, acuerdos, circulares, provenientes de las superintendencias de entidades financieras y de valores. Estas autoridades reguladoras asumen un rol que abarca tanto la emisión de normas, como su correcta interpretación y aplicación. Constituyen elementos medulares para la coerción (*enforcement*) al sustanciar procedimientos de carácter sancionatorio. Por esa razón, en la materia de su competencia, son verdaderas jurisdicciones especiales que se encuentran al margen de los alcances vinculantes de los pronunciamientos de órganos asesores externos.

Los no pocos problemas que acompañan a estas administraciones independientes, empezando por la quiebra de la reserva de ley o si les resta independencia la función consultiva vinculante de la Procuraduría General de la República, deben analizarse en otro sitio, no en este estudio. El punto es que para efectos de nuestro tema, se continúa persiguiendo la neutralidad del Estado frente al Estado mismo. Las agencias independientes fueron establecidas en los Estados Unidos como instrumentos para purificar la política americana de la creciente corrupción:

“Puesto que la política está corrompida, la Administración, el cuidador imparcial de los intereses públicos y colectivos, debe ser limitada lo más posible. Con esta finalidad la más amplia difusión del modelo organizativo de las autoridades independientes, hasta la reserva en las mismas de la entera «Administración», está vista como un instrumento útil para reducir los riesgos inevitablemente conexos con la política.”¹

La entrada a escena de las autoridades reguladoras -independientes, especializadas, dotadas de poderes de coerción- colocan el acento de los conflictos de interés en buscar que no se produzcan interferencias que desmejoren la objetividad e imparcialidad con que deben llevar adelante sus fines dichas organizaciones. Integrar la junta directiva de una organización que va a tener injerencia en la vida económica de un cierto sector, con personas que seguirán perteneciendo a ese sector, no es sensato. Este asunto es tratado por medio de las prohibiciones, anteriores o posteriores, que se mencionan seguidamente.

2. Prohibiciones anteriores o posteriores al cargo.

El abordaje por parte del ordenamiento costarricense de los conflictos de interés que se producen por la historia laboral de una persona que ingresa a la Administración Pública, o bien, por su desempeño posterior al cese de un cargo público, es casi inexistente y parece quedar reservado a las normas profesionales ya que no es visto como una obligación consustancial al cargo². La respuesta de la LCCEIFP no consiste en una verdadera administración del conflicto de intereses que se produce, sino una tipificación penal en su artículo 53: Se castiga al funcionario público que, dentro del año siguiente a la celebración de un contrato administrativo mayor o igual que el límite establecido para la licitación pública en la entidad donde prestó servicios, acepte empleo remunerado o participación en su capital social con la persona física o jurídica favorecida, si tuvo participación en alguna de las fases del proceso de diseño y elaboración de las especificaciones técnicas o de los planos constructivos, en el proceso de selección y adjudicación, en el estudio y la resolución de los recursos administrativos contra la adjudicación, o bien en el proceso de inspección y fiscalización de la etapa constructiva o recepción del bien o servicio de que se trate. Nuevamente, nos encontramos con una respuesta penal, que limita el universo de conductas de este género, resultado de la poca solidez que presentan otros esquemas como podrían ser códigos de conducta o de reglas producidas ante procesos de autorregulación.

Las formas de administrar los conflictos de intereses en relaciones con la procedencia y destino laboral de un funcionario son dos³: las conductas conexas con hechos anteriores al acceso de una determinada persona a un cargo o función pública y las conductas posteriores al desempeño del cargo o función. Sobre la primera forma, el ordenamiento de los Estados Unidos considera ilegal la percepción por los cargos o funcionarios públicos de reciente nombramiento de pagos fraccionados abonados por sus antiguos empresarios. Con ciertas excepciones, se aprecia que dichos pagos se habrían efectuado en razón de la nueva condición de servidor público del antiguo empleado, hecho que pudiera inclinar a este último a favorecer en su actuación pública

1 MERLONI, Francesco. La distinción entre «política» y «administración». En: Documentación Administrativa, Madrid, números 250-251, 1998, p. 49.

2 Lo que puede encontrarse son normas que postulan un deber gremial o corporativo, no como deber jurídico de la relación de servicio. El Colegio de Abogados de Costa Rica, en su “Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho” señala:

“Artículo 62: Cuando un abogado o abogada haya cesado labores en la judicatura, o en alguna institución pública estatal o no estatal, no deberá patrocinar en asuntos que hubiese conocido en su carácter de funcionario (a). Durante el plazo de un año no podrá patrocinar asuntos que deben ser resueltos en la oficina u órgano donde laboró.”

3 GARCÍA-MEXÍA, Pablo. Op. cit., p. 501

los intereses del antiguo empresario, más aún cuando es posible que vuelva a prestar sus servicios en favor de la antigua empresa una vez que abandone la Administración. Para lo que tiene que ver con las condiciones posteriores al cargo, se establecen limitaciones temporales, que oscilan desde la perpetuidad (en el caso de la regulación norteamericana y para ciertos puestos sensibles), hasta los tres años como acontece en la Unión Europea, para los funcionarios que así se determine, o de solo año, como se prevé en los Estados Unidos, respecto de cargos y funcionarios públicos que pretendan realizar determinadas actividades de colaboración o asesoramiento.

Los tribunales administrativos deben encontrarse en cabeza de funcionarios cuya extracción no represente una base para poner en entredicho la independencia, objetividad e imparcialidad que se les exija.

En cuanto a las autoridades reguladoras o supervisoras el asunto se agudiza. La tentación para muchos de los servidores es llevar a cabo su gestión de manera favorable a los agentes privados pues una vez finalizada su relación con el Estado, son aquéllos quienes pueden brindar oportunidades de trabajo. Las dotes adivinatorias le han fallado al legislador, con culpa o sin ella, para prevenir lo que desde un buen tiempo es conocido como “puerta giratoria”. Las entidades públicas supervisoras o reguladoras de la actividad económica, deben prestar atención particular a las situaciones en que sus funcionarios hayan tenido en el pasado o tengan en el futuro, relaciones laborales con las empresas que pertenezcan al sector supervisado o regulado.

2. Incompatibilidades y prohibiciones.

Las incompatibilidades en la función pública constituyen una de las áreas en que las regulaciones poseen mayor tradición dentro de la jurisprudencia administrativa y judicial. La Sala Constitucional, además, se ha ocupado de sentar firmemente la conformidad a la Constitución de las normas que, razonable y proporcionalmente, limitan derecho de todo ciudadano para acceder a los cargos públicos. Es bien conocida su resolución No. 2001-01749 de las 14:33 del 7 de marzo de 2001:

“El artículo 11 de la Constitución Política estipula el principio de legalidad, de donde se desprende el deber de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos. Dicha norma establece que los servidores públicos se encuentran sometidos al Derecho de la Constitución y, en general, al ordenamiento jurídico. Así, el fundamento de las incompatibilidades se encuentra en el profundo contenido ético que reviste el denominado “conflicto de intereses”, lo que –a la luz del Derecho de la Constitución- permite exigir la imparcialidad en el funcionamiento del Estado, de tal modo que el funcionario público no puede encontrarse en una situación donde exista colisión entre el interés público y el interés privado. Así, por ejemplo, no está permitido a ningún servidor estatal, en el ejercicio de sus atribuciones, actuar en su propio beneficio o de sus clientes o familiares. La Sala ha considerado que la función pública merece protección. De ahí, que al servidor público se le veda desempeñar otra función o trabajo, si con ello peligra el estricto cumplimiento de sus deberes, o pueda verse comprometida su imparcialidad o su independencia (En sentido similar sentencia #5549-95, de las 15:15 horas de 11 de octubre de 1995).”

La limitación más importante es la de ejercer profesiones liberales. En su versión original, el proyecto se dirigía a llenar un vacío que se presentaba respecto de ciertos cargos, como el de los vicepresidentes. Éstos se unen a otros puestos, respecto de los ya existía desde hace muchos años, como el caso de la los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, o los jefes de la Procuraduría General de la República, para conformar una categoría cuyo denominador común era el de constituir altos cargos de la Administración Pública, para los que la prohibición para ejercer profesiones liberales conllevaría, además, la de ejercer la docencia en horas hábiles y la de atender asuntos propios o de parientes ante la misma institución o Poder en el que se desempeña el funcionario. Sin embargo, durante el debate legislativo se mocionó para cobijar a otras categorías de menor rango –como los jefes de departamento- en atención a intereses de

mejora salarial que de una genuina intención de disipar la primacía de intereses personales sobre el bienestar general. Esto acarrió que el artículo 14 se convierta en una norma destinada al ajuste salarial de cargos públicos. La amplitud de ésta fue tal que por vía reglamentaria se trató de frenar una grieta de recursos para el Estado, al fijarse que la categoría “jefes de departamento” aludía a los titulares de la proveeduría institucional.

El ambiente complejo y cambiante del rol de los empleados del Estado hace que los intereses personales no financieros o los de las organizaciones a las que pertenezcan, quedan igualmente comprendidos¹. La LCCEIFP establece incompatibilidades para cargos en organizaciones privadas. En el párrafo segundo del artículo 18 se dispone: “La prohibición de ocupar cargos directivos y gerenciales o de poseer la representación legal también regirá con relación a cualquier entidad privada, con fines o sin fines de lucro, que reciba recursos económicos del Estado.”

3. Remuneraciones paralelas.

El régimen retributivo de los funcionarios públicos es un tópico frecuentemente mencionado en lo tocante a lo bajo de los salarios. La solución de este asunto requiere de un alto coraje político y de una capacidad de conciliar fuerzas sociales fuera de lo común. El costo para la sociedad de sostener una Administración Pública en condiciones de fomento a la mediocridad es mayor al que implica atraer un capital intelectual idóneo. Mientras tanto, tendremos que conformarnos con prevenir la brecha con el sector privado no tenga un efecto nocivo en el cumplimiento objetivo e imparcial de los deberes del puesto público.

La gestión pública costarricense adolecía de una práctica profundamente arraigada que, afortunadamente, ha perdido terreno. Frente al esquema salarial imperante para los funcionarios públicos, organizaciones internacionales o fundaciones se dieron a la tarea de complementar las asignaciones monetarias que se recibían por asumir cargos importantes. Esto tuvo el efecto de

1 Las fundaciones que aparecen con una entidad pública como persona fundadora, representa una experiencia compartida por otros ordenamientos. Ver: PIÑAR MAÑAS, José L. Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid, número 97, enero-marzo, 1998, pp. 37 y siguientes. Este autor expone:

“Sin perjuicio de las necesarias reformas puntuales o de mayor alcance que deban llevarse a cabo y que nadie discute, lo cierto es que la lentitud administrativa -factor de muy graves consecuencias para la gestión de los intereses generales- es más bien fruto de la utilización patológica del Derecho administrativo. A lo que hay que añadir el elemento garantizador que necesariamente debe presidir todo Derecho público, como instrumento adecuado para la prestación de forma objetiva de los intereses generales.

Pues bien, utilizando como marco (o quizá aprovechándolo) esa necesidad de gestión eficaz y eficiente, se ha venido creando, por todas las Administraciones Públicas, una pléyade de entidades nuevas, constituidas en base a criterios igualmente nuevos y sometidas a reglas que se pretenden novedosas. Entidades que tendrían como objetivo el hacer frente a las nuevas necesidades de los ciudadanos, a las nuevas exigencias de la gestión eficaz de lo público y a las necesidades (¿intereses?) de la Administración Pública moderna. Y lo cierto es que mucho nos tememos que las fundaciones puedan ser utilizadas como medio para eludir la rigidez administrativa y el control más riguroso a que están sometidas las Administraciones Públicas.

Lo anterior, sin embargo, no significa que la actividad de las fundaciones a que nos referimos quede fuera de control. Por supuesto, no eluden en ningún caso el control del Protectorado, ante el que deberán rendir cumplidamente sus cuentas. Asimismo, en caso de encajar dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 23.3 de la Ley de Fundaciones, deberán someterse a auditoría externa. Los Patronos están sometidos a las mismas exigencias de responsabilidad que cualesquiera otros, que puede llegar a ser penal (art. 290 y sigs., y en especial el 297, del nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).

Pero incluso cabría pensar que podrían quedar sometidas a ciertas reglas de control y de regulación de su actividad propias de las entidades públicas. Así, estarían sometidas al control del Tribunal de Cuentas ya que a éste le corresponde «la fiscalización de las subvenciones, créditos, avales y otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas» (art. 4.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas) lo que incluye, en nuestra opinión, la dotación de estas fundaciones y las aportaciones que a las mismas se hagan desde las Administraciones Públicas fundadoras. Incluso es posible la actuación de la Intervención General de la Administración del Estado. Y aún más. Creemos que si bien este tipo de fundaciones no son en absoluto Administraciones Públicas (algo sobre lo que no es necesario insistir) sí podrían considerarse como integrantes de lo que en alguna ocasión he denominado «bloque de lo público». Lo que implica que deben someterse, por lealtad hacia su origen público, a las imprescindibles reglas de transparencia y objetividad que también deben regir la actividad de toda fundación, pero que con mayor motivo deben exigirse en la actuación de las creadas por la Administración. Sin olvidar, por cierto, que ya se ha planteado la posibilidad de que las fundaciones mayoritariamente dotadas y/o financiadas por un ente público o en las que éste controle su órgano de gobierno deberían estar sometidas en su actividad contractual a las Directivas comunitarias sobre apertura de la contratación pública. Hemos de tener en cuenta que la tendencia del Derecho comunitario actual se muestra claramente favorable a extender el concepto de ente público al objeto de garantizar una más amplia aplicación de las normas comunitarias y que muy posiblemente aquellas fundaciones encajan dentro del ámbito subjetivo de tales Directivas”.

hacer más atractivo el ejercicio de las responsabilidades que conllevan al verse incrementados los ingresos correspondientes y permitió acercar a personas valiosas. Pero se trataba de una espada de doble filo. Estos funcionarios pagados por el Gobierno eran pagados también por estas organizaciones con objetivos paralelos que no resultaban precisamente armónicos con las políticas gubernamentales. Esta situación explica que, gordianamente, la LCCEIFP cesara el mecanismo de remuneraciones paralelas, previsto inicialmente para provecho del Estado, pero que resultó para su mal por cuanto propició una confusión de lealtades inconveniente. Su artículo 16 señala:

“Los servidores públicos solo podrán percibir las retribuciones o los beneficios contemplados en el régimen de derecho público propio de su relación de servicio y debidamente presupuestados. En consecuencia, se les prohíbe percibir cualquier otro emolumento, honorario, estipendio o salario por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de estas, dentro del país o fuera de él.”

4. Inelegibilidad de la oferta por prácticas indebidas.

Como se sabe la LCCEIFP tiene como referente la Convención Interamericana contra la Corrupción, que Costa Rica aprobó mediante la Ley No. 7670 del 17 de abril de 1997. Dentro de los propósitos de este instrumento de Derecho Internacional se encuentra el de promover el desarrollo de los mecanismos, en cada uno de los Estados, para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción (Artículo II) y, para ello, compromete a los Estados Parte a crear, mantener y fortalecer las normas de conducta que aseguren el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, la prevención del conflicto de intereses, la adecuada comprensión de las responsabilidades y deberes de los servidores del Estado, garantías al denunciante de buena fe, etcétera. Finalmente, en octubre de 2003 se emite la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que acoge extensamente una serie de tópicos en el ámbito del combate a la corrupción, como es lo relacionado con la aplicación de políticas y prácticas de prevención, sistemas de empleo público basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos de acceso y promoción, la equidad y la aptitud, así como la promoción de códigos de conducta para los funcionarios públicos, el secreto bancario, establecimiento de sistemas de control y auditoría en el sector privado, etc.

Los procedimientos de adquisición de bienes y servicios por parte de los Estados constituyen un aspecto esencial dentro de estos instrumentos de Derecho Internacional. El Artículo III de la Convención Interamericana contra la Corrupción exige a los Estados Parte crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y servicios “... que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”. El artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas demanda que se lleven a cabo las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos para la adopción de decisiones.

Con la LCCEIFP se hace uso de una iniciativa que Transparencia Internacional ha promovido denominada las “islas de integridad”¹, gracias a la cual un oferente en un proceso de adquisición ante la Administración Pública puede ver expulsada su propuesta si incurre en prácticas indebidas. Tal es el sentido de la reforma que se introduce al agregar un artículo 97 *bis* a la Ley de Contratación Administrativa, para que si se comprueba que un oferente ha participado en los hechos generadores de responsabilidad administrativa de los funcionarios, su oferta pueda ser declarada inelegible independientemente de si posee o no incumplimientos legales o cartelarios o bien la adjudicación que se hubiere dictado en su favor deba ser anulada al margen de que la aplicación correcta del sistema de calificación de las ofertas lo favoreciera:

1 EIGEN, Peter. Las redes de la corrupción. Editorial Planeta, 2004, p. 75.

“Artículo 97 bis.- Exclusión del oferente. Si las faltas referidas en los artículos 96 ter y 97, se producen cuando se encuentra en trámite un procedimiento de contratación, el oferente que haya contribuido con su participación en esas infracciones, directa o indirectamente, será excluido del concurso o, en su caso, será anulada la adjudicación respectiva, independientemente de si existió favorecimiento”.

Las prácticas indebidas que pueden generar esa consecuencia son:

- i. Haber recibido de servidores públicos información confidencial que le dé ventaja.
- ii. Haber entregado dádivas, comisiones o regalías a funcionarios públicos.
- iii. Haber participado a funcionarios públicos en actividades organizadas o patrocinadas por los proveedores, ordinarios o potenciales, dentro o fuera del país, cuando no formen parte de los compromisos de capacitación formalmente adquiridos en contrataciones administrativas o no sean parte del proceso de valoración objetiva de las ofertas.

Si una empresa proveedora incurre en algunas de estas situaciones, la consecuencia es que puede verse despojado de una adjudicación en el proceso de compra donde se ha producido esa mala práctica o excluida su oferta del concurso, sin que sea relevante que se consumara un favorecimiento, como señala la norma. Esto es, la adjudicación puede ser legal y la oferta la mejor, pero por un factor ético hay un motivo de exclusión y consecuente nulidad de la adjudicación. Como podrá comprenderse, la norma aspira a que la competencia entre proveedores despeje completamente la posibilidad de mecanismos no leales y significa, al mismo tiempo, una medida preventiva sobre la objetividad de la decisión final de una compra. Anteriormente, un viaje a un funcionario o una dádiva representaba una falta administrativa o penal, pero el contrato quedaba incólume con lo cual el contratista percibía que nada de malo había y sus competidores caían en la cuenta de que podrían recurrir a un mecanismo similar. Para el último supuesto que se ha citado, lo pertinente es que esas actividades sean autorizadas por el superior, razonadamente, por lo que debe indicarse en qué consiste el beneficio para la gestión (Artículo 97 de la Ley de Contratación Administrativa).

B. La revelación de los intereses financieros.

La declaración sobre la situación patrimonial del servidor constituye el paso inicial para determinar la existencia de conflictos de interés. El respaldo para que todo funcionario revele sus intereses financieros se encuentra en la propia Constitución Política que en su artículo 193 ordena declarar sus bienes al Presidente de la República, a sus ministros y a todos los funcionarios que administran recursos públicos. El Artículo III de la Convención Interamericana contra la Corrupción exige a los Estados Parte mantener y fortalecer sistemas para la declaración de ingresos, activos y pasivos, por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley.

El norte fundamental es que la declaración no agote su eficacia en servir como herramienta para acreditar un delito de enriquecimiento ilícito, figura penal a la que se mantuvo encadenada por muchos años bajo las leyes anteriores. Como se ha expresado anteriormente¹, la efectividad de la declaración que contiene los intereses patrimoniales propios, se encuentra en función directa del fin para el cual la información se ha recabado. La información sensible que posee la declaración de situación patrimonial sólo debe ser empleada para detectar la inobservancia de las incompatibilidades y prohibiciones o la investigación de los delitos previstos en la LCCEIFP. Utilizarla para otros fines, por más estatales que éstos sean, como verificar obligaciones tributarias o del sistema de seguridad social, es absolutamente incompatible con la intención que se ha tenido al recoger esa información.

¹ HIDALGO CUADRA, Ronald. *Ética, Estado y Derecho. Comentarios a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública*. San José, Investigaciones Jurídicas S. A., 2005, p. 46.

En la actual LCCEIFP podemos subrayar lo siguiente:

- Funcionarios declarantes determinados legislativamente. La ley es la herramienta que la Constitución Política ha previsto para que se encargue de lo relacionado con la revelación de los intereses financieros de sus funcionarios. No es una norma de rango reglamentario la que indica el contenido de la declaración o los servidores públicos que deban presentarla. El grado de detalle de la declaración, claro está, no es irrestricto, pues de la propia Constitución es posible extraer los límites a ese deber, como lo son la esfera de intimidad de la persona, lo que convierte en impertinente constitucionalmente hablando, todo dato de la vida privada del funcionario que no sea necesario para determinar un posible conflicto de intereses. Por otra parte la declaración es una responsabilidad para ciertos cargos; el dato constitucional ubica que sean los vinculados a la administración de fondos públicos. Es en este punto donde encontramos un exceso del reglamento al encargarse de ampliar la lista de funcionarios declarantes por la delegación legislativa que se hace. El error apareja que declaren su situación patrimonial quienes no debieran hacerlo, exacerbando un deber por vía reglamentaria, cuando la Constitución Política no lo lleva a esos extremos. La cuestión nos lleva a preguntarnos acerca de cuáles funcionarios deben declarar sus bienes. Tal vez podamos responder identificando dos categorías: en primer lugar, tenemos a los funcionarios que expresamente deben revelar sus intereses al asumir el cargo; en segundo lugar a todos los demás que administran fondos públicos, y que deben efectuar esa revelación por orden singular. Dentro del primer grupo se comprenden a los altos mandos del Estado. La figura del funcionario que debe declarar sus bienes es la que tiene sobre sí el mandato del elector, categoría que debería comprender únicamente, los niveles de la mayor jerarquía de la Administración Pública costarricense, dado que sus facultades se concentran en tomar las decisiones necesarias para llevar adelante los fines de la organización. La revelación de intereses debería ser una obligación reservada para los niveles altos. Para todos los demás funcionarios que administran fondos públicos ese deber permanece, pero latente y exigible por orden singular ante una investigación administrativa o penal.
- Espacio temporal de la declaración. Los intereses patrimoniales del funcionario que deben reportarse comprenden las operaciones efectuadas hasta un año antes de acceder al cargo.
- Por primera vez se incluye a los Diputados a la Asamblea Legislativa como sujetos obligados a presentar la declaración. De acuerdo a las facultades constitucionales que posee el cargo de diputado, el conflicto de interés adquiere una significación especial pues la trascendencia de las decisiones legislativas constituyen un ingrediente en que los intereses particulares pueden pesar negativamente sobre la dinámica en que se desenvuelve y en que el entorno resulta cada vez más complejo.
- Los sujetos sometidos al deber de declarar pueden ser particulares (apoderados, gerentes) de las empresas o personas que administran o explotan fondos o servicios públicos. Lo que se busca es que quienes asumen la explotación de un servicio público tiene a su alcance el uso de bienes que pertenecen al Estado y pueden llevar a cabo actos respecto de los usuarios de esos servicios en una situación de poder, derivada precisamente de su condición de administradores o explotadores de un patrimonio estatal. Las entidades financieras privadas están fuera por la sencilla razón de que con los fondos públicos que se les entrega no realizan funciones de la Administración Pública, sólo los custodian.

C- Las entidades competentes.

La Procuraduría de la Ética Pública, creada en la Ley No. 8242 de 9 de abril de 2002, posee competencia para dar coerción a la LCCEIFP por medio de sus criterios y denuncias. En la adición de un nuevo inciso al artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, N° 6815 de 27 de septiembre de 1982, se enuncian sus facultades.

“h) Realizar las acciones administrativas necesarias para prevenir, detectar y erradicar la corrupción e incrementar la ética y la transparencia en la función pública, sin perjuicio de las competencias que la ley le otorga a la Contraloría General de la República, así como denunciar y acusar ante los tribunales de justicia a los funcionarios públicos y las personas privadas cuyo proceder exprese actos ilícitos vinculados con el ejercicio de su cargo o con ocasión de este, en las materias competencia de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública. En el caso de personas privadas, la competencia de la Procuraduría se ejercerá únicamente cuando estos sujetos administren por cualquier medio bienes o fondos públicos, reciban beneficios provenientes de subsidios o incentivos con fondos públicos o participen, de cualquier manera, en el ilícito penal cometido por los funcionarios públicos. Lo anterior sin perjuicio de su deber de poner tales hechos y conductas en conocimiento de las respectivas instancias administrativas de control y fiscalización, para lo que corresponda en su ámbito de competencia.”

Con base en este marco, el papel de la Procuraduría de la Ética es fundamental para contribuir a uniformar la manera en que las autoridades encargadas deben encuadrar los conflictos de interés dentro de un universo de entidades públicas de la más variada configuración. Los criterios que emite han contribuido decididamente a que esa “apropiación de opciones vitales” de la que hablamos al comienzo, sea realizada de la manera más conveniente por las organizaciones estatales.

La otra institución que participa de la aplicación de la normativa contenida en la LCCEIFP es la Contraloría General de la República. Además de la potestad fiscalizadora de la gestión financiera del gasto público, ésta tiene encomendado también el ejercicio de una función jurisdiccional en sede administrativa que se articula mediante el enjuiciamiento de las irregularidades detectadas en el uso y disposición de los fondos públicos. La arquitectura de la fiscalización del gasto público, influenciada notablemente por el ordenamiento norteamericano, opta por configurar en un órgano unipersonal tanto la fiscalización como la función del enjuiciamiento contable de los funcionarios del Estado. En rigor, ambas facetas no tienen relación con la investigación de los conflictos de interés o en la de custodiar las declaraciones juradas de la situación patrimonial de los servidores obligados a rendirla. Son factores ajenos a los cometidos constitucionales por los que la Contraloría General de la República se le asigna mantener y custodiar las declaraciones de bienes y de velar por las infracciones que se produzcan a la LCCEIFP. Se ha señalado que, para los países del área centroamericana, existe una concepción democrática y sociológica de que los órganos de control externo son instituciones principalmente encaminadas a encontrar y depurar responsabilidades en la lucha contra el fraude¹. Esto explica la cercanía con competencias de corte deontológico.

En el caso costarricense, particularmente, la conexión entre el control sobre la administración de los fondos y los casos de corrupción, junto con la ausencia en el horizonte de una institución de la trayectoria que posee el Órgano contralor, ha provocado que permanezca la administración de los conflictos de intereses se agregue a su potestad de enjuiciamiento de la responsabilidad administrativa. Dicha potestad sancionatoria apareja que ya existe una estructura de funcionarios para instruir los procedimientos necesarios por lo que residenciar también los asuntos relativos a los conflictos de interés, encuentra un aliciente adicional: no hay que instaurar nuevas oficinas ni asignarles personal ya que el trámite de procedimientos sancionatorios es una plataforma instalada que sirve como mecanismo de coerción a la LCCEIFP.

El rol que cumple la Contraloría General en temas de la ética de los funcionarios públicos debería ser revisado para enfocarlo más directamente en la tarea de auditoría de los fondos gubernamentales, que es el núcleo central de su competencia constitucional. Resulta claro que una buena administración de los fondos del Gobierno trasluce una gestión legal y ética. Con harta frecuencia los informes de las auditorías tienen hallazgos que comprometen la responsabilidad de los servidores por comportamientos no éticos, pero debemos pensar si frente

1 VALLÈS VIVES, Francesc. El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 311.

a una actividad financiera cada día más compleja y sofisticada, con procesos presupuestarios más desarrollados, el control externo de la Hacienda Pública a cargo de la Contraloría General debe reorientarse para mantenerse a tono con la realidad y que, paulatinamente, los problemas éticos pasen a manos de oficinas más especializadas, como la Procuraduría de la Ética.

IV) Reflexiones finales

La ética (pública, privada) se construye colectivamente. Si bien puede ser “decretada” estas determinaciones son necesarias para discernir lo aceptable de lo que no lo es, pero siempre lo son a partir de un consenso.

Dado que se trata de restricciones al mandato ciudadano, las normas sobre conflictos de interés no se enfocan en declarar nulidades o en penalizar hechos consumados, sino en prevenir que sucedan. Son estipulaciones más propias de la relación de servicio que liga al funcionario con el Estado. La LCCEIFP posee en su texto normas que son propias de un sistema de administración de conflictos de intereses, lo que hace su contenido más cercano a un estatuto de servicio civil. La ausencia de semejante estatuto para el sector de los trabajadores del Estado hizo que el tema fuera tratado por normas dedicada explícitamente, a frenar la corrupción.

La existencia de un riesgo funcional en que los intereses prevalecientes para ser atendidos en un momento dado sean particulares, hace que deba establecerse una infraestructura para administrarlo adecuadamente. Esta infraestructura tiene un componente normativo (describir las situaciones que constituyan conflicto de intereses de una manera que resulte comprensible para todos) que puede ser asumido tanto por la ley como por códigos de conducta específicos. Un segundo componente es la revelación, suficiente y pertinente, de intereses. El tercer componente es institucional, esto es que exista un organismo encargado de constatar conflictos de interés, de dilucidar dudas de aplicación y capacitar a los funcionarios públicos.

EL REGIMEN JURIDICO DE LA DENUNCIA COMO INSTRUMENTO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION¹

Sumario: I. Conceptos básicos, tipos y medios de interposición; II. Marco Normativo; III. Autoridades competentes para tramitar denuncias; IV. El rol de la Contraloría General de la República en la atención de denuncias; V. La publicidad y acceso a los resultados de las fiscalizaciones y de las denuncias en particular; VI. Una reflexión final.

“Siempre ha sido (...) la denuncia del mal un tráfico indispensable para que se logre el bien”

Periódico El País, 2000

Las autoridades públicas tienen la obligación primaria de estar en control del correcto y honesto cumplimiento de las competencias y potestades a ellas asignadas por el ordenamiento jurídico, de manera que se corrija cualquier desvío o abuso que se detecte.

No obstante lo anterior, no hay duda que, en forma independiente o si es del caso complementaria a ese deber primario, la propia ciudadanía también tiene el derecho de poner en conocimiento de las autoridades públicas de cualquier hecho o actuación irregular o indebida de un funcionario público², sobretodo cuando afecta la probidad que debe caracterizar al ejercicio de la función pública, teniendo la administración activa o los órganos de control (Auditorías Internas, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República y entes reguladores como las Superintendencias de Entidades Financieras, de Pensiones y de Valores) el correlativo deber de atender en forma oportuna y cumplida las denuncias que sean puestas a su recaudo.

Sobre esta materia surgen algunas interrogantes que interesa abordar: ¿qué regulaciones básicas existen?, ¿cuál es el plazo para tramitar y resolver una denuncia?, ¿qué derechos tiene el denunciante?, ¿qué tipos de denuncias se admiten?, ¿quién está facultado para tramitar una denuncia y bajo qué parámetros? y ¿cómo opera la Contraloría General de la República a este respecto?

Para contestar a estas preguntas haremos un repaso de las normas jurídicas aplicables así como sobre la jurisprudencia constitucional y los criterios de la Contraloría General a este respecto.

I. Conceptos básicos, tipos y medios de interposición

Entendemos la denuncia como aquella manifestación que por cualquier medio una persona realiza o hace llegar a una autoridad pública –independientemente del interés que ostente–, cuando ha tenido conocimiento de una situación o hecho irregular o ilícito, con el propósito de activar el debido funcionamiento del aparato investigador y represivo administrativo y judicial, de modo que éste verifique lo denunciado, y cuando corresponda exija el debido cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente en lo actuado u omitido, pudiendo incluso llegar a perseguir las responsabilidades que eventualmente correspondan.

En un sistema democrático la denuncia aparece como una derivación del principio democrático, en el tanto constituye una forma privilegiada de participación y control del ciudadano en los asuntos propios de la cosa pública, que le permite poner al descubierto ciertas situaciones aparentemente irregulares u oscuras para que sean examinadas con seriedad, objetividad y transparencia por las autoridades competentes, para verificar su apego a la realidad del elenco probatorio así como a la juridicidad, de modo que, si es del caso, se identifiquen a

1 Preparado por el Lic. Jimmy Bolaños González, Máster en Derecho Constitucional y Abogado de la Contraloría General de la República.

2 La actuación irregular o ilegítima que un denunciante puede poner en conocimiento de las autoridades, generalmente se ha estilado que se trata de un hecho ya consumado, pero pudiera darse el caso de que oportunamente se detecte y pueda ser denunciado antes de que la lesión o abuso se produzca –doctrina del artículo 1.13 del Reglamento a la Ley No.8422–.

los funcionarios involucrados para exigirles cuentas y gestionar corregir lo indebidamente actuado u omitido.

El sujeto activo de la denuncia es el denunciante, el cual es definido por el artículo 1.13 del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (No.8422 del 29 de octubre de 2004 y sus reformas, en adelante Ley No.8422), como *“la persona física o jurídica, pública o privada, que pone en conocimiento, en forma escrita, verbal o por cualquier otro medio, de la Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas un hecho para que se investigue, con el fin de prevenir o determinar la comisión de actos de corrupción o cualquier situación irregular que incida sobre la Hacienda Pública, así como para que se establezcan las sanciones civiles y administrativas correspondientes sobre los responsables”*.

Como se observa, la norma reglamentaria es sumamente amplia en cuanto al sujeto activo de una denuncia, a fin de que la legitimación no sea un problema u obstáculo para no atenderla. Además, la actuación irregular o ilegítima que un denunciante puede poner en conocimiento de las autoridades competentes, generalmente se ha estilado que se trata de un hecho ya consumado; sin embargo, pudiera darse el caso de que oportunamente se detecte y pueda ser denunciado un determinado caso antes de que la lesión o abuso se produzca –doctrina del artículo 1.13 del Reglamento a la Ley No.8422-.

Cabe señalar que nuestra legislación aunque es proclive a atender sólo denuncias debidamente suscritas por el denunciante y para ello están las autoridades públicas obligadas a proteger la identidad del mismo, tal y como veremos más adelante en el apartado III, es lo cierto que la denuncia anónima no se descarta “per se”, antes bien está expresamente contemplada por los artículos 1.14 y 13 del Reglamento a la Ley No.8422 en los siguientes términos: *“es aquella noticia de un hecho o conducta presuntamente corrupta, que presenta una persona sin identificarse o mediante el uso de seudónimo o nombre falso, ante la Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas para que sea investigada, y que en caso de llegar a comprobarse, se establezcan las acciones correctivas respectivas y las sanciones correspondientes sobre los responsables”*.

Por otra parte, sobre los medios de interposición de una denuncia, éstos son sumamente amplios, pudiendo ser escritos (correspondencia o fax), electrónicos (por correo electrónico), verbales (en persona o por teléfono) y cualesquiera otro (véanse los artículos 8 y 12 del Reglamento a la Ley No.8422).

Cuando el Reglamento hace referencia a cualquier otro medio, ello podría llegar a interpretarse en el sentido de que alcanza a ciertos hechos públicos y notorios que trascienden en una forma impactante a la opinión pública, mediante titulares o reportajes en los medios de comunicación social, siempre y cuando en los mismos se aporten, a juicio de las autoridades competentes, los suficientes elementos fácticos que permitan considerar esas informaciones como una especie de “noticia críminis”, en cuyo caso operaría esa noticia como un insumo capaz de activar los mecanismos oficiosos de que disponen las autoridades para ordenar una investigación, sin ningún tipo de excusa o demora¹.

¹ Vale la pena llamar la atención sobre esto, ya que pueden producirse casos en que las autoridades públicas se niegan a investigar determinados hechos denunciados por los medios de comunicación, como sucedió por ejemplo a raíz de unos reportajes sobre presuntas irregularidades perpetradas por funcionarios legislativos ocupándose de menesteres propios de la Administración activa y ajenos al quehacer parlamentario, ante lo cual un alto jerarca administrativo del Parlamento simplemente atinaba a decir que: *“... no puede investigar el caso a menos de que haya una denuncia escrita...”* (Periódico La Nación del 24 de marzo de 2007), obligando innecesariamente a que un diputado de oposición planteara la denuncia formal al día siguiente. En este caso, quizás los hechos aportados por el reportaje bastaban para haber actuado sin más trámite o formalidad ordenando oficiosamente una investigación, sin necesidad de la formalidad de una denuncia. En este aspecto, el sentido común, así como la relevancia y fundamentación del caso son elementos determinantes para adoptar una decisión adecuada.

II. Marco normativo

En forma directa, la denuncia aparece consignada expresamente en el texto constitucional en dos materias: la político-electoral y la ambiental, pero en forma indirecta la denuncia se deriva de los numerales 27 y 9 de la Ley Fundamental.

Con respecto a esas dos referencias directas, tenemos por una parte que el ordinal 102 de la Constitución la refiere en específico a la materia de “*parcialidad política de los servidores públicos*”, apareciendo el Tribunal Supremo de Elecciones como el órgano constitucional encargado de su conocimiento y resolución, conforme a las regulaciones previstas en la Resolución 3085-2003 de las 10:40 horas del 9 de diciembre de 2003¹.

Por su parte, el artículo 50 de la carta fundamental indica que toda persona está legitimada para denunciar los actos que infrinjan el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y para pedir la reparación del daño causado.

Para nuestros efectos, resulta de la mayor importancia referirnos a la denuncia –independientemente de la materia- de toda actuación irregular en que incurran funcionarios públicos en el ejercicio o con ocasión del desempeño de sus cargos.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en forma reiterada ha señalado:

“La Sala ha reconocido la denuncia, como instituto jurídico utilizado por los administrados para poner en conocimiento de la Administración, hechos que el denunciante estima irregulares, ilegales o contrarios al orden público, con el objeto de instar en los órganos públicos el ejercicio de las competencias depositadas por voluntad popular en ellos para investigar y resolver lo pertinente, y que deviene en un modo de participación en asuntos que conciernen al interés público, perfectamente compatible, y, de hecho, fundamentado en el principio democrático” (cfr. Votos 82-00, 1969-00, 6543-2002, 2314-2000, 1083-2005)

Para el habitante, la denuncia aparece como un derecho fundamental, que constituye parte del ejercicio legítimo del derecho de petición –artículo 27 constitucional-, y por ello no ha de extrañar que el reglamento a la Ley No.8422 lo establezca como un derecho ciudadano –artículo 3 del DE-32333 de 12 de abril de 2005-, pero también lo imponga como un deber de denunciar la corrupción en particular –artículo 9 del mismo Reglamento-.

III. Autoridades competentes para tramitar denuncias

Puede decirse sin ningún tipo de reparo, que toda autoridad o dependencia pública está en la obligación inexcusable de recibir las denuncias que sean puestas en su conocimiento², cada una en la esfera de sus competencias, so pena de trasladar a las instancias correspondientes aquellas que no sean propias de su esfera de atribuciones.

Tal deber abarca no sólo a los órganos de control interno (v.g. auditorías internas) o de control externo (v.g. Contraloría General de la República, Defensoría de los Habitantes, ARESEP,

1 En una desafortunada y criticable resolución adoptada por votación dividida de 3 a favor y 2 en contra, el TSE luego de haber admitido para su estudio una denuncia planteada por la Contraloría General de la República por parcialidad política de un auditor interno, la archivó por falta de legitimación mediante resolución 1505-E-2006 de las 15:55 horas del nueve de junio de 2006, por considerar que sólo los partidos políticos están legitimados para denunciar esas situaciones, pese a que como bien afirman los magistrados en el voto de minoría, el propio TSE ha resuelto otras denuncias sin tales exigencias e incluso el propio reglamento en la materia habilita al órgano electoral para de oficio proceder en tales casos.

2 Cabe adicionalmente señalar que si el contenido de los hechos y la evidencia de la denuncia reflejan la comisión de un ilícito penal, las autoridades públicas tienen el deber de denunciarlo ante el Ministerio Público –único facultado legalmente para ejercer la acción penal-, conforme al artículo 281 inciso a) del Código Procesal Penal, deber que de ser incumplido dolosamente podría acarrear eventualmente el delito de favorecimiento personal castigado con seis meses hasta dos años de prisión por omitir denunciar el hecho estando en la obligación de hacerlo.

entidades supervisoras del sistema financiero como SUGEF, SUGEVAL y SUPEN, etc), sino que comprende en forma primaria a la propia Administración activa.

Cuando del uso y disposición de fondos públicos se trata la competencia exclusiva para conocer de las denuncias reside ya sea en las Auditorías Internas o en la Contraloría General de la República, mientras que la Procuraduría de la Ética Pública es competente para recibir, tramitar y resolver denuncias atinentes a materia de función pública y conflictos de intereses.

Para tal efecto, son varios los deberes genéricos que estas instancias poseen:

1. Valorar la admisibilidad o no de la denuncia conforme a su esfera de atribuciones: para ello debe registrarla, filtrarla conforme a un criterio de competencia y si es del caso tramitarla por el fondo, conforme a principios de informalismo, oficiosidad, celeridad y eficacia. Incluso puede rechazarla por ser manifiestamente improcedente, infundada, reiterativa, por omisión del denunciante en atender una prevención o por tratarse de un “recurso encubierto”.
2. Investigar y resolver lo pertinente: este es un deber ineludible (SC voto 2314-2000), ya que las autoridades públicas no pueden desatender o mantenerse inertes ante las denuncias que les son presentadas, porque ello significaría una desprotección al ciudadano (SC voto 6035-2006), siendo proscrita toda actitud de desidia o pereza por parte de las autoridades (SC voto 6503-2006). Por el contrario, se deben utilizar todos los medios al alcance de las autoridades para investigar lo denunciado, recurriendo de ser necesario a la colaboración interinstitucional.
3. Hacer la investigación en un plazo razonable: por regla general no existe un plazo preciso para resolver las denuncias, pero el mismo debe obedecer a parámetros de razonabilidad vinculados a la propia complejidad de la denuncia (SC voto 6858-2000, 02462-2003 y 2377-2006). El abordaje de la Sala Constitucional al conocer recursos de amparo por falta de atención de una denuncia ha sido y es casuístico¹, por ejemplo exigir una respuesta antes de un mes fue juzgado como prematuro (SC voto 1969-2000), mientras que demorar 25 días simplemente en ordenar el inicio de la investigación resulta una tardanza injustificada (SC voto 7230-2000).
4. Brindar información del avance: el órgano responsable del diligenciamiento de la denuncia tiene el deber de mantener informado al denunciante sobre el estado de la tramitación u etapa procesal en que se encuentre el asunto (si se abrió o no la investigación, si se trasladó a otra dependencia, etc), sobretodo si expresamente lo ha solicitado en su escrito de denuncia o al menos ha consignado un lugar para notificaciones (SC voto 80-2000 y 1969-2000), ya que aunque no es parte en el mismo² como para ofrecer prueba, recurrir lo resuelto, etc., pero sí tiene cierto derechos (SC Voto 2003-12689), en atención al interés público y a la transparencia que su manejo demanda, “...habida cuenta de la necesaria fiscalización y evaluación a las que tienen que estar sometidos los servidores públicos por parte de la ciudadanía en el desempeño de sus funciones...” (SC voto 02462-2003).

Incluso, más allá de que sea o no denunciante, cualquier interesado tiene derecho a solicitar y conocer el número de denuncias planteadas, contra que entidades y en qué materias (SC voto 3782-2004).

1 Por ejemplo, han existido casos en que el trámite de atención de una denuncia ha tardado 10 meses (SC voto 2974-2004) y 5 meses (SC voto 6543-2002) pese a lo cual se ha estimado razonable. Sin embargo, en otros casos particulares ello no se ha estimado así: un año se consideró excesivo (SC voto 2314-2000), ocho meses irrazonable y desproporcionado (SC voto 3618-2005) e incluso 7 meses (SC voto 1083-2005).

2 En principio, el denunciante no es considerado como parte en un procedimiento administrativo disciplinario o sancionador en general (SC, votos 4646-94; 4971-94; 5759-94; 9159-98; 1817-98 y 3119-99), salvo que demuestre poseer un interés legítimo o derecho subjetivo, como podría suceder en el caso de ser una víctima (SC, votos 2003-01871, 2003-2462, 2004-508 y 2005-771).

5. Informar al denunciante de lo resuelto: una vez concluido el estudio de la denuncia, el órgano responsable de su tramitación está obligado a comunicarle al denunciante el resultado de la investigación practicada, sea que se archivará, trasladará, etc. (SC votos 02985-2004 y 4300-2005). Dejar transcurrir más de un mes y medio sin haberlo hecho es amparable (SC voto 12689-2003) por violar el derecho de información que se deriva del ordinal 30 constitucional. En este sentido, la “... Sala observa un notorio interés público en la denuncia no solo como instrumento de control político, sino también como mecanismo útil para la evaluación de resultados y rendición de cuentas de la Administración, fines todos de relevancia constitucional según lo estatuido en el artículo 11 de la Constitución Política” (SC voto 02462-2003).
6. Confidencialidad de la identidad del denunciante¹: una innovación introducida por el legislador en materia de denuncias ha sido el deber de toda autoridad pública de proteger la identidad del denunciante de buena fe (artículo 6 de la Ley General de Control Interno No.8292 y artículo 8 de la llamada Ley anti-corrupción No.8422). Este tipo de garantía opera no sólo para evitar represalias indebidas contra el denunciante sino que también actúa en favor del adecuado funcionamiento de los servicios y su necesidad ha sido puesta de relieve por distintos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país como el artículo III inciso 11 de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley No.7670 de 17 de abril de 1996)² y el ordinal octavo de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 8557 de 29 de noviembre de 2006)³. Este deber demanda que toda autoridad administrativa, sin discrecionalidad alguna, tome las medidas adecuadas para evitar que se conozca la identidad del denunciante, lo cual generalmente implica sacar una copia fotostática del documento que contiene la denuncia, de modo que el nombre del suscriptor sea eliminado de la reproducción, y el original se conservé en un archivo bajo llave, mientras que la reproducción sí puede formar parte del expediente administrativo, y al cual se puede tener acceso siempre y cuando ello no obstruya la investigación. Esta protección se mantiene aún después de emitido y notificado el informe final (SC votos 12892-2004; 4300-2005; 4593-2005), no tiene límite temporal alguno (oficios C-076-2004 del 04 de marzo de 2004 de la Procuraduría General de la República y No.035 (DI-CR-02) del 04 de enero de 2005 de la Contraloría General de la República), y subsiste como deber de la Administración aún si el propio interesado autoriza que se dé a conocer su identidad. En definitiva, la buena fe se presume y sólo se puede poner fin o eliminar el régimen de protección a la identidad de un denunciante cuando el funcionario denunciado estima que ha existido lesión en su esfera jurídica y lleve el caso a estrados judiciales para que un juez de la República ordene que el legajo aparte que contiene tanto la denuncia original como el nombre del denunciante, le sea entregada al Juzgado para lo de su cargo y así se le informe por el juzgado al denunciante en forma oportuna, para que eventualmente éste solicite medidas cautelares en caso de ser necesario.

1 Debe señalarse que este tipo de medida es una derivación de los artículos 21 y 22 de la “Ley Modelo sobre protección de personas que denuncian actos de corrupción” (Construyendo transparencia, legislación modelo para prevenir la corrupción, publicación de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos del Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica de la Organización de Estados Americanos, pgs. 149 y siguientes, 2001), así como del artículo 33 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por Ley 8557 de 29 de noviembre de 2006, publicada a La Gaceta No.242 del 18 de diciembre de 2006).

2 Señala ese ordinal: “Artículo III. Medidas preventivas. A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear mantener y fortalecer:

1. ...

8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamientos jurídico interno.

...”

3 Dispone ese artículo: “Artículo 8.-

....

4. Cada Estado Parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derechos interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo actos de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones”.

Respecto a la confidencialidad del informe y de la documentación de respaldo, es importante destacar lo indicado por la Contraloría en relación con dos aspectos, el acceso del denunciante al informe y el deber de la Auditoría de mantener reserva, aún después de notificarlo a la Administración:

“...corresponderá a la administración o a los órganos competentes, de conformidad con el ordenamiento jurídico, valorar en cada caso si el denunciante se constituye o no en parte involucrada para efectos de exceptuarlo de dicha confidencialidad. ... En lo que respecta a la Auditoría se coincide con lo expuesto por esa auditoría interna en el sentido de que “... es suficiente con informarle al denunciante que se realizó el informe respectivo –en los casos que se deriven relaciones de hechos-, sin tener que remitirle copia de la misma o permitirle acceso a dicho documento y los papeles de trabajo respectivos desde los archivos de la Auditoría Interna, en razón de que investigación administrativa estaría en proceso...”. Oficio n° 296 (DI-CR-021) de 14 de enero de 2004.

“Sí como parte del trámite de la Relación de hechos o informe sobre eventuales irregularidades, en el que la auditoría recomienda la apertura de un procedimiento administrativo y esa recomendación es atendida por la Administración; es decir, se ordena la apertura de un procedimiento administrativo con base en el informe de auditoría y la documentación, información y evidencias que lo sustentan, obsérvese que a partir del momento en que el Auditor Interno entrega o notifica el informe, el asunto es trasladado a la Administración (informe y su correspondiente sustento), de manera que en adelante corresponde a ésta última, manejar el expediente que al efecto se instaure conforme lo estipula la Ley General de Administración Pública y otra normativa pertinente, por tanto, la Auditoría Interna deberá seguir guardando la debida confidencialidad tanto de los términos del informe como de su sustento; información que de ser requerida al Auditor, éste deberá remitir al solicitante ante el jerarca o titular pertinente, último, que deberá proceder según lo establece el marco jurídico.” Oficio N° 035 (DI-CR-02) de 04 de enero de 2005.

7. Dar seguimiento al informe final o a la Relación de Hechos emitida, a fin de asegurarse del cabal cumplimiento de las recomendaciones o disposiciones pertinentes.

Estos siete deberes básicos de las autoridades públicas con respecto al recibo y atención de las denuncias se constituyen a su vez en derechos en cabeza de los denunciantes, los cuales el Estado está en la obligación de garantizar. Adicionalmente, el denunciante tiene derecho a que las autoridades actúen conforme a los principios de objetividad, transparencia y rendición de cuentas al atender las denuncias.

Finalmente, es muy importante destacar que en forma novedosa e innovadora¹ el artículo 14 del Reglamento a la Ley No.8422 establece varios parámetros útiles para valorar las denuncias tales como la magnitud de recursos públicos o el impacto de lo denunciado, de modo que los mismos permiten a las autoridades competentes utilizar criterios de mérito para definir cuáles denuncias se atenderán y con qué orden y prioridad, además de fijar algunos principios ordenadores de su ágil conocimiento (artículo 15), de su admisibilidad (artículos 16 y 17) y en general de su tramitación (artículos 18 a 26), todos los ordinales del mismo reglamento.

¹ Este ejemplo ha sido seguido por otros órganos como el Ministerio de Seguridad Pública, el cual ha dictado sus propias normas generales en la materia, publicadas en La Gaceta No.163 del 25 de agosto de 2005.

IV. El rol de la CGR en la atención de denuncias

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República siempre ha facultado al Órgano Contralor para atender denuncias, ya que forma parte de sus potestades de investigación y si es del caso para instruir sumarios –artículo 22 de la Ley Orgánica-, pero además se entiende que esa potestad es una derivación del mandato constitucional de vigilar la Hacienda Pública estatuido por el artículo 183 de la Ley Fundamental.

Como órgano constitucional auxiliar del Parlamento, la Contraloría General debe informar a la Asamblea Legislativa de todos los informes que emita –artículo 32 de la Ley Orgánica-, por lo que todo estudio de fiscalización debe ponerse en conocimiento de los señores diputados, lo que incluye los denominados “estudios especiales”¹ que básicamente comprende aquellas auditorias realizadas en atención a denuncias específicas.

Por otra parte, conforme al artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, las denuncias en materia de contratación administrativa planteadas para efectos de una declaratoria de eventual nulidad en sede administrativa del respectivo acto o contrato, no deben tenerse como una vía recursiva adicional², puesto que la denuncia no es un mecanismo legal sustitutivo de un recurso o un recurso encubierto, ya que para eso el ordenamiento jurídico proporciona los medios ordinarios de impugnación para tutelar el interés legítimo empresarial tanto en sede administrativa como judicial.

De allí que se ha señalado reiteradamente que *“la denuncia se vislumbra como una gestión que involucra un procedimiento excepcional cuya finalidad, antes que la tutela de intereses particulares de orden patrimonial, se orienta a evitar grandes perjuicios en contra de la Hacienda Pública, originados en un acto absolutamente nulo de la Administración”* (oficio 13771 (DGCA 1436-96) de las 9:30 horas del 1 de noviembre de 1996).

Ahora bien ¿qué órgano en la Contraloría General atiende las denuncias? La pregunta tiene su importancia, ya que el texto de la “legislación modelo sobre mecanismos de participación de la sociedad civil en la prevención de la corrupción”, contiene un capítulo tercero que establece la creación de una oficina o responsable para el asesoramiento al público y recepción y tramitación de sugerencias, quejas y reclamos”; lo mismo hace el numeral 64 de la “Ley modelo para el establecimiento de normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado desempeño de las funciones públicas” (Construyendo transparencia, legislación modelo para prevenir la corrupción, publicación de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos del Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica de la Organización de Estados Americanos, pgs.78 y 121 respectivamente, 2001).

En el caso de la Contraloría General de la República, siempre han existido instancias encargadas de recibir, tramitar y resolver las denuncias. No obstante, en el año 2005 se creó vía modificación al Reglamento Orgánico³ una nueva unidad denominada Área de Denuncias y Declaraciones Juradas, la cual fue reforzada con una mayor asignación de profesionales en diversas ramas como Contaduría Pública, Derecho Penal y Criminología, que desde entonces viene atendiendo las denuncias que se plantean ante el Órgano Contralor, incluso asesorando al público respecto a las mismas para buscar que contengan una mayor pertinencia y calidad de la información, de manera que las investigaciones puedan llegar a resultados más acertados y exitosos. No obstante lo anterior, cabe señalar que la concreta organización que una entidad pública puede implantar en este aspecto, es un tema que debe ser revisado periódicamente para ajustarlo a los requerimientos de eficacia, agilidad, economía y eficiencia que resulten más idóneos.

1 El artículo 21 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República le confiere a ésta la potestad de “...realizar auditorías financieras, operativas y de carácter especial en los sujetos pasivos”. Según el Manual de Fiscalización Integral (MAGEFI), “...los estudios especiales comprenden el examen de aspectos específicos de orden contable, financiero, presupuestario, administrativo, económico, jurídico, etc; así como la atención de denuncias presentadas ante la CGR”.

2 La Contraloría General de la República ha sostenido un criterio reiterado en este sentido como se desprende de los oficios 4846/95; 5065/95; 5160/95; 7016/95; 7638/95; 8757/95; 1234/95; 13771-96; 11359/02 y 15832-02, entre otros.

3 Resolución R-CO-66 de las 10:00 horas del 4 de julio de 2005, publicada a La Gaceta No.135 del 1º de julio de 2005.

Asimismo, en acatamiento de lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley No.8422 se emitieron los “Lineamientos para la atención de denuncias planteadas ante la Contraloría General de la República” (Resolución R-CO-96-2005 de las 9:00 horas del 28 de noviembre de 2005, publicadas a La Gaceta No.238 del 9 de diciembre de 2005), los cuales regulen el ámbito de competencia del Órgano Contralor en la materia, el trámite a seguir, los parámetros para su estimación o archivo, así como el seguimiento y comunicación e incluso la posibilidad de direccionamiento de las mismas, ya sea a la Administración activa o a las Auditorías Internas de las administraciones públicas.

Con base en información estadística en poder del Órgano Contralor se constata un crecimiento sostenido en el número de denuncias recibidas, según se aprecia en el siguiente cuadro:

AÑO	NUMERO DE DENUNCIAS
2000	302
2001	305
2002	536
2003	572
2004	787
2005	766
2006	671

Fuente: Memoria Anual 2006, pág. 315

Vale la pena destacar que la creación en el año 2005 de un área especializada en la atención de denuncias no ha sido un disparador que haya permitido elevar su número, aún y cuando también hay que decir que los expertos en este tema coinciden en que el aspecto cualitativo es la “piedra de toque” de la efectividad de la denuncia como medio para el combate a la corrupción, ya que sólo un aumento en la calidad de la denuncia permite un adecuado control, corrección y sanción sobre los actos de corrupción.

Asimismo, podemos comentar que durante el año 2006 del total de 671 denuncias recibidas, un 13,4% fueron trasladadas ya sea a la Administración activa o a las Auditorías Internas, mientras que un 13,7% fue trasladada a alguna otra Área especializada de fiscalización dentro de la Contraloría, por lo que aproximadamente un 73% fueron atendidas directamente por el Área de Denuncias y Declaraciones Juradas, siendo el promedio de atención y tramitación en este último caso menor a 30 días hábiles, en donde incluso del total de denuncias recibidas un 76% se resolvió durante ese año.

Por otra parte, atendiendo a la temática, el mayor porcentaje de denuncias recibidas en el período 2006 se relaciona con contratación administrativa (15%), un 14% asuntos laborales, un 12% control interno, un 8% obras públicas, un 6% desvíos de fondos públicos, presupuesto un 4%, etc., mientras que el tipo de entidades públicas que son más denunciadas atañen a municipios (38%), la Caja Costarricense de Seguro Social (5%) y el Instituto Costarricense de Electricidad (3%).

V. La publicidad y acceso a los resultados de las fiscalizaciones y de las denuncias en particular.

El segundo Congreso Latinoamericano de Entidades Fiscalizadoras Superiores celebrado en Santiago de Chile en 1965 emitió una recomendación que textualmente señala que *“las entidades fiscalizadoras deben estar facultadas para dar la publicidad en los casos, condiciones, y de manera que lo estimen conveniente, informaciones sobre el resultado de cualquier gestión de control que ellas realicen, salvo que esa publicación vaya en desmedro de los intereses superiores del estado o viole alguna disposición constitucional o legal expresa”*.

Por ello, no es de extrañar que la Ley No.8422 es clara al señalar en su artículo séptimo que la materia de fiscalización es de libre acceso a la información por parte de cualquier persona que así lo requiera por el interés y fondos públicos en juego, y así ha sido también

sostenido por la Sala Constitucional en varias resoluciones (véanse los votos 4713-2006 y 745-2001), informes de fiscalización que incluyen los producidos como resultado de la tramitación de una denuncia.

El acceso a un estudio de fiscalización por parte de terceros –sea o no a partir de un denuncia- resulta aplicable para supuestos en que el asunto ha sido dado a conocer y divulgado por los medios de comunicación, sobretodo si esos terceros han sido mencionados en el contenido del informe (SC voto 13438-2005).

No obstante, cabe aclarar que si como resultado de la denuncia se genera una relación de hechos que determina presuntas responsabilidades penales o administrativas, sólo tendría acceso a dicha relación de hechos el denunciado y su abogado, una vez que se le haga el traslado formal de cargos, salvo que el denunciante demuestre tener un interés legítimo directo y actual o un derecho subjetivo (véase los votos 2462-2003 y 2365-2005). Por lo tanto, el denunciante como regla general y con la salvedad dicha, así como cualquier otra persona, no tendrá acceso al expediente sino hasta la terminación y archivo del procedimiento administrativo, momento a partir del cual hay acceso a la relación de hechos y toda la documentación generada durante el procedimiento, salvo, claro está, la revelación de la identidad del denunciante. Tal carácter reservado de la información durante un procedimiento administrativo demanda que, incluso ante un recurso de amparo, no se deba remitir junto al informe copia del respectivo expediente a la Sala Constitucional (SC voto 2005-13620).

Finalmente, cuando como producto de una denuncia o fiscalización oficiosa realizada por el Órgano Contralor se identifique la eventual comisión de un hecho punible, situación en la que por lo general se emprende la respectiva coordinación con el Ministerio Público, la información pasa a ser de manejo reservado, para no afectar la investigación y tal carácter no cede ni aún ante solicitud de Comisiones Legislativas de Investigación, todo conforme con los artículos 5, 29 y 295 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (cfr. SC voto 04555-1999).

VI: Una reflexión final

El sistema de controles en una democracia sería claramente incompleto, insuficiente y poco democrático si el ordenamiento jurídico y los órganos de control público no abren sus puertas a la participación directa de la ciudadanía para que puedan poner en conocimiento de las autoridades los hechos irregulares de que tengan conocimiento, conforme al principio democrático y como uno de los mecanismos útiles y pertinentes para la evaluación de resultados y la rendición de cuentas (artículo 11 constitucional).

Es un derecho y un deber de toda persona fiscalizar el honesto, correcto y efectivo uso de los fondos públicos, y para ello el ordenamiento jurídico provee los medios y las garantías básicas de ejercicio de ese derecho-deber, a la vez que la institucionalidad está en la obligación de facilitar el uso de esos mecanismos, asesorando y atendiendo en forma oportuna, pertinente y firme los asuntos que se conocen por esa vía, así como poniendo en conocimiento del denunciante lo actuado.

Toda autoridad pública está en la obligación de recibir, tramitar y resolver aquellas denuncias puestas en su conocimiento que sean propias de su esfera de competencias, para lo cual el Reglamento a la Ley No.8422 resulta un instrumento jurídico idóneo para atenderlas, al ofrecer los principios y bases jurídicas esenciales para ese efecto.

Si bien el ordenamiento jurídico no establece un plazo para que las distintas autoridades públicas tramiten y resuelvan una denuncia, dicho procedimiento se rige por reglas de razonabilidad aplicables a cada caso, conforme a la índole, complejidad y extensión del asunto de que se trate, pudiendo el Tribunal Constitucional tutelar cualquier exceso en la demora por la vía del amparo.

Es amplísima la posibilidad que ofrece el ordenamiento jurídico para plantear denuncias, tanto en cuanto al medio utilizado como en cuanto a la legitimación o acceso que brinda a cualquier interesado en hacerlo. Igualmente amplia es la protección a la identidad del denunciante, misma que opera sin límite temporal.

Hay mucho todavía por avanzar en esta materia, sobretodo habilitando la denuncia por medios electrónicos -vía páginas web-, mejorando la oportunidad en la atención, así como mejorando la asesoría al ciudadano para que sus denuncias ganen en calidad e impacto, pero además procurando una coordinación interinstitucional a fin de evitar duplicidades en esta materia, que por cierto no son raras y es necesario de alguna manera gestionar sistemas que permitan tales controles cruzados y generar sinergias en el combate de la corrupción a partir del mismo protagonismo ciudadano e incluso de los mismos medios de comunicación social.

EJERCICIO SIMULTÁNEO DE CARGOS PÚBLICOS. ANÁLISIS CRÍTICO.

Por: Fernando Castillo Víquez¹

Sumario.

Introducción.

1.- Antecedentes históricos.

2.- La normativa vigente.

3.- Reflexión sobre el numeral 17 de la Ley n.º 8422.

Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Tiene por propósito este estudio analizar las normas que se encuentran en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley n.º 8422 de 6 de octubre del 2004 y su reglamento, que regulan el ejercicio simultáneo de cargos públicos.

Nos proponemos, además de desentrañar el sentido de los preceptos legales y reglamentarios, reflexionar sobre sus antecedentes, su relación con los principios éticos que regentan la función pública, sus consecuencias jurídicas y, por último, fijar algunas conclusiones.

Antes de entrar al fondo del asunto debemos hacer una aclaración de rigor, y es que en realidad la norma legal que vamos a comentar en este trabajo, no prohíbe el ejercicio simultáneo de dos cargos públicos, ni de tres o más, sino más bien el **ejercicio remunerado** de ambos o más cargos, salvo las excepciones que en él se prevén, situación que es muy distinta, sobre todo si toma en cuenta que el numeral 111 de la Ley General de la Administración Pública establece, en forma meridiana, que es posible el ejercicio de un cargo público *ad-honorem*, pues se es funcionario público si se cumplen con los requisitos que en él se establecen, independientemente de si es o no pagado su ejercicio.

I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El artículo 49 de la derogada Ley de Administración Financiera de la República, Ley n.º 1279 de 02 de mayo de 1951, disponía que ninguna persona podía desempeñar simultáneamente más de un **cargo remunerado** de la Administración Pública, ni recibir más de un giro por concepto de sueldos. Quedaban a salvo de esta prohibición los profesores o maestros en cuanto a funciones docentes, los médicos en razón del ejercicio de su profesión y los funcionarios judiciales con respecto a las actividades relacionadas con el Código de Trabajo que desempeñaban como recargo y los Agentes de Policía que ejercían como recargo la Administración de Correos.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, Ley n.º 2166 de 9 de octubre de 1957, señala que ningún servidor puede devengar dos o más sueldos, **salvo que corresponda a puestos distintos**, que no exista superposición horaria, **y que entre ambos no sobrepasen la jornada ordinaria**. Además, los educadores no pueden impartir más de treinta y dos lecciones semanales en propiedad. Excepcionalmente pueden atender una cantidad mayor, cuando el servicio lo demande, pero el exceso, se mantiene como un recargo, por ende de carácter temporal.

Vemos, pues, que con la segunda Ley se atempera, aparentemente, la rigurosidad de la primera, ya que si bien el artículo 49 establecía una prohibición al desempeño de dos cargos simultáneos,

con excepción de determinadas categorías de puestos, ese precepto legal se tuvo que interpretar en armonía con lo dispuesto por el artículo 15. Así las cosas, en el caso de desempeñarse dos puestos distintos simultáneamente, entre ambos no debía existir superposición de horarios ni deben sobrepasar ambos la jornada ordinaria de trabajo. Sobre este extremo, la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-031 de 21 de febrero de 1991, expresó lo siguiente:

“A este respecto podemos citar como esenciales los dictámenes Nos. 379-84 de 29 de noviembre de 1984 y C-58-85 de 12 de marzo de 1985, (el segundo es ampliación y aclaración del primero). En ambos la idea central se refiere a la insalvable imposibilidad jurídica derivada de la relación armónica de ambos preceptos, para que un servidor público pueda simultáneamente desempeñar funciones en dos puestos distintos sin sujetarse a las condiciones contenidas en el numeral 15 de la Ley de Salarios, a saber: que se trate de puestos distintos, que no exista superposición horaria, y que no se exceda de la jornada ordinaria de trabajo. No resulta pertinente copiar la letra completa de los preceptos que nos ocupan en este análisis, bástenos con expresar que la norma del artículo 15 es diáfana en prohibir la coexistencia simultánea de dos o más sueldos, salvo que estemos en presencia de la concurrencia de todos los requisitos recién apuntados que se constituyen en exigencias para que se admita la salvedad a la regla limitativa. En el dictamen C-379-84, de fecha indicada, se expone: ‘...De la dicción y (sic) del numeral arriba transcrito (alude al 15 de la Ley de Salarios), se deriva la existencia de una prohibición genérica para que un servidor público pueda desempeñar dos cargos e la Administración Pública sujeta al régimen estatutario o de Servicio Civil, si su desempeño no lleva aparejadas las tres salvedades a que hace alusión el referido numeral.

En suma la opinión de la Procuraduría General, en punto a la interpretación de los artículos 15 y 49 (incluido este último numeral en el dictamen C-058-85, mediante ampliación), es la de que no puede existir posibilidad lícita de ejercer dos funciones remuneradas para la Administración Pública si se observa la ausencia o carencia de alguno de los requisitos apuntados por el artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública”.

Decíamos atrás que se atempera, aparentemente, la rigurosidad del numeral 49, pues la segunda norma legal, el artículo 15, lo que permite es ejercer dos cargos o más siempre y cuando no se supere la jornada ordinaria. Quiere ello decir que lo que se está autorizando es el ejercicio de dos cargos de medio tiempo, o tres: uno de medio tiempo y dos cuartos tiempos, o máximo cuatro cuartos tiempos. Aunque la Procuraduría General de la República ha sostenido la tesis de que no se pueden ocupar simultáneamente dos puestos de medio tiempo en las sociedades anónimas del Banco Popular y de Desarrollo Comunal¹ siguiendo la tesis de la Contraloría General de la República, posición que deja entrever que el numeral 15 fue tácitamente derogado por el artículo 17 de la Ley n.º 8422, como se explicará más adelante.

Por otra parte, es importante indicar que en la Ley n.º 8131 de 18 de setiembre del 2001, Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, que derogó la Ley n.º 1279, se omitió reproducir una norma similar o parecida a la que estaba en su numeral 49, lo que no implicaba mayores problemas, ya que se mantenía vigente el numeral 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública.

En lo referente al artículo 17 de la Ley n.º 8422, en el dictamen C-360-2004 de 1º de diciembre de 2004 nos referimos a sus antecedentes legislativos. De estos queda claro que la intención del legislador (*ratio legis*) fue el impedir la doble remuneración, ya se traten de salarios o dietas².

¹ Vid. dictamen C-129-06 de 28 de marzo del 2006.

² “En otro orden de ideas, la norma que usted nos consulta indica que quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública no pueden devengar dieta alguna como miembros de junta directiva o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública.

Con el fin de precisar los alcances del precepto legal que estamos glosando, debemos mencionar que no se encontraba en el texto originalmente presentado por el diputado Vargas Pagán y otros, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el cual se tramitó bajo el expediente legislativo n.º 13.715, (véase el folio 22 del expediente legislativo n.º 13.715). Tampoco estaba presente en el texto sustitutivo que se aprobó en la Comisión Permanente de Ordinaria de Asuntos de Gobierno y Administración, ni en los dos dictámenes afirmativos de mayoría que emitió este órgano parlamentario al Plenario (véanse los folios 880 al 884, 949 y 1679). El precepto legal fue introducido mediante una moción que presentó el diputado Arce

Una duda que nos asalta antes de terminar este acápite, es si el numeral 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública quedó tácitamente derogado con la entrada en vigencia

Salas por la vía del artículo 137, la cual, primeramente, fue desechada por la comisión y, posteriormente, gracias a una moción de revisión que él presentó junto con el diputado Pattersson Bent, fue aprobada por la comisión, en la sesión celebrada el 18 de setiembre del 2002 (véanse los folios 2178 y 2387). Sobre el particular, el Licenciado Ronald Hidalgo Cuadra, funcionario de la Contraloría General de la República, explicó los alcances de la moción en el siguiente sentido:

'El párrafo que se agrega tiene la intención de comprender a los funcionarios que ejercen cargos en juntas directivas ex officio; sin embargo, la moción no dice lo que debe decir: que los funcionarios que deban ejercer estos cargos sean porque el cargo que ostentan, de pleno derecho, los incorpora en una junta directiva. Es decir, el cargo del Ministro de Agricultura o de Justicia les acarrea, por ese solo hecho, ostentar un cargo en otros órganos colegiados.

En materia de proyecciones e incompatibilidades, la redacción debe tener una gran claridad, porque el artículo se puede tomar excesivo y puede estar queriendo cercenar posibilidades que la intención de la moción no tiene.' (Véase el folio n.º 2599).

Ante esta intervención, el diputado Arce Salas aclaró y adicionó lo siguiente:

'La moción, en efecto, pretende cerrar portillos. No a ministros. No es eso. En la Administración Pública hay una serie de órganos colegiados dentro de instituciones: ministerios y autónomas, que a veces en razón de ley y otros por actos discrecionales de los cuerpos directivos, que designan, en esas directivas, a funcionarios o personal de las mismas instituciones. Eso se da en el Registro de la Propiedad y en varias juntas directivas.

El principio de este proyecto de ley, que es muy sano: evitar la doble remuneración, se está extendiendo [debe entendiendo] por doble remuneración, vía dietas. Esta es una práctica mucho más extendida de lo que se puede imaginar. Con el mismo propósito se hizo la adición para que se evitara la práctica esta de gestionar u obtener permisos sin goce salarial para convertirse en consultor y asesor.

En torno a la verdad, les quiero decir que esto es una idea de un ministro del Gobierno, a quien le consulté este proyecto de ley y me dijo que quedaban muchos portillos. Entre ellos este, porque son muchos los órganos que a veces por ley o por reglamento o por decisión, asisten funcionarios del propio ente. ¿Por qué van? Porque tienen dominio de la materia, la conocen, tienen la experiencia y, como tal, devengan salarios. La dieta se convierte, sin duda, en una doble remuneración, que es lo que el artículo pretende.

Comprendo que, en efecto, podría ser más preciso; sin embargo, si leemos el párrafo completo, partimos de que el artículo 18 lo que dice es: 'El desempeño simultáneo de cargos públicos. En tal eventualidad se impide la doble remuneración...', me parece que sí es queda comprensible y de fácil aplicación.' (Véanse los folios 2569 y 2560).

Vistas así las cosas, y antes de continuar, debemos hacer otra aclaración de rigor. En otros pronunciamientos, hemos sostenido la tesis de que la "ratio legis" debe ser demostrada con elementos objetivos, los cuales consten en el expediente legislativo respectivo en forma clara y precisa y cuya derivación no conlleve un forzamiento del razonamiento jurídico. Lo anterior significa, ni más ni menos, que la intención del legislador debe emerger en forma diáfana y lógica de los antecedentes legislativos. Incluso, ante la duda, la Procuraduría General de la República se ha visto en la necesidad de recurrir a otras técnicas de interpretación jurídica, para dar una interpretación adecuada al texto legal. Para tal fin, se hace necesario recurrir a los métodos de interpretación de las normas jurídicas. Como es bien sabido, existen diversos métodos, dentro de los cuales se encuentran la interpretación gramatical o literal (1), la sistemática (2), la histórica (3), la teleológica (4) y la analógica (5). Más todavía, somos de la tesis de que un método por sí solo no resulta suficiente, sino que la mejor interpretación es aquella que, una vez aplicado todos los métodos posibles, se inclina, no por la solución que da un método aislado, sino por la que presentan varios de ellos. En pocas palabras, ninguno de los métodos de interpretación de las normas en sí mismo es suficiente, sino que ha de seguirse la solución que aportan el mayor número de ellos (Véanse las opiniones jurídicas O.J.-116-2004 de 27 de setiembre del 2004 y O.J.-134-2004 de 27 de octubre del 2004). Además, hemos señalado que las opiniones que emite un solo diputado en el debate parlamentario no constituye un elemento de juicio suficiente para concluir que lo que él expresó es la voluntad del legislador. Empero, en el caso que nos ocupa, la situación se torna diferente, toda vez que pareciera que la intervención del diputado Arce Salas, no solo tiene la virtud de revisar la votación recaída sobre la moción desechada, sino de revertir, por unanimidad, el criterio de los miembros de la comisión al aprobarla. Ante ello, resulta de gran relevancia la intervención del diputado Arce Salas en este análisis.

Indica el legislador Arce Salas, al final de su intervención, que con el precepto legal que estamos comentado, se busca impedir la doble remuneración, tesis que se deriva sin forzamiento alguno del texto de la norma, al indicar este que, quien desempeñe un cargo dentro de la función pública, no puede devengar dieta alguna como miembros de juntas directivas o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública. Así las cosas, basta con que una persona esté desempeñando cualquier cargo remunerado dentro de la Administración Pública para que esté imposibilitado de recibir la dieta por su participación como miembro en una junta directiva del mismo órgano o ente, o de otros órganos colegidos de órganos, entes y empresas de la Administración Pública. En este sentido, el texto legal es claro y no amerita mayores elucubraciones. En esta dirección, conviene recordar el aforismo jurídico 'de que no debemos distinguir donde la ley no distingue' o de aquel que 'cuando la ley está concebida claramente hay que estar a su letra, y no desnaturalizarla, pretextando penetrar a su espíritu'. (CABANELLAS, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1968, pág. 234, citado también en el dictamen de la Procuraduría General de la República n.º C-019-2000 de 4 de febrero del 2000).

En vista de la amplitud y la contundencia del texto legal que estamos glosando, queda claro que los miembros de una junta directiva de una institución pública, que a su vez son miembros de juntas directivas de empresas que pertenecen a esa entidad, no pueden devengar dietas a causa de su participación en el órgano colegiado de las segundas, ya que, en este caso, estamos en presencia de una doble remuneración (primer supuesto de la norma) y ante una empresa que pertenece a la Administración Pública o, más técnicamente hablando, a un ente de la Administración Pública (segundo supuesto del precepto legal). Desde la óptica del legislador, en el caso de las empresas, basta con que a la empresa se le catalogue de pública para que se deba aplicar el párrafo final del artículo 17 de la Ley n.º 8422."

del artículo 17 de la Ley n.º 8422¹. Sobre el particular, hasta donde hemos podido investigar, no encontramos ningún pronunciamiento de los órganos consultivos o jurisdiccionales donde se llegue a una conclusión categórica. Este es un aspecto que, en su momento, requerirá de una definición precisa, aunque pareciera que al estarse regulando la misma materia y de manera contradictoria en la ley posterior, habrían importantes argumentos para concluir que ocurrió el fenómeno que estamos comentando. Así lo ha entendido la Contraloría General de la República, aunque no lo dijo en forma contundente², pues ha sido tesis de principio que un pronunciamiento en tal sentido corresponde a la Procuraduría General de la República.

II.- LA NORMATIVA VIGENTE.

En su versión original, en lo que interesa, el numeral 17 de la Ley n.º 8422 estableció que ninguna persona puede desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente. De esta disposición quedan a salvo los docentes de instituciones de educación superior, los músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y los de las bandas que pertenecen a la Administración Pública, así como quienes prestan los servicios que requieran la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias para atender emergencias nacionales así declaradas por el Poder Ejecutivo, el Tribunal Supremo de Elecciones, durante los seis meses anteriores a la fecha de las elecciones nacionales y hasta tres meses después de verificadas, así como otras instituciones públicas, en casos similares, previa autorización de la Contraloría General de la República.

Igualmente, ningún funcionario público, durante el disfrute de un permiso sin goce de salario, puede desempeñarse como asesor ni como consultor de órganos, instituciones o entidades, nacionales o extranjeras, que se vinculan directamente, por relación jerárquica, por desconcentración o por convenio aprobado al efecto, con el órgano o la entidad para el cual desempeña el cargo. El reglamento a la Ley, en el segundo párrafo del numeral 35, se encarga de aclarar que, no obstante lo anterior, puede concederse licencia sin goce de salario cuando se trate de funcionarios públicos que pasen a ocupar puestos de confianza como asesores de planta, directamente subordinados a los máximos jerarcas institucionales, en otros órganos, entidades públicas o en el mismo donde prestan sus servicios.

Asimismo, quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública, no pueden devengar dieta alguna como miembros de juntas directivas o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, **salvo si no existe superposición**

1 Sobre el tema de la derogatoria tácita vid., entre otros, el dictamen C-125-05 de 6 de abril del 2005 de la Procuraduría General de la República.

2 "(...) En cuanto a la interrogante referente a si aplica la prohibición de desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos establecida por el artículo 17, cuando dichos cargos públicos consisten en plazas de cuarto o medio tiempo, cabe señalar que a criterio de esta Contraloría General, lo que se busca impedir con el precepto legal en comentario es la doble remuneración por parte del Estado, entendido éste en términos generales, por lo que con sólo que una persona esté desempeñando un cargo remunerado, cualquiera que sea, siempre y cuando sea dentro de la Administración Pública, se encuentra imposibilitado para recibir otra remuneración adicional, ya sea salarialmente o mediante el pago de dietas.

De tal manera, que si el texto de la norma es claro y no contempla como excepción el supuesto de laborar en jornadas inferiores a la ordinaria, no cabría entender otra cosa.

Bajo este orden de ideas, es importante considerar que la conducta a prohibir es el desempeño simultáneo de cargos públicos remunerados, y no la superposición horaria, pues dicha situación ya se encontraba regulada mediante la Ley N° 2166, de Salarios de la Administración Pública, del 9 de octubre de 1957, específicamente en su artículo 15, que al respecto dispone que ningún servidor podrá devengar dos o más sueldos salvo que correspondan a puestos distintos, que no exista superposición horaria, y que entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la mencionada Ley N° 8422, la situación a regular va más allá, en el sentido de que conforme a dicho precepto, ya no es posible jurídicamente recibir más de una remuneración en razón del ejercicio de un cargo público, independientemente del momento en que se desempeñen dichas labores, a menos claro está, que el servidor se encuentre en algunos de los supuestos de excepción contemplados expresamente por la norma.

Así, siendo que el artículo no contempla la excepción sobre el ejercicio de cargos públicos en lo que no exista superposición horaria, somos del criterio de que debemos aplicar el aforismo de que no hay que distinguir donde la ley no lo hace". (DAGJ-3465-2004 del 17 de diciembre de 2004. Las negritas no corresponden al original).

horaria entre la jornada laboral y las sesiones de tales órganos. (Lo que está entre negritas fue adicionado *por el inciso a del artículo 1° de la Ley N° 8445 de 10 de mayo del 2005 al igual que las normas que de seguido se reseñan*).

Quienes, sin ser funcionarios públicos integren, simultáneamente, hasta tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, pueden recibir las dietas correspondientes a cada cargo, siempre y cuando no exista superposición horaria. Cuando, por razones de interés público, se requiere que la persona integre más de tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, debe recabarse la autorización de la Contraloría General de la República.

Por último, a los regidores y las regidoras municipales, propietarios y suplentes; los síndicos y las síndicas, propietarios y suplentes; las personas miembros de los concejos de distrito; las personas miembros de los concejos municipales de distrito, propietarias y suplentes, no se les aplica el numeral 17 de la Ley n.° 8422. Es decir, con la entrada en vigencia de esta reforma, sí pueden ganar la dieta a pesar de que sean funcionarios públicos remunerados con dietas o salarios, situación que no era posible a partir de la entrada en vigencia la Ley n.° 8422¹.

En su redacción prístina el artículo 17 presentó no pocos problemas, precisamente fueron esos inconvenientes y otros que impulsaron su posterior reforma, pues, dada la rigurosidad de su redacción aunque no fue la intención de su proponente, la persona que estaba nombrada en dos o más puestos no podía devengar más de una remuneración, ya se tratara de salarios o de dietas o de ambos simultáneamente².

1 Vid. voto de la Sala Constitucional n.°2996.-06 en el que se indicó lo siguiente: "En esta acción la Procuraduría General de la República se ocupó de examinar si los recurrentes en primer término contaban con un derecho adquirido, como ellos reclaman. Se puso de manifiesto en primer lugar, incluso con cita de reconocidos tratadistas de Derecho Constitucional, amplia jurisprudencia de esta Sala y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que no existe ningún derecho adquirido a continuar percibiendo la dieta en las futuras sesiones del órgano colegiado, por la razón de que los recursos nunca han ingresado al patrimonio del funcionario público. En segundo lugar, al no existir un derecho adquirido a las dietas futuras, se puede afirmar que no se está vulnerando el numeral 34 de la Constitución Política, que recoge el principio de irretroactividad de la ley. Ello es cierto, porque nadie tiene expresamente garantizado la intangibilidad del ordenamiento, ni derechos adquiridos al mantenimiento de las leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad".

2 La Contraloría General de la República, en el oficio DAGJ-080-2005 de 12 de enero del 2005 señaló lo siguiente: "Precisamente, dentro del supuesto establecido por el párrafo final del artículo 17 se pueden presentar diversos escenarios. Un primer caso, sería el de un servidor que en razón de ostentar un cargo público remunerado salarialmente, es designado como miembro de una junta directiva u otro órgano colegiado perteneciente a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, de forma ex officio, es decir que de pleno derecho una norma jurídica lo nombra como tal.

Un segundo supuesto sería el de los servidores públicos remunerados salarialmente, que por designación discrecional de los cuerpos directivos o por cualquier otro motivo, sean nombrados como miembros de una junta directiva u otro órgano colegiado pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública.

Finalmente, un tercer escenario estaría compuesto por un sujeto que sin ostentar ningún cargo público remunerado salarialmente, es miembro de más de una junta directiva u órgano colegiado pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública.

De conformidad con lo indicado líneas atrás, la norma alcanzaría todos los supuestos mencionados, siendo que en todos ellos estaría presente la doble remuneración. Por lo que, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 17 de reiterada cita, quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública, ya sea remunerado salarialmente, como en los dos primeros escenarios mencionados, o mediante el pago de dietas, como en el tercer caso indicado, no podrán devengar dieta alguna en razón de su participación en juntas directivas u otros órganos pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública.

Cabe aclarar, que en el tercer escenario existiría prohibición para recibir esa dieta adicional, en vista de que entendemos que el puesto que se desempeña en un órgano o junta directiva de órganos, entes y empresas de la Administración Pública, constituiría el cargo dentro de la función pública a que se refiere el párrafo final de dicha norma.

La anterior interpretación también la ha sostenido la Procuraduría General de la República en su dictamen C-360-2004 del 1 de diciembre de 2004, que en lo que interesa señala que:

'En vista de la amplitud y la contundencia del texto legal que estamos glosando, queda claro que los miembros de una junta directiva de una institución pública, que a su vez son miembros de juntas directivas de empresas que pertenecen a esa entidad, no pueden devengar dietas a causa de su participación en el órgano colegiado de las segundas, ya que, en este caso, estamos en presencia de una doble remuneración (primer supuesto de la norma) y ante una empresa que pertenece a la Administración Pública o, más técnicamente hablando, a un ente de la Administración Pública (segundo supuesto del precepto legal). Desde la óptica del legislador, en el caso de las empresas, basta con que a la empresa se le catalogue de pública para que se deba aplicar el párrafo final del artículo 17 de la Ley n.° 8422.'

Dejando de lado un importante número de pronunciamientos de la Contraloría General de la República y del Órgano Asesor que se emitieron con base en la normativa original, los cuales hoy han perdido eficacia a causa de la reforma que sufrió el numeral de comentario, los que más bien de reseñarse podrían inducir a error al lector, no limitaremos a mencionar únicamente aquellos que están vigentes.

En primer lugar, se ha dicho, tal y como lo señalamos al principio de este estudio, que la norma que estamos comentando no prohíbe el ejercicio del segundo o tercer cargo en forma *ad-honorem*¹. Lo que está prohibido es el ejercicio simultáneo, con las excepciones que hemos indicado atrás, cuando se tratan de cargos remunerados. En esta misma dirección, la Procuraduría General de la República ha indicado que cuando un funcionario se ha acogido al régimen de dedicación exclusiva², no puede percibir las dietas³, lo cual significa, en buen castellano, que debe ejercer el cargo en forma *ad-honorem*.

Ahora bien, es importante tener presente que lo que la norma prohíbe en su párrafo final, es el devengar dietas cuando además se ostenta otro cargo dentro de la función pública, lo cual nos lleva a concluir que el desempeñar más de un cargo como miembro de una junta directiva u otro órgano colegiado perteneciente a un órgano, ente y empresa de la Administración Pública, no está por sí mismo prohibido a los efectos de dicho precepto.

Lo anterior cobra mayor sentido, cuando pensamos en los supuestos de ministros u otros funcionarios, que en virtud de su cargo, y por razones de idoneidad, experiencia y manejo sobre temas concretos, se les nombra de pleno derecho como miembros de juntas directivas y otros órganos colegiados en los diversos órganos, entes o empresas de la Administración Pública. Supuestos en los cuales, dichos funcionarios no podrían percibir el pago de dietas, pues se entiende que el cumplimiento de esas funciones adicionales de desempeñarse como miembros de dichos órganos colegiados o juntas que se le encomiendan mediante normas jurídicas, forman parte de sus funciones, por las cuales ya se encuentran debidamente remunerados.

Igual sucede en el caso de que cualquier funcionario remunerado salarialmente que en virtud de cualquier otra circunstancia, como podría ser por designación discrecional o por elección popular como en el caso de los regidores y síndicos municipales, pase a formar parte de una de estas juntas directivas u órganos colegiados a los cuales tantas veces hemos hecho referencia. Es decir, mientras no se presente la situación de la doble remuneración, no existiría quebranto de la norma bajo análisis, pues como vimos ésta no persigue el doble desempeño en sí.

La misma solución daríamos al supuesto de un sujeto que es miembro de más de una junta directiva u órgano colegiado de la Administración Pública, a quien, como quedó manifestado, no le correspondería el pago de más de una dieta, pero ello no lo imposibilitaría para ejercer ambos cargos⁴.

1 Vid. dictamen C-165-05 de 6 de mayo del 2005 de la Procuraduría General de la República.

2 Al respecto, esta Procuraduría en opinión jurídica N° OJ-024-1999 del 23 de febrero de 1999, señaló lo siguiente:

“II.- SOBRE LA NATURALEZA CONVENCIONAL DE LA DEDICACION EXCLUSIVA:

La dedicación exclusiva, como su nombre lo indica, tiene por finalidad que los servidores de nivel profesional, se apliquen por completo a la función pública, lo que les permite recibir una compensación económica por el perjuicio patrimonial que la ausencia de práctica profesional privada les podría acarrear.

A diferencia de otros supuestos, donde el no ejercicio de la profesión resulta obligatorio para el servidor (como por ejemplo en el caso de la prohibición) la dedicación exclusiva surge de un convenio entre la Administración y el interesado, que le permite evaluar a ambos la conveniencia de sujetarse a ese régimen.

Al referirse a la naturaleza convencional de la dedicación exclusiva, este Despacho ha dicho:

‘De las normas comentadas y transcritas parcialmente surge la naturaleza u origen de la “dedicación exclusiva” como un convenio bilateral en la que una parte (el servidor público) se compromete a no ejercer en forma particular ninguna profesión, con las excepciones que el propio reglamento contiene y que no es del caso comentar; en tanto que el reparto administrativo se compromete a cambio de esa obligación que adquiere su funcionario público, a retribuirle en forma adicional con un porcentaje sobre el salario base.

Es, en consecuencia, la concurrencia de dos voluntades la que origina el pago adicional al salario por concepto de dedicación exclusiva, originando un acto que si bien 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’ (Pronunciamiento C- 193-86 de 21 de julio de 1986, reiterado por el C-188- 91 de 27 de noviembre de 1991 y en el OJ- 003-97 de 16 de enero de 1997).

En sentido similar al expuesto, la Sala Constitucional ha manifestado:

‘... mediante el régimen de dedicación exclusiva la Administración pretende por razones de interés público contar con un personal dedicado exclusiva y permanentemente a la función estatal que lo convierta en una fuerza de trabajo idónea y más eficiente, contrata con el funcionario de nivel profesional sus servicios exclusivos, a cambio de un plus salarial. Así, el sistema le permite al servidor calcular si el beneficio del ejercicio privado de su profesión es mayor o menor que la compensación salarial que el Estado le entrega a cambio de la prestación exclusiva de sus servicios. En consecuencia, el servidor evalúa la situación y decide voluntariamente concertar con la Administración (si a su vez ésta conviene en ello) el pago del plus salarial o continuar ejerciendo libremente su profesión. Este sistema no resulta irracional, y difiere del régimen de prohibición que por impedimento legal limita al funcionario para ejercer su profesión. En este último caso el servidor no se encuentra facultado para decidir acerca de la compensación económica, porque ésta integra el salario y es inherente a la relación de servicio. La razonabilidad del régimen de dedicación exclusiva, en la forma en que lo define la norma impugnada, resulta entonces de su naturaleza contractual o convencional, que confiere al funcionario la posibilidad de solicitarla o renunciarla según su conveniencia’ (Votos 2312-95 de 9 de mayo de 1995 y 4160-95 de 28 de julio de 1995).

De lo anterior se deduce entonces, que la aplicación del régimen de dedicación exclusiva en el sector público, requiere la confluencia de dos voluntades: la de la Administración, que en resguardo del interés público debe sopesar la necesidad y conveniencia de que un determinado funcionario preste sus servicios únicamente a la organización pública para la que labora; y la del servidor, que en atención a sus propios intereses, debe decidir si dicho régimen le conviene’.

3 Vid. dictamen C-418-06 de 19 de octubre del 2006 de la Procuraduría General de la República.

Por otra parte, también hemos asumido la postura de que los asesores externos de los Concejos, que a su vez brindan asesoría a la junta directiva de una Liga o Federación, sí pueden prestar ambos servicios y recibir la remuneración respectiva, siempre y cuando se trate de relaciones por servicios profesionales remuneradas mediante el pago de honorarios¹. Siguiendo esa misma lógica, estaría permitido que un funcionario público profesional, pueda brindar servicios profesionales a un ente u órgano de la Administración Pública, lógicamente distinto del que en él es empleado, si son remunerados mediante el pago de honorarios. En este supuesto, también está de por de más afirmar de que se trata de un funcionario al que no se le paga prohibición ni se ha acogido al régimen de dedicación exclusiva. Piénsense en el caso de un importante número de funcionarios profesionales de la Asamblea Legislativa que no se encuentran en esos supuestos.

La prohibición que está en el artículo 17 de la Ley n.º 8422 no se aplica a aquellos funcionarios que tenían con anterioridad a su entrada en vigencia una situación jurídica consolidada, en las que ocupaban dos cargos remunerados salarialmente². En este sentido, el transitorio V del reglamento de la Ley es claro y contundente al afirmar que esa prohibición no afecta la situación jurídica consolidada de aquellas personas que al momento de su entrada en vigencia, se encontraban desempeñando en propiedad o por un plazo indefinido dos cargos remunerados salarialmente. Ahora bien, si se trata de cargos interinos o con sujeción a un plazo determinado, una vez finalizado el interinazgo o vencido el plazo de nombramiento, la posibilidad de asumir un nuevo nombramiento resultaría afectada por la prohibición.

En otro orden de cosas, con base en las nuevas regulaciones que se introdujeron al numeral 17 por medio de la Ley n.º 8445, el funcionario puede percibir simultáneamente salarios y dietas cuando ocupa puestos directivos, siempre y cuando no haya superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones del respectivo órgano colegiado³. No obstante, ha sido tesis del Órgano Asesor de que no es posible que la Administración Pública conceda vacaciones a un funcionario público para que asista a sesiones del órgano colegiado⁴. También hemos sostenido que no resulta posible que un funcionario acuda a sesiones de junta directiva o de otros órganos colegiados dentro de su jornada laboral, alegando que cuenta con un “permiso sin goce de salario” concedido durante las horas en que se celebran tales sesiones (lo cual conllevaría una desnaturalización de esta clase de licencias), pues con ello se produce un fraude de ley –en los términos del artículo 5º de la Ley N° 8422– a la regla de que esa posibilidad está sujeta estrictamente a que no se produzca superposición horaria entre esa jornada y las sesiones de tales órganos⁵. Distinta es la situación cuando se le concede un permiso o licencia sin goce de salario, en este supuesto, sí puede ocupar otro puesto remunerado en la Administración

1 Vid. dictamen C-305-05 de 22 de mayo del 2005 de la Procuraduría General de la República.

2 El Tribunal Constitucional ha hecho una distinción entre derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas. Al respecto, en el voto No. 2765-97, expresó:

“Los conceptos de ‘derechos adquiridos’ y ‘situaciones jurídicas consolidadas’ aparecen estrechamente relacionadas en la doctrina constitucionalista. Es dable afirmar que, en términos generales, el primero denota a aquella circunstancia consumada en lo que una cosa –material o inmaterial, trátase de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente– ha ingresado (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la ‘situación jurídica consolidada’ representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando éstos no se hayan extinguido aún. Lo relevante es cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que –por virtud de mandato legal o una sentencia que así lo haya declarado– haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado). Desde esta óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo ‘si... entonces...M, vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la ‘situación jurídica consolidada’ implica que, necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado. En ambos casos (derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas), el ordenamiento protege –tomándola intangible– la situación de quien obtuvo el derecho o disfruta de la situación, por razones de equidad y certeza jurídica”.

Por su parte, el órgano asesor, en el dictamen C-058-88 de 24 de marzo de 1988, sobre el tema señaló lo siguiente:

“En efecto, la ‘teoría de la supervivencia del Derecho abolido’, que no es más que una de las manifestaciones del principio que prohíbe darle efecto retroactivo a las leyes, la cual reiteradamente ha acogido este despacho en algunos de sus dictámenes (véase al efecto oficio C-249-83 de 26 de julio de 1983), exige como premisa general el respeto que la nueva ley debe a aquellas situaciones que se hubieren consolidado al amparo de la anterior normativa o a los derechos que ya hubieren adquirido los administrados a su luz...”.

3 Vid. dictamen C-349-05 de 16 de octubre del 2005 de la Procuraduría General de la República.

4 Vid. dictamen C-271-06 de 05 de julio del 2006 de la Procuraduría General de la República.

5 Vid. dictamen C-396-05 de 15 de octubre del 2005 de la Procuraduría General de la República.

Pública y, por ende, no puede exigírsele que deba renunciar a su cargo en propiedad cuando se presenta esa situación.

Además, se ha indicado que un funcionario que realiza labores administrativas en un colegio parauniversitario (ente público) puede desempeñarse como docente de ese centro educativo hasta por medio tiempo, siempre y cuando no haya superposición horaria¹.

Por último, hemos expresado que la percepción simultánea de dietas y pensión con cargo a fondos públicos no es un supuesto fáctico regulado en las disposiciones de la Ley N° 8422. “Antes bien, las disposiciones legales que regulan esa materia se ubican en otros cuerpos legales relativos a los diferentes regímenes de pensiones existentes en nuestro medio, de ahí que una respuesta puntual y determinante dependerá de cada caso concreto, según el régimen al cual pertenezca el pensionado y que pueda tener determinada regla sobre el particular²”. Ergo, salvo norma especial en contrario, no hay impedimento de orden legal para que un pensionado pueda percibir el pago de dietas por parte de la Administración Pública, pues lo que se prohíbe es la percepción simultánea de una pensión o jubilación y el pago de un salario en el sector público³.

III.- Reflexión sobre el numeral 17 de la Ley n.º 8422.

Establecido lo anterior, debemos meditar de si estamos o no en presencia de una norma que responde a principios o razones de moralidad pública (principios de imparcialidad, independencia, legalidad, eficiencia e idoneidad)⁴ o, por el contrario, ante una norma que tiene

1 Vid. dictamen C-433-06 de 23 de octubre del 2006 de la Procuraduría General de la República.

2 Vid. dictamen C-129-06 de 28 de marzo del 2006 de la Procuraduría General de la República.

3 En el dictamen C-129-06 de 28 de marzo del 2006 indicamos lo siguiente: “Sin perjuicio de lo anterior, en un afán de brindar una orientación general en esa materia podemos señalar que tanto la Ley sobre el Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional (conocida como *Ley Marco de Pensiones*), como las leyes reguladoras de otros regímenes de importancia que están fuera del ámbito de cobertura de la referida Ley Marco, como por ejemplo la Ley de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, e incluso la norma de larga data contenida en la Ley General de Pensiones del año 1935, siguen una misma línea en el sentido de establecer, como regla de principio, una prohibición únicamente para la percepción simultánea de pensión o jubilación y el pago de un salario en el Sector Público”.

4 Según refiere la doctrina, desde el punto de vista institucional o de interés público, la regulación de los deberes de los servidores públicos pretende proteger determinados bienes jurídicos, que incluso encuentran acomodo entre los principios constitucionales, algunos enunciados expresamente por nuestra Carta Política, como el de legalidad y eficacia, otros reconocidos con aquél grado por la jurisprudencia constitucional, como el jerarquía u obediencia, imparcialidad u objetividad, respeto a los derechos de los administrados, etc. En fin, podríamos denominar a la suma de todos ellos: el régimen de los deberes funcionales.

En concreto, sobre los principios que regentan el ejercicio de la función pública y el régimen de incompatibilidad funcional del empleo público, resulta de enorme provecho transcribir, en lo que interesa, el pronunciamiento O.J.-109-2002 de 5 de agosto de 2002, en el que se indicó lo siguiente:

“Según lo ha reconocido la Sala Constitucional: “(...) el artículo 11 de la Constitución Política establece el principio de legalidad, así como también sienta las bases constitucionales del deber de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos, al señalar que éstos están sometidos a la Constitución y a las leyes, aquí nace el fundamento de las incompatibilidades, el funcionario público no puede estar en una situación donde haya colisión entre interés público e interés privado”. (resolución N° 3932-95 de las 15:33 hrs. del 8 de junio de 1995).

Como bien lo ha determinado en otras oportunidades este Órgano Asesor, de lo anterior se desprende “que el principio de imparcialidad, conjuntamente con el de independencia en la gestión pública, constituye el pilar en el que se asienta toda la legislación sobre incompatibilidades. En efecto, para obviar los conflictos de intereses y salvaguardar el interés público, el legislador ha elaborado un conjunto de reglas éticas que deben ser observadas por los funcionarios en el ejercicio de la función pública. Entre tales reglas están las referentes a la abstención y recusación (artículos 230 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública).” (dictámenes C-079-2000 de 24 de abril del 2000 y C-062-2002 de 26 de febrero del 2002; así como la O.J.- 105-2002 de 22 de julio del 2002; y en sentido similar, el dictamen C-127-2002 de 24 de mayo del 2002).

El anterior razonamiento lo comparte plenamente la Sala Constitucional; la que al respecto, ha reafirmado lo siguiente:

“(…) al funcionario público no se le permite desempeñar otra función o trabajo que pueda inducir en menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes del cargo, o de alguna forma comprometer su imparcialidad e independencia, con fundamento en los principios constitucionales de responsabilidad, (...) de legalidad y de la exigencia de eficiencia e idoneidad que se impone a la administración pública. En el fondo lo que existe es una exigencia moral de parte de la sociedad en relación (sic) a la prestación del servicio público. El régimen de incompatibilidades persigue evitar que corra peligro la función pública, con el consecuente perjuicio para la administración y los usuarios, que resultaría inaceptable. El sistema de garantías para el ejercicio de la función pública, tiene su soporte ético relacionado con el principio de igualdad de trato para todos los administrados.” (resolución N° 2883-96 de las 17:00 hrs. del 13 de junio de 1996).

como objetivo central razones de naturaleza fiscal u otras, sobre todo si se tiene en mente que, en la sociedad occidental (*open society*), un valor fundamental es la superación y el esfuerzo personal, por lo que se considera honroso, meritorio y digno de imitación que una persona tenga dos o más puestos de trabajo, si con ello se realiza como tal en el marco de la sociedad políticamente organizada.

Hasta donde tenemos conocimiento, salvo cuando se elaboran y ejecutan políticas públicas para mitigar el desempleo, la lógica de la sociedad es crear los espacios necesarios para que ese derecho a la búsqueda de la felicidad de que nos habla la Declaración de Virginia de 1776, sea una realidad sociológica y no solo normativa, como desgraciadamente ocurre con una cantidad importante de instituciones jurídicas y, por consiguiente, la posibilidad de que una persona desempeñe dos o más trabajos remunerados es una aspiración que se engarza en los postulados básicos de la sociedad.

Si esto es así, la interrogante que surge es la de porqué prohibir, en la Administración Pública, que una persona puede desempeñar dos o más cargos remunerados, disposición que, precisamente, atenta contra este valor fundamental de la superación y el esfuerzo personal. Entendemos que hay casos donde dicha prohibición se justifica. Cuando se trata de garantizar la independencia de un órgano fundamental del Estado, resulta lógico y conveniente que sus miembros tengan la prohibición de desempeñar cargos en otros órganos y entes de la Administración Pública e incluso de forma *ad-honorem*, tal y como lo prescribe el numeral 112 de la Constitución Política en relación con los diputados, o el 143 en relación con los ministros de Estado, o el 161 en relación con los magistrados. También puede ocurrir que el legislador establezca que el funcionario, dada la envergadura de las funciones que conlleva el puesto, se dedique a tiempo completo al cargo, tal y sucede con los presidentes ejecutivos de las instituciones autónomas. Así como estas podrían darse otras razones para justificar un instituto que, en gran medida, no compagina plenamente con un valor esencial de la sociedad occidental.

En contra de lo que venimos afirmando, alguien podría decir que el hecho de que un funcionario público ejerza dos o más cargos en la Administración Pública afectaría seriamente los intereses públicos dado que su rendimiento no sería igual a aquel que se da cuando ejerce solo uno ellos. Este argumento no tiene ninguna base científica, pues hoy en día es plenamente comprobable que un individuo puede ser eficaz y eficiente en el desempeño de dos o más cargo, tal y como ocurre en el sector privado. Además, la Administración Pública como tal, y con excepción de que solo puede perseguir fines públicos, no tiene ninguna connotación especial o un grado de dificultad que permita afirmar que en el sector privado sí es posible ejercer dos o más cargos, mientras que en aquella solo uno. Todo lo contrario, más bien se ha

Por todo ello, con justa razón la propia Sala Constitucional ha sostenido que:

“En un Estado democrático como el nuestro, es necesario someter a la función pública a una serie de normas que garanticen un comportamiento objetivo a través del cual se evite, en la medida de lo posible, la manipulación del aparato del Estado para satisfacer los intereses particulares de algunos funcionarios. Existen una serie de principios generales y preceptos fundamentales en torno a la organización de la función pública que conciben a la Administración como un instrumento puesto al servicio objetivo de los intereses generales: a) que la Administración debe actuar de acuerdo a una serie de principios organizativos (eficacia, jerarquía, concentración, desconcentración); b) que sus órganos deben ser creados, regidos y coordinados por la ley, y c) que la ley debe regular el sistema de acceso a la función pública, el sistema de incompatibilidades y las garantías para asegurar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (...) No basta que la actividad administrativa sea eficaz e idónea para dar cumplida respuesta al interés público, así como tampoco que sean observadas las reglas de rapidez, sencillez, economicidad y rendimiento, sino que también es necesaria la aplicación de instrumentos de organización y control aptos para garantizar la composición y la óptima satisfacción global de los múltiples intereses expresados en el seno de una sociedad pluralista, de modo tal que los ciudadanos que se encuentren en igual situación deben percibir las mismas prestaciones y en igual medida. Es así como el principio de imparcialidad se constituye en un límite y –al mismo tiempo– en una garantía del funcionamiento o eficacia de la actuación administrativa, que se traduce en el obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto a las interferencias de grupos de presión, fuerzas políticas o personas o grupos privados influyentes para el funcionario (...)” (resolución N° 00-11524 de 21 de diciembre del 2000).

Es indiscutible entonces, que resulta necesario resguardar, a través del régimen de prohibiciones, impedimentos e incompatibilidades, la imparcialidad y objetividad de los órganos administrativos, para un adecuado ejercicio de la función administrativa (...).”

generalizado la idea –en muchos casos con justa razón- de que el trabajo en el sector público, en términos generales, resulta más llevadero que el que se desempeña en el sector privado, incluso, a quienes ven que los niveles de exigencia y de responsabilidad son más tenues y menores que en este último.

Por otra parte, se nos diría, con alguno grado de razón, que eventualmente los intereses públicos se podrían ver afectados si se permitiera el ejercicio simultáneo de ambos cargos en la Administración Pública. Este argumento es más aparente que real, en primer lugar, porque, en todos los casos, el funcionario público no tiene otro camino que el de transitar por aquel que mejor garantice esos intereses y, en los casos en los cuales donde podría existir colisión, para eso están las incompatibilidades que se establecen en las constituciones y en las leyes. El punto, entonces es: cómo justificar la prohibición donde no hay conflicto de intereses, sobre todo cuando se trata de funcionarios que ocupan los mandos medios y bajos, v. gr.: una secretaria que trabaja en un órgano de Poder Ejecutivo y que pretende obtener una plaza de un cuarto de tiempo en un juzgado vespertino del Poder Judicial. Así como este podríamos dar infinidad de ejemplos donde, desde ninguna perspectiva, se afectarían los intereses públicos o la eficiencia y eficacia de la función o el servicio administrativo.

Alguien podría decirnos que la finalidad de la norma es garantizar un descanso adecuado del funcionario para potenciar su rendimiento en el desempeño de cargo. Este argumento también resulta falaz, pues, como se indicó atrás, hay personas que tienen la capacidad, la salud, la entereza de desempeñar en forma eficiente y eficaz dos o más cargos. Además, si esa fuera la razón, cómo justificar la cantidad de excepciones que establece el numeral 17 de la Ley n.º 8422. Cómo justificar los casos en los cuales se ejerce un cargo remunerado y uno *ad-honorem*, etc.

También se nos podría reprochar que estamos dejando de lado lo que dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que su numeral 23, inciso c) regula el derecho de toda persona de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, derecho que ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Sala Constitucional¹. Desde esta perspectiva, si a una persona se le permite ocupar dos o más puesto remunerados en la Administración Pública, se nos dirá con algún grado de razón, que se estaría impidiendo que otras personas puedan ejercer válidamente este derecho fundamental. La respuesta a esta postura sería que lo que garantiza ese derecho fundamental es el libre acceso a los cargos públicos en condiciones generales de igualdad, y si este requisito se cumple en los respectivos concursos, su contenido esencial se preserva; así, pues, no vemos cómo podría quebrantarse ese derecho fundamental por el hecho de que una persona ocupe dos o más cargos remunerados en la Administración Pública.

1 El Tribunal Constitucional ha reconocido que los habitantes de la República gozan de un derecho fundamental: el libre acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad. Al respecto, en el voto n.º 3529-96, señaló lo siguiente:

“III. Hay que encarar ahora el tema del derecho de acceso a los cargos públicos. A diferencia de lo que sucede en otras latitudes, la Constitución no contiene ningún artículo donde se reconozca de modo expreso la existencia de un derecho fundamental a acceder a las funciones y cargos públicos. Aun en los casos en que ese derecho se reconoce explícitamente, puede concebirse -en tanto derecho fundamental, posible de protección, pues, mediante el recurso de amparo- limitado al acceso a cargos de elección popular (Téngase en cuenta, sin embargo, lo que dispone el art. 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos). No obstante, constantes resoluciones de esta Sala han declarado, expresamente o implícitamente, la existencia de ese derecho como derecho fundamental, entendiendo que es un corolario imprescindible e ineludible del principio de igualdad, que impregna diversas disposiciones constitucionales y es el sustrato de diversos derechos de aquella naturaleza, del derecho al trabajo, y, en esencia, del carácter democrático de la comunidad nacional. En consecuencia, apenas es necesario insistir en el reconocimiento del derecho de todos a acceder a los cargos públicos -y no solamente a los de elección popular- en condiciones de igualdad, descontado desde luego el régimen de requisitos aplicable en cada caso. A partir de este reconocimiento, también ha declarado este tribunal que el derecho es comprensivo no solo del ingreso al cargo, sino de la permanencia en él -noción que adhiere a la llamada “estabilidad laboral”, de manera que el funcionario o servidor público puede ser removido del cargo al que accedió a condición de que, por regla general, existan causas legalmente previstas para ese efecto, y atendiendo a procedimientos respetuosos de sus derechos de audiencia y defensa-, y, en fin, del derecho al ejercicio mismo del cargo con su bagaje de facultades, deberes y responsabilidades, valga decir, el derecho a desempeñar el cargo de acuerdo con lo que está legalmente establecido. La Sala no tiene razones para variar de criterio sobre ninguno de los extremos enunciados hasta aquí: por el contrario, entiende que el derecho de acceso a los cargos públicos, cuyo fundamento constitucional ha quedado explicado, y cuya cobertura excede el mero hecho del ingreso al cargo, que de ese modo comprende también la estabilidad y el desempeño mismo del cargo, es un derecho fundamental, y que el recurso de amparo es idóneo para garantizar ese derecho”.

Vistas así las cosas, no hemos encontrado una razón válida, desde la óptica de los principios y valores que regentan la moralidad en la función pública, para justificar la norma que hemos comentado; más bien responde a una razón de tipo fiscal, la cual tampoco tiene mucha justificación, pues, a fin de cuentas, el Estado siempre tendrá la misma erogación, ya que esta siempre se dará con independencia de quien esté desempeñando el cargo. Ahora bien, lo anterior no significa, de ninguna manera, que estemos desconociendo que podrían existir razones válidas para establecer una prohibición como la que comentaremos, v. gr.: el diseño de una política para bajar las altas tasas de desempleo o para enganchar en el sector público un segmento de la población: mujeres, jóvenes, personas de la tercera edad, discapacitados, etc. Empero, en el caso que nos ocupa, por más que la hemos buscado no las encontramos.

CONCLUSIONES

- 1.- Hay una contradicción entre el epígrafe del artículo y su contenido, pues, como se puntualizó en este estudio lo que se prohíbe no es el ejercicio simultáneo de dos o más cargos, sino el ejercicio remunerado de ambos o más.
- 2.- Hay una duda razonable, en el sentido de si el numeral 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública quedó derogado tácitamente con la entrada en vigencia de la ley n.º 8422.
- 3.- Después de las modificaciones que se le introdujeron al numeral 17 de la Ley n.º 8422 mediante la Ley n.º 8445, la rigurosidad de la norma se atemperó y racionalizó significativamente, por lo que se corrigieron una serie de situaciones no solo injustas, sino también perjudiciales a los intereses públicos.
- 4.- No hemos encontrado una razón válida, desde la óptica de los principios y valores que regentan la moralidad en la función pública, para justificar la norma que hemos analizado.

EL REGIMEN DE RECEPCION DE OBSEQUIOS DIPLOMÁTICOS ESTABLECIDO EN EL NUMERAL 20 DE LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO.

Lic. Jorge Oviedo Alvarez¹

I. INTRODUCCIÓN

La Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito (LCEI) regula la recepción de obsequios diplomáticos por parte de los funcionarios públicos. Al respecto, el numeral 20 de la Ley en comentario dispone:

Artículo 20.—Régimen de donaciones y obsequios. Los obsequios recibidos por un funcionario público como gesto de cortesía o costumbre diplomática, serán considerados bienes propiedad de la Nación, cuando su valor sea superior a un salario base, según la definición del artículo 2° de la Ley N° 7337, de acuerdo con la valoración prudencial que de ellos realice la Dirección General de Tributación, si se estima necesaria. El destino, registro y uso de estos bienes serán los que determine el Reglamento de esta Ley; al efecto podrá establecerse que estos bienes o el producto de su venta, sean trasladados a organizaciones de beneficencia pública, de salud o de educación, o al patrimonio histórico-cultural, según corresponda. De la aplicación de esta norma se exceptúan las condecoraciones y los premios de carácter honorífico, cultural, académico o científico.

Es claro que esta norma establece nuevos deberes funcionales que tienen por objetivo garantizar la transparencia y la probidad en el ejercicio de los cargos públicos. Sin entrar todavía a analizar el régimen impuesto por el numeral 20, resulta claro que esta disposición aspira a regular una práctica reconocida en el ámbito diplomático – la recepción de obsequios -, pero que eventualmente podría constituir un factor de “empañamiento” de la gestión pública.

Es importante destacar que la norma ha pretendido llenar un vacío regulatorio en relación con una práctica usual en la actividad diplomática.

Efectivamente, es importante destacar que el artículo 20 que nos ocupa regula un supuesto muy específico: los obsequios recibidos por costumbre diplomática. Esto es vital tenerlo en consideración, pues desde lejana data nuestro Ordenamiento Jurídico ha prohibido a los funcionarios públicos recibir obsequios o dádivas por el ejercicio de sus funciones.

Verbigracia, el numeral 39, inciso c) del Estatuto de Servicio Civil prohíbe a los servidores estatutarios recibir cualquier tipo de obsequio como retribución por actos inherentes a su cargo. En similar sentido, disponen el artículo 49 del Estatuto de Servicio Judicial, el numeral 22 de la Ley de Personal de la Asamblea Legislativa y 148 del Código Municipal.

Obsérvese empero que en el supuesto del numeral 20 LCEI, los obsequios no son percibidos como retribución por actos propios del cargo. Por el contrario, se trata de obsequios que son entregados en función de la dignidad del mismo, así como por imposición de las costumbres diplomáticas.

II. EXISTE LA TENDENCIA EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS AMERICANOS A REGULAR LA RECEPCION DE OBSEQUIOS DIPLOMATICOS.

Este tema ha sido regulado en distintos ordenamientos. Así por ejemplo, en Nicaragua, la Ley de Probidad de los Servidores Públicos, Ley No. 438 de 2002, amén de la prohibición general para todo servidor público de recibir obsequios vinculados al cumplimiento de sus funciones (Artículo 8.h), establece que los regalos oficiales o protocolarios provenientes de otros estados o de organismos internacionales serán de patrimonio del Estado. El funcionario receptor del obsequio deberá informarlo a la Dirección General de Bienes del Estado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como a la Contraloría General. (Artículo 9.a).

Asimismo, en la República de Panamá, el Decreto Ejecutivo N° 246 del 15 de diciembre de 2004, Código de Ética para todos los funcionarios públicos del gobierno central, dispone que se exceptúan de la prohibición general de recibir obsequios relacionados con sus funciones, aquellos reconocimientos protocolarios percibidos de otros Estados, entidades sin fines de lucro u organismos internacionales. Esto en las condiciones en que la Ley y la costumbre oficial lo admitan. (Artículo 37.a)

De forma análoga, en la República Argentina, la Ley N° 25.188 de Ética Pública, establece una prohibición general que impide a los funcionarios públicos recibir regalos relacionados con el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, contempla una excepción para aquellos obsequios recibidos por costumbre o cortesía diplomática. Esta norma exige el registro de estos obsequios como patrimonio del Estado, y remite al reglamento la definición del destino de estos bienes, los cuales deben ser utilizados en actividades relacionadas con la salud, la educación, la acción social o ser afectados al patrimonio histórico cultural. (Artículo 18)

Luego en los Estados Unidos Mejicanos, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, dispone una prohibición general relacionada con la recepción de obsequios, sin embargo establece que en caso de recibirlos, dichos obsequios, donaciones o beneficios deben ser entregados al patrimonio del Estado. (Art 88)

En Chile, el Estatuto Administrativo y la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, prohíben a los funcionarios recibir obsequios por el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, admiten dos excepciones: los donativos oficiales o protocolarios, y aquellos que autorizan las buenas prácticas de cortesía. (Arts. 84 y 62 respectivamente)

Resulta también interesante que en el Código Iberoamericano de Buen Gobierno – documento firmado por distintos estados incluyendo Costa Rica -, se establece como principio de buen gobierno, la obligación ética de los funcionarios públicos de rechazar cualquier regalo más allá de los permitidos por los usos de cortesía. (Art. III.20)

Finalmente, conviene citar el artículo 1.6 del Estatuto de Personal de las Naciones Unidas, que permite a sus funcionarios recibir cortesías que formen parte de las costumbres sociales normales.

III. ALCANCES DEL ARTÍCULO 20 LCEI

Así las cosas, el numeral 20 LCEI se enmarca dentro de esta tendencia presente en América de regular la recepción de obsequios – por parte de funcionarios públicos - percibidos en ocasión de un acto protocolario. Esto como una excepción a la prohibición general de recibir ningún tipo de dádiva en ejercicio del cargo.

La excepción – en todos los casos – se justifica por la costumbre diplomática y la naturaleza protocolaria del obsequio. Sin embargo, también resulta claro que dichos obsequios deben enmarcarse dentro de lo que los usos sociales permiten – que incluirían la percepción ciudadana con respecto a lo que es ético de parte de un funcionario público –.

A diferencia de lo que sucede con las regulaciones panameñas o nicaragüenses, la norma costarricense no establece expresamente que el obsequio deba provenir de un Estado o de un organismo internacional. Sin embargo, el ordinal 20 en examen sí establece con claridad que los obsequios permitidos son aquellos recibidos en ocasión de un gesto de cortesía o costumbre diplomática. Es decir el criterio a seguir por el legislador costarricense es objetivo, y no guarda necesaria relación con el sujeto que entregó el obsequio.

Se trata, entonces, de aquellos regalos que son recibidos por un funcionario público dentro del marco que impone el protocolo diplomático. Esto exceptúa cualquier otro tipo de regalos o dádivas entregados fuera de este contexto.

Tal y como fue analizado por la Procuraduría General de la República en su Opinión Jurídica OJ-22-2005 del 9 de febrero, del estudio del expediente legislativo resulta claro que la intención del legislador se circunscribió a regular lo concerniente a los obsequios diplomáticos. Por supuesto, la recepción de obsequios o dádivas como retribución por el cumplimiento o incumplimiento de determinadas funciones, debe entenderse prohibido. Esto conforme los numerales 340 y 341 del Código Penal que penalizan el cohecho propio e impropio.

Además, la prohibición general de recibir obsequios por el cumplimiento de sus funciones, también se encuentra ratificada por el numeral 40 del Decreto N°32333 del 30 de abril de 2005 (Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito RLCEI)

Efectivamente, es necesario destacar que en el caso del numeral 20 LCEI, se parte del supuesto de que los obsequios diplomáticos resultan inocuos, en el tanto no comprometen el ejercicio de las funciones públicas por parte del funcionario receptor. Al respecto, en la Opinión Jurídica OJ-22-2005 se ha dicho:

“En todo caso, siendo el epígrafe únicamente una guía sobre el contenido del artículo y no parte -en sentido estricto- de la norma, consideramos que los supuestos de aplicación del artículo 20 se derivan de su contenido, por lo que no debe en principio, afectar la falta de correspondencia apuntada.

Así las cosas se procede a analizar el texto del artículo, para lo cual estimamos indispensable empezar por delimitar el significado de la palabra “obsequio” y para ello, acudimos en primera instancia a lo dispuesto en el diccionario de la Real Academia Española, el cual establece que dicho vocablo se deriva del verbo “obsequiar” y que éste último, consiste en “agasajar a alguien con atenciones, servicios o regalos”.

Conforme a lo anterior y entendiendo que se trata de agasajar al funcionario público en particular, mediante la entrega de un obsequio para su provecho y no para efectos del ejercicio normal de la función pública², tendríamos que suponer que en principio, no conlleva una contraprestación de parte del servidor, es decir, no es un pago por hacer, no hacer o retardar un acto propio de las funciones o por hacer uno contrario a los deberes del funcionario³. Asimismo, tampoco constituiría una recompensa por un acto cumplido u omitido⁴, es decir, un premio por un beneficio o favor recibido por quien obsequia.

A manera de primera conclusión, podemos afirmar que dentro del contexto en que se encuentra el artículo 20, se debe entender que obsequio sería cualquier bien material entregado a un funcionario público, con el fin de agasajarlo y que no constituye, un pago ni una recompensa.”

De esta suerte, si bien resulta indudable que los obsequios diplomáticos son entregados en honor al cargo que ostenta el funcionario, éstos no constituyen una recompensa o pago relacionado con el cumplimiento de sus deberes públicos. De esta sazón, no existe lesión alguna al deber de probidad que todo funcionario debe acatar en ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, los funcionarios públicos – la norma no se circunscribe a los altos funcionarios del Estado – pueden recibir los obsequios que se les entreguen como parte de una imposición derivada de una costumbre, o gesto de cortesía diplomático. Empero, el propio numeral 20 LCEI prescribe que cuando el valor de estos obsequios supere un salario base – El salario de un oficinista 1 en el Presupuesto Ordinario según Ley N° 7337 -, estos obsequios integrarán el patrimonio de la Nación.

Es evidente que en el sistema elegido por el Legislador costarricense, a diferencia de lo contemplado por el Ordenamiento Nicaragüense o Argentino, no todo obsequio diplomático pasa a formar parte, ipso iure, del Patrimonio de la Nación. El artículo 20 establece un criterio objetivo, a saber, el valor del bien.

Esto, por supuesto, implica que aquellos bienes cuyo valor sea inferior a un salario base pueden permanecer dentro del patrimonio del funcionario público. Lo anterior nos lleva al siguiente tema: las obligaciones que el Ordenamiento exige al funcionario en orden a informar sobre la recepción de un determinado obsequio diplomático y, claro está, la obligación de entregar el mismo.

IV. EN ORDEN A LA OBLIGACION DE INFORMAR SOBRE LA RECEPCION DE UN OBSEQUIO DIPLOMATICO Y EL DEBER DE ENTREGARLO.

A pesar de que la norma en examen, en principio, establece un criterio objetivo para determinar qué obsequios diplomáticos deben formar parte del patrimonio nacional – el valor del bien -, lo cierto es que ésto plantea algún grado de dificultad por cuanto la estimación pecuniaria de un determinado bien no es algo que en todos los casos se pueda determinar prima facie.

En razón de esta contrariedad, se ha determinado que – si se estima necesario – se pueda contar con la valoración prudencial de la Dirección General de Tributación Directa (DGTD). De tal suerte que en caso de que exista duda sobre el valor de un determinado bien – elemento fundamental para determinar si debe ingresar al patrimonio nacional –, la Ley atribuye a la DGTD la competencia para establecer su valor.

Ahora bien, es importante destacar que en caso de que un funcionario reciba un obsequio diplomático, el Reglamento (RLCEI) en su ordinal 43 le obliga a informar sobre el suceso. Esta obligación rige para todos los casos, independientemente del valor del bien.

La comunicación respectiva debe darse dentro del plazo de cinco días a partir de la recepción del bien. En caso de que el hecho hubiese sucedido durante un evento en el extranjero, el plazo corre a partir del regreso del funcionario al país. Excepción que no aplica para los funcionarios destacados en el extranjero, para los cuales el plazo corre también a partir de la recepción del obsequio.

Como regla general, el funcionario interesado debe informar al jerarca y a la auditoría interna. En la especie de que se trate del propio jerarca, éste debe informarlo a la auditoría interna.

Este deber de informar sobre la recepción del bien tiene importancia fundamental. Es claro que en tesis de principio, la valoración del obsequio corresponde realizarla al funcionario, lo cual resulta razonable en tratándose de bienes cuyo valor es un hecho conocido y notorio. Pero en caso de que la auditoría o el jerarca lo estimen necesario, o disientan del criterio del funcionario, éstos podrán consultar el criterio técnico de la DGTD. (Art. 44 RLCEI)

En todo caso, es vital subrayar que la valoración que haga el funcionario, es bajo su responsabilidad pues el numeral 54 de la LCEI sanciona penalmente a aquel funcionario que se apropie o retenga obsequios diplomáticos que deba entregar al Estado.

Ahora bien, una vez determinado que el valor del bien excede el salario base previsto en la Ley, la entidad u órgano público debe entregar el obsequio a la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa. (Art. 45 RLCEI)

Adviértase que conforme nuestro Ordenamiento, el funcionario tiene el deber de informar sobre la recepción del bien. Pero la obligación de remitir el bien, una vez tasado, corresponde al ente u órgano en que presta servicios el funcionario.

Para concluir este apartado, es forzoso señalar que la Ley exime de la aplicación del artículo 20 LCEI, a las condecoraciones y premios de carácter honorífico, cultural, académico o científico. No obstante el numeral 43 RLCEI obliga a los funcionarios que reciban estas condecoraciones a informarlo. Por supuesto, esto no implica que eventualmente estos bienes pasen a formar parte del patrimonio de la Nación, pues la Ley – como se ha dicho – expresamente los ha exceptuado.

V UN BREVE COMENTARIO SOBRE EL REGISTRO DE LOS OBSEQUIOS DIPLOMATICOS QUE INTEGREN EL PATRIMONIO DE LA NACION.

No obstante que el numeral 20 LCEI establece que los obsequios diplomáticos que superen un salario base deben formar parte del patrimonio de la Nación, la Ley remite al reglamento para lo atinente a su destino, registro y uso posterior. Empero, la propia norma legal, en forma análoga a la disposición argentina, establece que estos bienes – o el producto de su venta – podrán ser trasladados a organizaciones de beneficencia pública, salud, educación o al patrimonio histórico cultural.

El primer problema relativo a la aplicación de esta disposición corresponde a la forma en que se determinará el valor histórico cultural de dichos bienes. El Reglamento a la LCEI en su numeral 47 establece que una vez inscrito el bien en el registro que al efecto debe llevar la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa (DGABCA), ésta podrá – si así se considera necesario – consultar el criterio técnico del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes. En caso de que el bien entregado tenga relevancia histórico - cultural, debe remitirse a la institución competente para su conservación y custodia.

Una vez resuelto que el bien no tiene relevancia histórica, resta un problema por resolver: la forma en que procederá la Administración de Bienes para darle un destino. Al efecto el reglamento establece tres reglas importantes.

Primero, la distribución de los bienes debe realizarse en forma equitativa entre las organizaciones de beneficencia pública o salud sin fines de lucro, debidamente inscritas en las instancias correspondientes, y entre las instituciones educativas del Estado. (Artículo 48 RLCEI)

Luego, una vez que la Administración de Bienes ha determinado el destinatario de un determinado bien, ésta lo podrá donar – previo avalúo de la DGTD si no lo hubiere ya – para que el beneficiario lo permute o venta según estime necesario. (Arts. 49 y 50 RLCEI)

En la distribución de estos bienes debe dársele prioridad a las instituciones de zonas marginales o rurales, o áreas afectadas por desastres naturales y cuyos efectos no se superen a la fecha. Ningún beneficiario podrá recibir más de una donación al año, salvo las instituciones educativas del Estado. (Art. 51 RLCEI)

VI CONCLUSIONES.

A modo de conclusión, conviene afirmar que efectivamente el numeral 20 LCEI ha venido a llenar un vacío regulatorio en orden a la costumbre diplomática de entregar obsequios en actos protocolarios. En tesis de principio, podemos decir que la Ley considera inocua la entrega de estos obsequios, pues no constituye en modo alguno una recompensa por el cumplimiento o incumplimiento de funciones públicas. Empero, la Ley ha dispuesto que, en función de garantizar la transparencia en el ejercicio de los cargos públicos, todo funcionario está obligado a informar sobre el suceso. Este deber público es la garantía de probidad en la materia. En todo caso, y ante la posibilidad de que los bienes entregados tengan un valor excesivo – superior a un salario base -, la Ley dispone que deben ser integrados al Patrimonio de la Nación. Esto también en garantía del buen gobierno.

LA DECLARACIÓN JURADA DE BIENES EN LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA N° 8422¹

Sumario: I) Introducción. II) Antecedentes. III) La declaración jurada sobre la situación patrimonial. IV) Estadísticas y detalles del período de presentación de las declaraciones juradas de bienes en la Contraloría General de la República. V) Reflexión final.

I. Introducción

La historia de las civilizaciones nos muestra que la corrupción es tan antigua, como el ser humano mismo, y que en todo el devenir histórico nos vamos a encontrar casos de conductas inmorales tanto en los gobiernos de los pueblos, como en las actividades empresariales, por ser un resultado de la condición gregaria del ser humano y de las relaciones sociales. Y mientras esto sea así, hay que aprender a vivir entre actuaciones incorrectas de los individuos y grupos sociales, y tener la claridad suficiente para establecer mecanismos de control que la disminuyan o la eviten. Y es por ello que surge en nuestro país la obligación de rendir la declaración jurada de bienes, como un mecanismo de control, aunque no el único, en la lucha contra la corrupción.

II. Antecedentes

El deber de los funcionarios públicos de dar cuenta de los bienes no es reciente. Desde la Constitución Política de 1949 aparece una norma relacionada con las declaraciones de bienes de los funcionarios públicos. En el artículo 193 se dispone que el Presidente de la República, los Ministros de Gobierno y los funcionarios que manejen fondos públicos están obligados a declarar sus bienes.

Posteriormente, el 14 de junio de 1950 se promulga la Ley N° 1166, “Ley de Declaración Jurada Funcionarios Públicos”. Este deber se extendía a los funcionarios citados por la norma constitucional junto a los Viceministros o Subsecretarios de Estado, el Contralor y Subcontralor Generales de la República, los Gerentes y Subgerentes de los Bancos del Estado y de las instituciones autónomas, el Tesorero Nacional, el Director General de la Tributación Directa, el Jefe de la Proveeduría Nacional, el Jefe de la Oficina de Presupuesto, el Contador Mayor de la República, el Inspector General de Hacienda, el Jefe de la Pagaduría Nacional, los Administradores de Aduana. La declaración se rendía ante Notario Público dentro de los quince días siguientes a la aceptación del cargo, con indicación clara, precisa y detallada de todos los bienes y derechos que constituían el capital del declarante. Una certificación de la escritura era enviada a la Contraloría General de la República, que se encargaba de llevar un registro de todas las declaraciones que recibía.

Para 1983, el régimen de la declaración jurada de bienes es modificado por la “Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos”, N° 6872 del 17 de junio de 1983. A diferencia del esquema anterior en que se exigía una declaración al inicio y otra al término del ejercicio del cargo, en esta normativa se estableció una declaración anual en la que se reflejarían periódicamente los cambios en el patrimonio. La lista de funcionarios públicos obligados a declarar sus bienes se determinaba por vía de reglamento², el cual establecía

1 Fabiola Andrea Rodríguez Marín, abogada del Área de Denuncias y Declaraciones Juradas de la Contraloría General de la República.

2 El reglamento a esta Ley, emitido por la Contraloría General de la República, el 8 de octubre de 1983, fue anulado por la Sala Constitucional mediante Resolución N° 2934-93 de las 15:27 horas del 22 de junio de 1993. El reglamento que luego entró en vigencia fue el contenido en el Decreto Ejecutivo N° 24885 de 4 de diciembre de 1995, publicado en la La Gaceta N° 23 del 1° de febrero de 1996.

además, el contenido de la declaración¹. Esta Ley se constituyó en un importante instrumento para fortalecer los valores de probidad y honradez en la función pública.

El 17 de abril de 1997 por Ley N° 7670, es ratificada la suscripción de la “Convención Interamericana contra la Corrupción” (en adelante CICC), la cual tiene como finalidad promover y fortalecer el desarrollo por los Estados Parte de los mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, adopta el 31 de octubre de 2003, la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (CNUCC), la cual en Costa Rica recibió la aprobación legislativa el 29 de noviembre de 2006, por la Ley N° 8557, pero la misma fue ratificada hasta el 9 de enero de 2007, mediante el Decreto Ejecutivo N° 33540 e igualmente tiene como finalidad promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos así como promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Haciendo eco de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se promulgó el 29 de octubre de 2004 la “Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública”, N° 8422 (LCCEIFP), con la cual nuestro país buscó satisfacer el compromiso de establecer legislativamente, las normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas y especialmente tomó impulso en el momento en que se investigaban dos casos muy conocidos de corrupción dados a conocer por medio de la prensa, que implicaban a altas personalidades públicas y privadas de este país.

III. La declaración jurada sobre la situación patrimonial

El Artículo III.4 de la Convención Interamericana contra la Corrupción² exige a los Estados Parte mantener y fortalecer: “Sistemas para la declaración de ingresos, activos y pasivos, por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda”.

El contenido de las declaraciones es confidencial salvo para el propio declarante y sin perjuicio del acceso a ellas que requieran las comisiones especiales de investigación de la Asamblea Legislativa, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público o los Tribunales de la República, para investigar y determinar la comisión de posibles infracciones y delitos previstos en la Ley que, como se advirtió, es un espectro más amplio de fines para obtener el acceso.

Tipos de declaraciones:

En Costa Rica, la LCCEIFP en su artículo 22³, establece varios tipos de declaración jurada sobre la situación patrimonial del funcionario público:

- a) Declaración inicial⁴: la cual deberá presentarse dentro de los 30 días hábiles siguientes

1 Hidalgo C, Ronald. Ética, Estado y Derecho. Comentarios a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. En: Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, primera edición, Editorial IJSA, San José, Costa Rica, 2005, página 45.

2 Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html>

3 Artículo 22 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública (Ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004).

4 Es la declaración que realiza el funcionario público, respecto al total de ingresos que percibió regularmente por todo concepto, así como, sobre las rentas y bienes que posee, obtenidos tanto en el país como en el extranjero, hasta un año antes de asumir el cargo,

a la fecha de nombramiento o la de la declaración oficial de la elección por parte del Tribunal Supremo de Elecciones, cuando se trate de cargos de elección popular¹. En esta declaración el funcionario comprenderá los cambios patrimoniales ocurridos hasta un año antes de asumir el cargo, que correspondan a bienes inmuebles y a muebles inscribibles ante el Registro Nacional, en cuyo caso deberá indicar los que han dejado de pertenecerle, el nombre del adquirente, el título por el cual los traspasó y la cuantía de la operación, así como las obligaciones adquiridas y extinguidas por el pago, o por cualquier otro motivo, el cual también deberá identificarse².

- b) Declaración anual³: para efectos de actualización, cada año deberá presentarse, dentro de los primeros 15 días hábiles de mayo, una declaración en la cual se hagan constar los bienes adquiridos durante ese período, las mejoras de los ya declarados y las variaciones que hubiere experimentado en su patrimonio, consignando el origen de los recursos y su monto, todo en relación con la situación patrimonial declarada con anterioridad.
- c) Declaración final⁴: dentro del plazo de los 30 días hábiles inmediatos al cese de funciones, los funcionarios públicos obligados deberán presentar una declaración jurada final, en la cual se reflejen los cambios y las variaciones que hubiere experimentado su patrimonio desde la última declaración rendida y el origen de esas variaciones.

La finalidad fundamental de estas declaraciones es la de sacar a la luz, posibles conflictos de interés y disminuir las oportunidades de corrupción⁵, y aunque en el seno de la misma discusión de la CICC había clara conciencia de la importancia de estas revelaciones por parte de los funcionarios públicos, las preocupaciones se centraron en la importancia y eficacia práctica de la medida, la invasión a la privacidad personal de los funcionarios y la categoría de funcionarios obligados a rendir esta declaración⁶.

Identificación de declarantes:

El artículo 21 de la LCCEIFP, establece en su párrafo primero, la obligación de declarar su situación patrimonial a diferentes funcionarios públicos en razón del cargo que desempeñan, incluyéndose en este primer segmento a funcionarios de alto nivel de la Administración Pública, como el Presidente de la República, Vicepresidentes de la República, Ministros, Viceministros, Magistrados, Contralor General y Subcontralor General, Defensor de los Habitantes, Procurador General y Procurador General Adjunto, Superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, etc. Esta definición, por señalar como origen de la obligación el desempeño de “puestos” individuales, no dejó lugar a dudas ni a interpretaciones sobre la identificación de cada uno de los funcionarios que deben rendir su declaración jurada de bienes ante la Contraloría General.

debidamente especificados y valorados en colones. Se trata de una información de orden patrimonial y financiera. Reglamento de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. (Decreto Ejecutivo N° 32333-MP-J del 12 de abril de 2005). El artículo 1 define el concepto: *Declaración*: Declaración jurada sobre la situación patrimonial del declarante. Además de lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento de la Ley, el funcionario público deberá incluir la información en forma clara, precisa y detallada.

- 1 Con ocasión de las elecciones nacionales de 2006, la Contraloría General interpretó que dicho plazo inicia a partir de que la declaratoria oficial por parte del Tribunal Supremo de Elecciones ha sido notificada a cada candidato electo o en su defecto, a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial La Gaceta (División de Asesoría y Gestión Jurídica. Oficio 6243 de 17 de mayo de 2006).
- 2 Artículo 31 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública (Ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004) y artículo 61 del Reglamento de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. (Decreto Ejecutivo N° 32333-MP-J del 12 de abril de 2005).
- 3 Artículo 62 del Reglamento de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. (Decreto Ejecutivo N° 32333-MP-J del 12 de abril de 2005).
- 4 Artículo 63 del Reglamento de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. (Decreto Ejecutivo N° 32333-MP-J del 12 de abril de 2005).
- 5 Thompson, Dennis F. La ética política y el ejercicio de cargos públicos. Barcelona, 1999, página 196.
- 6 Manfroni, Carlos A. La Convención Interamericana contra la Corrupción. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1997, página 62.

Sin embargo, el párrafo segundo del mismo artículo estableció que también deben declarar su situación patrimonial "...los empleados de las aduanas, los empleados que tramiten licitaciones públicas, los demás funcionarios públicos que custodien, administren, fiscalicen o recauden fondos públicos, establezcan rentas o ingresos en favor del Estado, los que aprueben y autoricen erogaciones con fondos públicos...". A diferencia del primero, este segundo párrafo definió un nuevo segmento de declarantes a cautelar por la índole de los puestos que desempeñan en la Administración Pública, lo que conllevó a la necesidad de determinar por vía reglamentaria un direccionamiento que permitiera identificar con mayor precisión los funcionarios afectos a tal obligación.

Así, el Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, promulgado mediante el Decreto Ejecutivo No. 32333-MP-J del 12 de abril del 2005, en sus numerales 55 y 56, estableció listados con las "clases de puestos" cuyos ocupantes debían cumplir con la obligación de declarar su patrimonio.

A más de dos años de su promulgación y dada la intervención constante en el proceso de recepción de declaraciones juradas de parte de las Unidades de Recursos Humanos, se puede apuntar que las listas contenidas en el reglamento resultaron genéricas, por cuanto carecen de parámetros que permitieran direccionar esa obligación hacia aquellos funcionarios públicos con altos niveles de responsabilidad en el manejo de fondos públicos.

Es por ello que la Contraloría General de la República, pretende con un proyecto de reforma al Reglamento de la LCCEIFP, desarrollar perfiles que sirvan de orientación en las tareas de identificación, determinación e incorporación de funcionarios afectos a la obligación de declarar, redefiniendo la función que cumplen los listados contenidos en el reglamento a la LCCEIFP, para que sean interpretados como una guía y no como un imperativo legal, que es por lo demás, el enfoque establecido en el artículo 21, párrafo segundo, de la Ley en comentario. Asimismo, dicho proyecto se enfoca a fortalecer y activar el esquema de responsabilidades de la Administración activa, por cuanto tiende a establecer un perfil que sea acorde con los fines de la ley y la legislación internacional, y por ende que sirva para implementar las acciones de prevenir, detectar y sancionar los actos de corrupción.

Cabe destacar que los sujetos sometidos al deber de declarar pueden ser incluso empleados, apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las empresas o personas que administran custodian o sean concesionarias de fondos, bienes o servicios públicos. Sobre este particular, resulta de especial interés dejar el señalamiento expreso de la posición asumida jurisprudencialmente por la Contraloría en el oficio No. 1082 de 1 de febrero de 2005, en el cual se dispuso que:

"...tomando en cuenta la naturaleza pública del servicio que presta su representada bajo la figura jurídica de "prestación de servicios", y cuya titularidad le corresponde al Estado costarricense, se impone dar respuesta afirmativa a su consulta, en el sentido de que los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de Riteve S y C son todos sujetos pasivos de la Ley N° 8422."

Siendo así las cosas, como sujetos pasivos de la LCCEIFP, se encuentran igualmente en la obligación de presentar la declaración jurada de bienes, en los términos y condiciones que disponen las regulaciones atinentes al caso, según las cuales, ello procedería por orden singular y no con la regularidad establecida para los demás sujetos declarantes.

Por otra parte, si un funcionario que administra fondos públicos no está comprendido dentro de los que obligatoriamente debe hacerlo de acuerdo a la LCCEIFP y su Reglamento, ello no lo releva de la posibilidad de cumplir con ese deber a petición del Contralor General de la República o del Fiscal General. Si bien no todos los funcionarios deben declarar, sí es un deber

que la Constitución establece para todos los que administran fondos públicos¹. La declaración jurada así requerida se apreció como una herramienta útil dentro de un proceso de investigación en el combate de la corrupción.

Régimen de responsabilidad:

El funcionario público que no cumpla con su deber de rendir la declaración jurada de bienes puede incurrir en responsabilidades administrativas, civiles y penales; veamos:

- a) Responsabilidad administrativa: según el artículo 38 de la LCCEIFP:
 1. Cuando injustificadamente, no presente alguna de las declaraciones juradas a que se refiere esta Ley si, vencido el plazo para su entrega, es prevenido una única vez por la Contraloría General de la República para que en el plazo de 15 días hábiles cumpla con su presentación.
 2. Incurra en falta de veracidad, omisión o simulación en sus declaraciones de situación patrimonial.
 3. Retarde o desobedezca, injustificadamente, el requerimiento para que aclare o amplíe su declaración de situación patrimonial o de intereses patrimoniales, dentro del plazo que le fije la Contraloría General de la República.
 4. Viole la confidencialidad de las declaraciones juradas de bienes.

Y la situación anterior lleva aparejadas varias sanciones administrativas, según la gravedad de la falta²:

1. Amonestación escrita publicada en el Diario Oficial.
 2. Suspensión, sin goce de salario, dieta o estipendio correspondiente, de 15 a 30 días.
 3. Separación del cargo público, sin responsabilidad patronal o cancelación de la credencial de regidor municipal, según corresponda.
- b) Responsabilidad penal: según el Capítulo V de la LCCEIFP, algunas figuras delictivas que ahí se indican serán reprimidas con 100 a 150 días multa y las conductas más graves serán reprimidas con prisión que va desde los 6 meses a 10 años. Conjuntamente con lo estipulado en el Código Penal vigente.

Además de la pena principal se le podrá inhabilitar para el desempeño de empleo, cargo o comisiones públicas que ejerza, incluso los de elección popular, por una período de 1 a 10 años. Igual pena podrá imponerse a quienes se tengan como autores o cómplices de este delito³.

- c) Responsabilidad civil: indica el artículo 61 de la LCCEIFP⁴, que la condena judicial firme por el delito de enriquecimiento ilícito producirá la pérdida, a favor del Estado o de la entidad pública respectiva, de los bienes muebles o inmuebles, valores,

1 Ver también el Manual de Operaciones para las Comisiones de Festejos Populares M-1-2006-CO-DFOE, emitido por la Contraloría General de la República, y Aviso de su emisión publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 157 del 16 de agosto de 2006, donde en el punto 1.3 Obligaciones de los miembros de las Comisiones de Festejos Populares, se indica en el inciso c) Rendir declaración jurada de su situación patrimonial al inicio y a la finalización de sus labores, ante ese órgano contralor (...).

2 Artículo 39 y ver los artículos 40 y 41 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública (Ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004).

3 Artículo 59 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública (Ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004).

4 Ver artículos 52 y 53 del Reglamento de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. (Decreto Ejecutivo N° 32333-MP-J del 12 de abril de 2005).

dinero o derechos, obtenidos por su autor, su coautor o cómplices, como resultado directo de este delito, salvo derechos de terceros de buena fe, conforme lo determine la respectiva autoridad judicial.

En el caso de bienes sujetos a inscripción en el Registro Nacional, bastará la orden judicial para que la sección respectiva del Registro proceda a trasladar el bien a las municipalidades de los cantones donde se encuentren ubicado, si se trata de inmuebles, a fin de que puedan ser usados en obras de provecho para el cantón o de beneficencia pública.

Los demás bienes tendrán el destino que se determine en el Reglamento de esta Ley.

La orden de inscripción o de traspaso estará exenta del pago de timbres y derechos de inscripción.

IV. Estadísticas y detalles del período de presentación de las declaraciones juradas de bienes en la Contraloría General de la República

En la Contraloría General siempre ha existido un interés institucional en facilitar que los declarantes cumplan con el mandato legal de presentar la declaración jurada de su situación patrimonial. Se les ha dotado de computadoras y espacio físico donde el declarante puede llenar el formulario, imprimirlo y presentarlo directamente en las ventanillas que se habilitan con funcionarios que se encuentran exclusivamente atendiendo consultas, recibiendo formularios, entregando claves de acceso al sistema y atendiendo cualquier inconveniente que se presente al respecto.

El Área de Denuncias y Declaraciones Juradas, es la encargada de atender a más de diez mil declarantes que se presentan durante los primeros quince días hábiles del mes de mayo, cuando se reciben las declaraciones anuales, pero durante todo el año se reciben tanto declaraciones iniciales como finales.

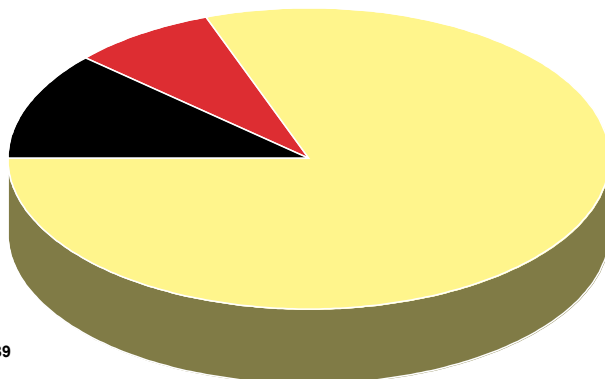
Para el período 2007, la Contraloría General, dispuso de la línea telefónica 905-DECLARE, como una línea de consulta disponible durante todo el período de presentación de la declaración jurada de bienes, también se implementó el sistema de declaración jurada por certificado de firma digital como un proyecto piloto que le permitiera al funcionario público presentar su declaración sin necesidad de desplazarse hasta la Contraloría General, además de contar con la presentación en formulario preimpreso y en línea.

De las declaraciones recibidas hasta el 17 de julio del 2007, 793 fueron recibidas con certificado de firma digital, 8328 fueron recibidas en línea y 1209 fueron recibidas en formulario preimpreso.

Declaraciones recibidas en el 2007

Cantidad 10330 Con Certificado 793** Sin Certificado 8328** Impresas 1209****

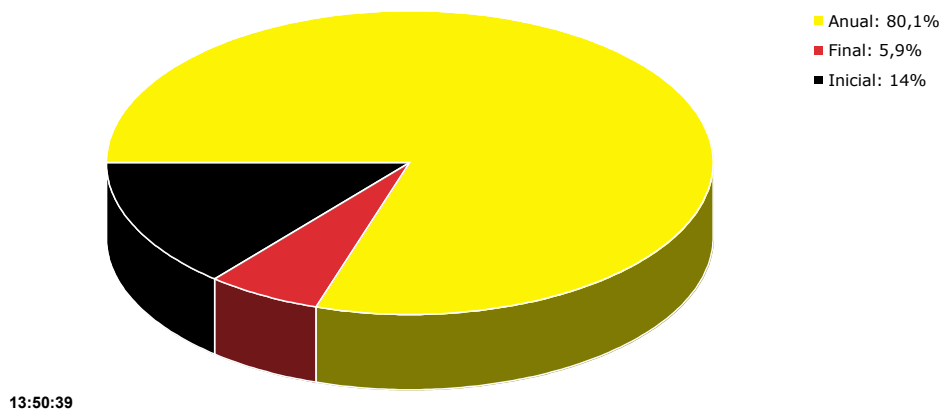
- Impresas: 11,7%
- Sistema con Certificado Privado: 7,7%
- Sistema sin Certificado Privado: 80,6%



De esas 10330 declaraciones juradas de bienes, 1447 correspondieron a declaraciones iniciales, 8276 a declaraciones anuales y 607 a finales.

Declaraciones recibidas en el 2007

Cantidad 10330** Inicial 1447** Anual 8276** Final 607**



La Contraloría General, cuando lo estime oportuno puede examinar y verificar, con todo detalle, la exactitud y veracidad de esas declaraciones¹, de conformidad con los procedimientos y las facultades que le otorgan la Constitución Política y las leyes.

Asimismo, puede requerir, por escrito, al declarante las aclaraciones o adiciones que estime necesarias, dentro del plazo que prudencialmente se le fije. Es por ello, que se han realizado esfuerzos de colaboración con otras Instituciones, para acceder a sus bases de datos y verificar la información declarada, tal y como lo permite el artículo 82 del Reglamento a la ley y para lo cual además en el formulario de declaración jurada del año 2007, se modificó e incluyó una autorización para acceso a información, para que el declarante le permita a la Contraloría General la verificación de su información bancaria².

Del mismo modo, se le previene al funcionario público que presente la declaración jurada de bienes, cuando no lo ha hecho, al amparo del artículo 38, inciso i), de la LCCEIFP, por una única vez, con el propósito de que se sirva cumplir con tal obligación en un plazo de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente a la fecha en que reciba la notificación, cuyo documento impreso debe presentarse en la Contraloría General de la República.

Para el período 2007, de un total de 465 prevenciones entregadas, al mes de setiembre, se han sancionado 42 funcionarios públicos (sanciones que incluyen suspensiones sin goce de salario, amonestaciones por escrito, despido sin responsabilidad patrimonial y cancelación de credenciales), apenas 4 funcionarios fueron absueltos y se encuentran 13 relaciones de hecho con apertura de procedimiento por parte de la División de Asesoría y Gestión Jurídica. A la fecha se encuentran aproximadamente 78 relaciones de hechos en proceso de análisis por parte del Área de Denuncias y Declaraciones Juradas, para luego ser trasladadas a la División de Asesoría y Gestión Jurídica.

1 Durante el periodo que va del mes de julio del 2006 al mes de octubre de 2007, se han realizado 49 investigaciones, de las cuales 41 de ellas fueron concluidas con archivo, 3 con denuncia penal, 2 con traslado a otras instituciones y se mantienen en investigación 3 casos.

2 Lo anterior fue necesario ya que los artículos 11 y 30 de la LCCEIFP, que nos permiten el acceso a información confidencial se encuentran cuestionados por acciones de inconstitucionalidad.

Lo anterior evidencia que luego del proceso de prevenciones realizado por la Contraloría General, el porcentaje de incumplientes disminuyó sensiblemente.

Como mecanismo de garantía para la presentación de la declaración jurada, se establece en el artículo 36 de la LCCEIFP que para ejercer un cargo público que origine el deber de declarar la situación patrimonial, será requisito que no exista ninguna declaración jurada pendiente de ser presentada, con excepción de los cargos de elección popular¹, excepción que si bien se encuentra prevista en el Reglamento a la LCCEIFP es un punto sobre el se esperaba hacia futuro una posición al respecto de parte del Tribunal Supremo de Elecciones.

V. Reflexión final

La importancia de la declaración jurada de la situación patrimonial en la lucha contra la corrupción ha sido fuertemente debatida, sobre todo a partir de la promulgación de la LCCEIFP. Sin embargo, lejos de sustentar su existencia en legislación de derecho internacional, es lo cierto que la declaración jurada de bienes facilita el control por parte de las entidades llamadas a ejercerlo, y como con una eficiente estrategia de fiscalización, podría servir de medio para detectar en forma temprana, enriquecimientos ilícitos de parte de quienes administran las arcas del Estado.

Es por lo anterior que todo funcionario público cubierto por la obligación de presentar la declaración jurada de su situación patrimonial debe realizarla apegado a la realidad de su patrimonio, de forma clara, precisa y sin dilaciones, y con pleno conocimiento de esta responsabilidad y de las consecuencias que acarrea su incumplimiento. Todo para cumplir con los fines de la Ley: prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública.

Tal y como lo ha señalado nuestra Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 2004-009989, de las ocho horas con cuarenta y dos minutos del ocho de setiembre del dos mil cuatro: “(...) la sanción impuesta en el artículo 13 de la citada ley por la no presentación o presentación tardía de la declaración jurada exigida en esa normativa no resultaba desproporcionada, en tanto ésta –la declaración jurada de bienes- constituye un mecanismo idóneo para hacer cumplir con la finalidad propuesta en esa ley, sea la prevención y sanción del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, a fin de garantizar el ejercicio honrado y decoroso de la función pública, mediante el registro del patrimonio de ciertos funcionarios públicos, en los términos previstos en el artículo 1° de esa Ley. Por tal motivo, se estimó –en esa ocasión- que no podía estimarse como una simple omisión formal la no presentación o presentación tardía de la declaración jurada de bienes, en atención a la importancia asignada a ese acto para el objetivo perseguido:

“Efectivamente, no es cierta la aseveración de que la relevancia o trascendencia de la infracción sea ínfima en relación con el objeto y fines de la ley, pues -analizado el asunto- la declaración inicial resulta ser parte fundamental del sistema de control que la ley pretende poner en práctica para luchar contra la corrupción en la función pública. La precitada actuación, aún cuando toma la forma de un simple deber formal, en realidad tiene una relevancia mayor por cuanto -según la estructura adoptada en la ley- se convierte en aspecto indispensable para el logro de los fines de la legislación, en el tanto en que no existen otros mecanismos, a la vez legales y prácticos, para lograr la información necesaria para la detección del enriquecimiento ilícito por parte de los funcionarios públicos controlados.- Lo dicho hace que el deber de declarar sea de suma importancia para el cumplimiento del fin de la regulación y por ende, que la sanción establecida pueda ser de mucha intensidad (como lo es el despido), dado que está de por medio el éxito mismo de la legislación. Lo anterior resulta tan cierto que incluso en el artículo 33 el proyecto de ley original enviado a la Asamblea Legislativa y cuyo texto se conservó hasta muy avanzado el trámite legislativo, se sancionaba con prisión de seis meses la falta de presentación de la declaración inicial de bienes, lo cual demuestra la importancia asignada a este acto para el objetivo perseguido.”

1 Ver también el artículo 70 del Reglamento de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. (Decreto Ejecutivo N° 32333-MP-J del 12 de abril de 2005).

2 Estando vigente la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los Servidores Públicos (Ley N° 6872 del 17 de junio de 1983).

El hecho de que la declaración pueda ser tergiversada, como lo arguye el accionante, a fin de no hacer constar en sus registros la totalidad del patrimonio de un funcionario, le resta su idoneidad, ya que, el mismo no le resta la facultad a la Administración –en este caso la Contraloría General de la República– para determinar la veracidad de la misma, en los términos previstos en el artículo 14 de la misma ley:

*“La Contraloría General de la República podrá **examinar y verificar con todo detalle la exactitud y veracidad de las declaraciones cuando lo estime oportuno**, de conformidad con los procedimientos y facultades que le otorgan la Constitución Política y las leyes. En caso de detectar irregularidades que pudieran constituir delito, hará del conocimiento del Ministerio Público el estudio técnico realizado y los documentos correspondientes.”*

VIII.- Asimismo, debe recordar el accionante que los cargos públicos no implican únicamente prerrogativas y potestades para los funcionarios que los ocupan; sino que correlativamente existen una serie de deberes fundamentales relativos a la actividad personal, y otras, a la naturaleza pública de la función que deben cumplir, que derivan, como sus derechos, de la **ley y de la naturaleza del cargo o función que desempeñan**, es decir, tienen carácter objetivo. (...). Vemos así como desde la promulgación de la anterior Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, N° 6782, se perfila y se reconoce de manera muy clara la importancia de presentar la declaración jurada de bienes.

Y en palabras de SOLER¹ *“(...) nada desmedido, irregular o severo hay en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado; **la asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial, con lo que quien sienta esa obligación como demasiado pesada e incómoda debe apartarse de la función pública.** Esa obligación de rendición de cuentas sitúa al funcionario público en igual posición que los administradores de la quiebra, los de una sucesión o aquellos otros de un consorcio de copropietarios (...). (El subrayado no es del original).*

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO Y EL SERVIDOR DE LA HACIENDA PÚBLICA¹¹

Sumario: I) Introducción. II) Régimen de responsabilidad del funcionario público en la Ley General de la Administración Pública. III) Régimen de responsabilidad del servidor de la Hacienda Pública en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. IV) Régimen de responsabilidad en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. V) Conclusión.

I. Introducción

El principio de responsabilidad de la administración parece un tema pacífico en la doctrina del Derecho Administrativo en nuestros días. El artículo 9 de la Constitución Política de la República de Costa Rica (en adelante Constitución Política), ampliamente desarrollado por la jurisprudencia nacional, es claro al proclamar la responsabilidad que asume el Gobierno de la República frente al pueblo, por la confianza otorgada al depositar en los funcionarios públicos su autoridad, a fin de que éstos la ejerzan en procura de la satisfacción del interés público, entendido como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

El Gobierno de la República y en general la Administración Pública, son mandatarios del pueblo al momento de ejercer esa autoridad y como tales, sus funcionarios son servidores de los administrados, en general, y en particular de cada individuo o administrado que con él se relacione en virtud de la función que desempeña; cada administrado deberá ser considerado en el caso individual como representante de la colectividad de la que el funcionario depende y por cuyos intereses debe velar (artículo 114 de la Ley General de la Administración Pública Ley No. 6227 del 2 de mayo de 1978 (en adelante LGAP).

El ejercicio de la función pública es el medio de que se vale la Administración para satisfacer el bien común, por lo que al no ser un fin en sí mismo, su legitimidad se sustenta en la instrumentalidad de aquella para la consecución del bienestar de la colectividad, por lo que en caso de que exista conflicto entre el interés público y el interés de la Administración, el servidor público debe hacer prevalecer el primero sobre el segundo.

El “Buen Gobierno” como se ha denominado en otras latitudes, es la razón última de la existencia del aparato estatal. La búsqueda del bienestar del ser humano como individuo y como colectividad es el norte que debe guiar la función pública, debiendo entender quienes aspiran a un cargo de esta naturaleza, el papel instrumental que asumen al momento de ejercer esa función, como mandatarios del pueblo y no como usurpadores que pretendan arrogarse la soberanía de la Nación, poniendo al servicio de sus intereses personales aquello que les fue confiado para su administración, pero que en definitiva no les pertenece.

No obstante lo anterior, la realidad social nos dice que en muchas ocasiones quienes dijeron servir al pueblo se sirvieron de él, olvidando los verdaderos alcances de su mandato y del juramento a Dios y a la Patria de “*observar y defender la Constitución y las leyes de la República, y cumplir fielmente los deberes de su destino*”, el cual constituye uno de los elementos esenciales de la investidura como funcionario público y de la responsabilidad que desarrollaremos en el presente estudio.

II.- Régimen de responsabilidad del funcionario público en la Ley General de la Administración Pública

1. Nociones generales.

Producto de la relación que se traba entre el pueblo (mandante) y la Administración Pública (mandatario), la Constitución Política, como expresión suprema de la Soberanía de la Nación, establece tres reglas fundamentales para el ejercicio de la función pública: el principio de legalidad, el principio de evaluación de resultados y el principio de rendición de cuentas. Estos principios constitucionales, muchas veces citados pero pocas veces comprendidos en sus verdaderos alcances, constituyen las reglas básicas que todo mandato debe tener, a saber, el ámbito de acción del mandatario, la evaluación de los resultados del mandato y la responsabilidad por su ejercicio.

Principio de legalidad. Contrario al principio de autonomía de la voluntad aplicable al ámbito privado que dispone que el particular puede hacer todo lo que no esté prohibido por la ley, el principio de legalidad proclama que la Administración Pública sólo está autorizada a realizar aquellas actuaciones o conductas permitidas por el ordenamiento jurídico, entendiendo por éste no sólo la norma de rango legal, sino todas aquellas fuentes normativas escritas y no escritas que contempla el artículo 6 de la LGAP, denominado “bloque de legalidad”.

La sujeción de la Administración al bloque de legalidad se puede analizar desde dos puntos de vista:

- Positivo: el bloque de legalidad es el que determina lo que puede hacer la Administración. Ésta sólo puede actuar con base en una norma (escrita o no escrita), por lo que los funcionarios públicos sólo podrán hacer lo que el bloque de legalidad les permita.
- Negativo: aquellas conductas administrativas que no se encuentran amparadas en el bloque de legalidad carecen de validez, pudiendo traer como consecuencia no sólo la nulidad absoluta o relativa del acto administrativo, sino también la responsabilidad civil de la Administración, así como la responsabilidad disciplinaria, civil y penal del servidor que emitió u ordenó su ejecución, dependiendo del tipo de nulidad que adolezca el acto administrativo

Es importante indicar que aunque algunos autores han manifestado que la LGAP impuso amarras legales y de control que impiden el ejercicio eficiente de la función pública, lo cierto es que en muchas ocasiones dichos cuestionamientos se nutren más del desconocimiento de ese cuerpo legal que de la realidad, tal como se verá a continuación.

El artículo 11 de la LGAP dispone que la Administración actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, pero seguidamente aclara que se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, **al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.** Asimismo, se considera autorizado un servicio cuando se haya **indicado el sujeto y el fin del mismo**, pudiendo prestarlo el ente encargado de acuerdo con sus propios reglamentos sobre los demás aspectos de la actividad.

Como se puede observar, la LGAP establece criterios sumamente amplios en la definición del principio de legalidad. No es cierto que se impongan “camisas de fuerza” para el ejercicio de la función pública, por el contrario, los parámetros sabiamente establecidos por el legislador para determinar la legalidad de la conducta administrativa, permiten al servidor público un amplio margen de acción en las decisiones que tome para la satisfacción del interés público.

Aunado a ello se debe recordar el instituto de la discrecionalidad administrativa, la cual es reconocida en el artículo 15 de la LGAP, cuyo texto establece la posibilidad de que se dé

incluso por ausencia de ley en el caso concreto, sometiénola a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable.

Dichos límites no son ataduras, como algunos los quieren ver, sino parámetros elementales de toda conducta responsable, tales como las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, la justicia, la lógica, la conveniencia y derivados de éstos la proporcionalidad y razonabilidad ampliamente desarrollados por la Sala Constitucional.

Legalidad y eficiencia no son conceptos incompatibles y mucho menos antagónicos, el problema en el ejercicio de la función administrativa no está en la ley, sino en aquellos que por desconocimiento desaprovechan las oportunidades que el ordenamiento les confiere para el cumplimiento de su mandato, o en el peor de los casos, quienes conociendo sus alcances se aprovechan de ésta para servir a sus propios intereses, olvidándose de la razón de su existencia como medios para la satisfacción del interés público y no como fin último de la conducta administrativa.

En el momento en que el funcionario público haga conciencia de su posición en el aparato estatal como simple depositario de la autoridad del pueblo, su conducta se encausará naturalmente a la legalidad, entendida ésta como una herramienta valiosa y útil para alcanzar su cometido y no como el obstáculo que impide la gobernabilidad del país.

1.2. Principio de evaluación de resultados. A efectos de entender los alcances de este principio, resulta de gran utilidad transcribir la exposición de motivos del proyecto de reforma parcial del artículo 11 de la Constitución Política, que en lo que interesa dice:

“... la evolución de los derechos constitucionales les ha puesto de manifiesto la necesidad de entender la naturaleza de éstos como derechos no sólo de defensa, sino también de prestación. En efecto, las garantías constitucionales de carácter prestacional someten al Estado al cumplimiento efectivo de ciertos fines, pues ya no se trata únicamente de una Administración que no transgreda los derechos del administrado, sino de una que los efectúe. [...] El derecho constitucional del siglo XX exige un Estado que cumpla con los fines que le ha encomendado la Constitución Política, demanda un funcionario público que no sólo evite arrogarse facultades impropias, sino que por sobre todo cumpla con los deberes que ya tiene. [...] Ante la ineficiencia de la Administración, el ciudadano no encuentra instrumentos jurídicos efectivos que fiscalicen el cumplimiento efectivo de las metas estatales. Esta situación se vuelve aún más grave puesto que en el régimen público, el ciudadano no puede castigar la ineficiencia del proveedor de servicios con la no adquisición del producto, sino que se encuentra forzado a seguirlo recibiendo, ya sea porque se trate de un monopolio o de un servicio público en sentido estricto cuyo único titular es el Estado [...] lo cierto es que la ineficiencia del Estado en muchos servicios ha llegado a un punto tal que obliga a una reforma constitucional, en la que se estatuya la obligación constitucional expresa del estado de fiscalizar su eficiencia...” (Expediente Legislativo No. 13.338, pag. 114, citado por Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2006, Tomo I página 106.)

El espíritu de la reforma es claro, el Siglo XX exige un Estado que cumpla con los fines que le ha encomendado la Constitución Política, demanda un funcionario público que no sólo evite arrogarse facultades impropias, sino que por sobre todo cumpla con los deberes que le son asignados.

La responsabilidad del servidor público evoluciona del simple cumplimiento del principio de legalidad como ámbito de acción del ejercicio de la función pública, al principio de evaluación de resultados como compromiso de cumplir con las obligaciones de orden prestacional que tiene la Administración, entendiéndose que no basta con que el funcionario se abstenga de

transgredir los intereses y derechos del administrado, sino que además debe alcanzar los objetivos y metas que el ordenamiento jurídico le impuso para la satisfacción del interés público, lo cual podrá generar responsabilidad al funcionario infractor, tal y como expresamente se tipifica en el artículo 110, inciso j), de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, No. 8131 del 18 de setiembre de 2001 (en adelante LAFRPP), que señala como hecho generador de responsabilidad “*El incumplimiento total o parcial, gravemente injustificado, de las metas señaladas en los correspondientes proyectos, programas y presupuestos*”.

Aunado a ello, con el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo se refuerza la posibilidad de encontrar tutela judicial efectiva por la omisión en el cumplimiento de los deberes de la Administración Pública, lo cual podría traer como consecuencia la condenatoria a ejecutar una determinada prestación o incluso la restauración de una situación jurídica individualizada, producto de la no prestación de ese servicio.

El principio en estudio reconoce no sólo el deber de cumplir con la prestación de los servicios públicos, sino que además establece en forma expresa la obligación de fiscalizar la eficiencia de la Administración, lo cual nos lleva al principio de rendición de cuentas.

Principio de rendición de cuentas. Corolario del anterior, se entiende que la evaluación y fiscalización de los resultados de la administración de la cosa pública, implica la obligación del funcionario de rendir cuentas sobre su gestión y la posible responsabilidad administrativa que pueda derivarse de ésta, cuando se demuestre la transgresión del bloque de legalidad o el incumplimiento en las obligaciones prestacionales de frente a la satisfacción del interés público, que como se indicó líneas atrás, es la razón de ser de la Administración Pública y por tanto debe ser el parámetro último que determine el cumplimiento de su cometido.

El servidor público como mandatario del pueblo debe rendir cuentas a su mandante para que éste verifique el cumplimiento de los deberes asignados y determine las acciones que procedan en relación con los resultados obtenidos, siendo las más representativas la aprobación y continuación del mandato en caso de cumplir con las metas propuestas o la aplicación de medidas correctivas o expulsivas de no ser así, dentro de las que se encuentra las sanciones de carácter administrativo.

2. Concepto de servidor público.

A efectos de determinar la aplicación de las normas sobre responsabilidad contenidas en la LGAP, se impone hacer referencia al concepto de servidor público del artículo 111, que lo define como aquella persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

En ese sentido resulta oportuno recordar el carácter de servidor público que ostentan las personas que sin tener una relación de empleo público, prestan servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, tales como los miembros de Juntas Directivas de Instituciones Autónomas y Semiautónomas, los cuales a pesar de ser en algunos casos representantes de organizaciones gremiales o asociaciones privadas, en el momento en que son investidos, dejan su ropaje privado y asumen el de funcionarios públicos, con todos los deberes y responsabilidades que señala la LGAP.

En el caso de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común, el artículo en estudio no los considera servidores públicos; sin embargo, el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, No. 7428 del 26 de agosto de 1994 (en adelante LOCGR) incluye dentro de ese concepto a los empleados de los entes públicos no estatales y los de empresas públicas en cualquiera de sus modalidades para efectos de la aplicación de esa Ley, lo cual debe tenerse muy en cuenta al momento de

establecer responsabilidades por violación a las normas de control y fiscalización de la Hacienda Pública.

3. Responsabilidad por daños.

3.1.1. Responsabilidad de la Administración Pública. Tradicionalmente denominada “Responsabilidad Civil”, la responsabilidad por daños es definida en el artículo 190 de la LGAP como el deber que tiene la Administración Pública de responder por todos los daños que cause en su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal. Se entiende por funcionamiento legítimo aquel autorizado por el ordenamiento jurídico, en los términos señalados líneas atrás y por funcionamiento ilegítimo aquel que transgrede el ordenamiento jurídico, ya sea por acción (ejemplo: actos administrativos dictados en contra de una norma legal) o por omisión (ejemplo: incumplimiento de obligaciones de orden prestacional).

En Costa Rica, el régimen de responsabilidad de la Administración Pública ha evolucionado pasando de una responsabilidad marcadamente enfocada al acto administrativo y la vía de hecho; a una responsabilidad por omisión en el cumplimiento de deberes, en la cual el administrado consciente de sus derechos frente al aparato estatal, demanda la prestación de servicios ágiles y oportunos que satisfagan el interés público, obligando a la Administración a ser más eficiente en el ejercicio de la función pública.

En relación con el funcionamiento normal o anormal, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 074-F-07 de las 10:15 horas del 02 de febrero de 2007 señala que “... la anormalidad atiende a aquellas conductas administrativas, que en sí mismas, se apartan de la buena administración (conforme al concepto utilizado por la propia Ley General en el artículo 102 inciso d., que entre otras cosas incluye la eficacia y la eficiencia) o de la organización, de las reglas técnicas o de la pericia y el prudente quehacer en el despliegue de sus actuaciones, con efecto lesivo para la persona. Esto permite señalar que la anormalidad puede manifestarse a través de un mal funcionamiento; un funcionamiento tardío, o una ausencia total de funcionamiento...”.

La responsabilidad administrativa tiene como premisas: la existencia de una conducta (acción u omisión) imputable a la Administración Pública, la demostración de un daño cuya víctima no tiene razón de soportar y la relación causal que acredite que la primera es la causa efectiva de la segunda, todo lo cual en el supuesto de que se logre demostrar, hará surgir el derecho de la víctima a que se repare su situación jurídica, exigiendo a la Administración Pública obligaciones de hacer, no hacer o dar que permitan volver al estado en que se encontraba antes de sufrir la perturbación y en caso de que esto no sea posible, indemnizar el daño sufrido mediante la obligación de pagar su equivalente en dinero.

3.1.2. Criterios de imputación de la responsabilidad por daños de la Administración Pública. El derecho al resarcimiento de los daños causados por la Administración Pública surge del artículo 41 de la Constitución Política, el cual establece que “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad, o intereses morales...”. De acuerdo con dicha norma y el artículo 190 de la LGAP, la Administración Pública responde por todo daño que cause, sin que la víctima deba demostrar la existencia de criterios de imputación subjetiva como el dolo o la culpa grave, bastando para que surja el derecho resarcitorio la acreditación de la acción u omisión, el daño y la relación de causa-efecto entre el primero y el segundo, todo lo cual es llamado por la doctrina como “responsabilidad objetiva”.

3.1.3. Rompimiento de la relación causal o eximentes de la responsabilidad de la Administración Pública. El artículo 190 de la LGAP establece tres supuestos en donde la relación de causalidad entre la acción u omisión administrativa y el daño se rompe, provocando el eximente de responsabilidad de la Administración Pública.

Dichos supuestos son:

- La fuerza mayor: cuando el daño es resultado de un hecho inevitable (de la naturaleza), no hay relación causal entre el resultado y la conducta de un agente; ergo, la relación de causalidad no existe del todo, pues el daño no es efecto de la conducta humana, sino que, por el contrario, ha sido producido por un evento de la naturaleza.
- La culpa de la víctima: el que ha sufrido un daño o perjuicio en sus bienes, puede haber contribuido en parte, por negligencia o imprudencia, a que ocurran los hechos, como se ha expresado en la culpa concurrente.
- El hecho de un tercero: se entiende para aquellos casos en que pese a todas las medidas tomadas por la administración para que un servicio funcione bien y seguro, ocurra el hecho de un extraño que cause perjuicios.

En estos tres supuestos se rompe el nexo causal, eximiendo total o parcialmente la responsabilidad de la Administración.

3.2.1. Responsabilidad del funcionario público.

Ante terceros: El artículo 199.1 de la LGAP dispone que *“será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo”*. De acuerdo con la norma transcrita, la responsabilidad puede surgir en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo.

El primero se presenta cuando el servidor en el ejercicio de la función pública produce un daño a un tercero originado en una acción u omisión que le es imputable. El segundo se verifica cuando el daño no se origina en el ejercicio de la función pública, pero sí con ocasión de ésta, entendiéndose como aquellos casos en los que el servidor aprovecha los medios y oportunidades que ofrece el cargo que desempeña para cometer la acción dañosa, de manera tal que de no ostentar dicha investidura, su conducta no podría generar el daño en cuestión.

Dentro de los hechos generadores de responsabilidad ante terceros, la LGAP destaca la emisión y obediencia de actos manifiestamente ilegales, entendiéndose como tales, entre otros, cuando la Administración se aparte de dictámenes u opiniones consultivos que pongan en evidencia la ilegalidad, si posteriormente se llegare a declarar la invalidez del acto por las razones invocadas por el dictamen.

Ante la administración: El artículo 210.1 de la Ley de cita señala que: *“El servidor público será responsable ante la Administración por todos los daños que cause a ésta por dolo o culpa grave, aunque no se haya producido un daño a tercero.”*. Para hacer efectiva esta responsabilidad se aplican las reglas de la responsabilidad frente a terceros en lo que proceda, incluyendo así el concepto de responsabilidad por emisión de actos manifiestamente ilegales, la distribución interna de responsabilidades y la prescripción de la responsabilidad por daños de los servidores públicos.

3.2.2. Criterios de imputación de la responsabilidad por daños. De acuerdo con las normas transcritas, la responsabilidad por daños del servidor público frente a terceros o ante la propia Administración, requiere para su determinación la aplicación de criterios de imputación subjetiva como son el dolo o la culpa grave, entendido el primero como la intención o voluntad del hecho dañoso y el segundo el acto humano realizado sin intención de llegar a un resultado determinado, pero con un descuido o desprecio de las precauciones más elementales para evitar un daño o impedir un mal.

En relación con este último, la doctrina también lo ha asimilado con la figura del *“bonus pater familias”* romano, mayormente utilizada en la actualidad en el derecho civil, el cual se define como aquel hombre de inteligencia media o normal que no hubiera incurrido, en similares circunstancias, en una conducta imprudente o negligente.

4. Responsabilidad disciplinaria.

4.1. Responsabilidad del servidor público. La responsabilidad disciplinaria nace del incumplimiento de una obligación administrativa o de un deber impuesto al servidor, que se hace efectiva cuando el sujeto comete una falta de servicio o de comportamiento, transgrediendo las reglas de la función pública.

Al respecto, el artículo 211 de la LGAP dispone que el servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave.

La responsabilidad disciplinaria se sustenta en los siguientes elementos:

- **Falta disciplinaria:** infracción cometida por el funcionario que se castiga con la sanción prevista en el ordenamiento jurídico. La falta disciplinaria atenta contra la jerarquía o contra el buen orden del servicio público. Puede consistir en una acción, omisión o violentar una prohibición. La finalidad del procedimiento administrativo sancionatorio es determinar fehacientemente la existencia de la falta.
- **Nexo de causalidad:** Es la relación de causalidad entre el hecho imputable al servidor y el daño o perjuicio causado a la Administración Pública o a terceros.
- **Criterios de imputación:** dolo o culpa grave.
- **Sanción:** Son las medidas correctivas (amonestación, suspensión sin goce de salario o estipendio) o expulsivas (despido, cancelación de credenciales o prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública) que se imponen como consecuencia de la infracción cometida por el servidor público.

4.2. La reserva de ley o tipicidad en materia sancionatoria administrativa: En relación con la reserva de ley o principio de tipicidad aplicable al régimen sancionatorio administrativo, la Sala Constitucional en el voto 563-97 de las 14:39 horas del 29 de enero de 1997 dijo:

“... IV. ESFERA DE APLICACION DEL PODER DISCIPLINARIO. La aplicación del régimen disciplinario se limita a las actividades del individuo en su carácter de agente o funcionario público, para compeler y asegurar, preventiva y represivamente, el cumplimiento de los deberes jurídicos del empleo, de la función o del cargo. Las faltas generadoras de esta responsabilidad son muchas y variadas, como por ejemplo, la desidia, apatía, descuido, inasistencia, incorrección con superiores, iguales o subordinados y con el público, conducta social irregular, falta de probidad, abandono del cargo, etc., que según su gravedad se clasifican de leves, graves o muy graves. Los deberes de los funcionarios derivan, como sus derechos, de la ley y de la naturaleza del cargo o función que desempeñan, es decir, tienen carácter objetivo. Los deberes de los funcionarios son de dos clases, los generales, que atañen a todo funcionario por el sólo hecho de serlo, y los especiales, impuestos en relación con la función administrativa específica desempeñada. [...] Como se observa, de la condición de funcionario público se derivan obligaciones generales para todos los que ostenten esta condición, pero del contrato de trabajo, se generan obligaciones especiales, en relación con la función administrativa específica desempeñada. Por ello, es que no resulta contrario al principio de tipicidad, regulado en el artículo 39 constitucional, el sujetar de manera general al contrato laboral la determinación de qué constituye falta grave, en relación con la responsabilidad asignada a cada empleado [...] La falta o infracción disciplinaria se ha definido diciendo que es una violación al funcionamiento de cualquier deber propio de su condición, aún cuando no haya sido especialmente definida aunque sí prevista. Los hechos determinantes de las faltas disciplinarias son innumerables, pues dependen de la índole de los comportamientos o conductas de los sujetos "subordinados", comportamientos o conductas en verdad ilimitados en número dada su variedad; por ello se deduce la existencia de tres elementos de

la falta disciplinaria: 1.- un elemento material: que es un acto o una omisión;
2.- un elemento moral: que es la imputación del acto a una voluntad libre; y
3.- un elemento formal: que es la perturbación al funcionamiento del servicio o afección inmediata o posible de su eficacia..."

De conformidad con el texto transcrito, se puede afirmar que en el derecho administrativo sancionador o disciplinario, la infracción no tiene que estar expresamente establecida en una ley o reglamento para que pueda ser sancionada, ya que ésta puede surgir de la violación de deberes generales o especiales del servidor, cuya transgresión no necesariamente debe estar expresamente calificada como falta para que pueda ser reprochable en sede administrativa.

Congruente con el criterio anterior, se observan normas como el artículo 110, inciso r), de la LAFRPP, que establece como hecho generador de responsabilidad "*Otras conductas u omisiones similares a las anteriores que redunden en disminución, afectación o perjuicio de la Administración Financiera del Estado o sus instituciones*"; el artículo 39 de la Ley General de Control Interno, No. 8292 del 31 de julio de 2002 (en adelante LGCI), que sanciona el incumplimiento injustificado de los deberes asignados en esa Ley; y los artículos 3 y 4 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, No. 8422 del 6 de octubre de 2004 (en adelante LCCEIFP), que de forma clara y contundente señalan como causa de separación del cargo público sin responsabilidad patronal la violación al deber de probidad, entendido como la obligación del servidor de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, sin indicar expresamente cuáles conductas son las que podrían generar responsabilidad por ese motivo.

Lo anterior, permite concluir que la responsabilidad del servidor público trasciende el cumplimiento de las fuentes normativas escritas, por lo que a efectos de orientar el ejercicio de su función, dicho servidor debe tener en cuenta otros parámetros como las normas no escritas (costumbre, jurisprudencia y principios generales del derecho), las reglas unívocas de la ciencia o la técnica, los principios elementales de la justicia, lógica, conveniencia, razonabilidad o proporcionalidad y sobretodo la satisfacción del interés público, fin último del quehacer de la Administración Pública que definirá, por encima de las formas, la validez de la conducta administrativa.

En ese sentido, se puede observar que el régimen de nulidades de los actos administrativos parte de un concepto de invalidez como expresión del acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, calificándose de absoluta la nulidad cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente, en tanto hacen imposible la consecución del fin perseguido y relativa cuando uno de los elementos sea imperfecto, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta.

Como se puede observar, la validez o no de la conducta administrativa siempre está determinada por la satisfacción del interés público, por lo que cualquier acción u omisión que por dolo o culpa grave afecte dicho interés, constituye un hecho generador de responsabilidad, independientemente de que se encontrara expresamente tipificado como falta o no.

III.- Régimen de responsabilidad del servidor de la Hacienda Pública en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

1. Relación de sujeción especial del servidor de la Hacienda Pública.

Producto de la evolución que ha vivido el Estado Costarricense y lo que la doctrina ha denominado como "la huída del derecho administrativo", el manejo de fondos públicos se ha tornado cada vez más complejo, mediante la participación no sólo de la Administración Pública, sino también de sujetos privados constituidos en las más diversas formas jurídicas tales como asociaciones, fundaciones, sociedades, fideicomisos, organismos internacionales, órganos no gubernamentales, etc, los cuales en razón de su creciente participación en la administración del patrimonio público, han provocado la necesidad de reformar el ordenamiento jurídico en aras de ejercer un control fuerte de la legalidad y oportunidad de su conducta, de frente a la consecución del fin público perseguido.

Dentro de las reformas plasmadas en los últimos años y para efectos de este estudio, nos enfocaremos en los cambios operados en la LOCGR con la promulgación de la LAFRPP en la que se modifica el concepto de Hacienda Pública, pasando de un criterio estrictamente subjetivo que entendía por tal la organización formada por los entes y órganos públicos encargados de la administración del patrimonio público, a un criterio objetivo en el cual los fondos públicos se determinan como el elemento esencial y definitorio del nuevo modelo.

La Hacienda Pública deja de ser un concepto limitado a la administración de recursos públicos en el ejercicio de la función administrativa, extendiendo su ámbito de aplicación a todas aquellas actividades que se vean nutridas parcial o totalmente con dichos fondos, sin importar el carácter público o privado de la conducta o el sujeto que la realice.

1.1. Concepto de Hacienda Pública: El artículo 8 de la LOCGR dice: *“La Hacienda Pública esta constituida por los fondos públicos, las potestades para recibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos...”*.

La norma utiliza un criterio objetivo para definir los alcances de la Hacienda Pública en tanto establece como eje central de su naturaleza jurídica, el concepto *“fondos públicos”*, del cual se deriva el resto de los elementos que integran la definición, a saber las potestades relacionadas con su manejo (recibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir), las normas jurídicas, administrativas y financieras que regulan dichas potestades (presupuesto, contratación administrativa, control interno y externo) y la responsabilidad originada por el ejercicio de esa función.

En términos sencillos, la Hacienda Pública esta constituida por los fondos públicos y sus relaciones jurídicas, administrativas y financieras, que como se verá a continuación pueden ser con sujetos de derecho público o privado, en tanto el criterio que distingue el concepto trasciende al sujeto y se ubica en el objeto, a saber los fondos públicos.

Sujetos componentes de la Hacienda Pública: Congruente con lo anterior, la definición de patrimonio público también sufre un cambio importante al incluir como sujetos componentes de la Hacienda Pública, además del Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, los sujetos de derecho privado en tanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, extendiendo así la relación especial que ostenta el servidor público con la Administración, a aquellos sujetos privados que, por cualquier título, realicen funciones de administración y custodia de dicho patrimonio.

Resulta clara la intención del legislador de que el control y fiscalización de los fondos trascienda la Administración Pública -en el sentido amplio del término-, incluyendo el ejercicio de actividades privadas financiadas con fondos de esa naturaleza, bajo el principio de que el traslado de recursos fuera del aparato estatal se justifica únicamente en la consecución de fines públicos en los cuales coadyuven sujetos privados y no para otorgar regalías o privilegios a estos últimos, contrarios al interés de la colectividad que confió esos recursos en administración.

Se ratifica así el concepto objetivo de la Hacienda Pública, determinada por la existencia de una relación especial que trasciende el sujeto (servidor público) y se afianza en el objeto (fondos públicos), de manera tal que todo aquel que establezca una relación jurídica con este tipo de recursos lo cobija el régimen de la Hacienda Pública, ya sea que se trate de una persona física o jurídica, privada o pública.

En el momento en que el sujeto privado asume la administración de fondos públicos, se incorpora dentro de sus obligaciones el deber de rendir cuentas y la responsabilidad por su gestión, entendiéndose que cualquier norma del derecho interno o internacional que limite el control y fiscalización en el uso de esos fondos o la responsabilidad de las personas que los manejen, serán contrarias a la Constitución Política, por lo que en el caso del derecho interno podrán ser

acusadas de inconstitucionalidad y en el caso del derecho internacional impedirán el traslado de fondos públicos a sujetos privados para su administración y custodia, tornándose contrario al derecho de la constitución cualquier acuerdo entre el Estado Costarricense y organismos internacionales que excluyan dicho control y responsabilidad.

Concepto de servidor de la Hacienda Pública. Partiendo del concepto de Hacienda Pública y de los sujetos que la componen, se puede afirmar que el servidor de la Hacienda Pública es aquella persona pública o privada que en razón de las funciones que ejerce ostenta potestades para recibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir fondos públicos.

La definición anterior, trasciende el concepto de servidor público de la LGAP, incluyendo a los servidores de sujetos privados que sean custodios o administradores, por cualquier título, de fondos y actividades públicos, los cuales asumen el deber de cumplir el fin asignado a los recursos que les son entregados, de evaluar sus resultados y de rendir cuentas, de la misma forma en que lo haría un servidor público, en los términos señalados en el artículo 11 de la Constitución Política, e incluso de responder por su conducta en caso de que se afecten los recursos que tienen en administración.

El ordenamiento jurídico establece una serie de normas aplicables a los servidores de la Hacienda Pública en razón de la importancia de la función que ejercen en el manejo de los fondos públicos, entre las que se encuentran las siguientes.

Competencia de la Contraloría General de la República en el control y fiscalización de la Hacienda Pública. El artículo 4, inciso b), de su Ley Orgánica, establece que la Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública y facultativamente sobre los sujetos privados que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicos que indica esa Ley, entendiéndose que éstos forman parte de los sujetos pasivos de la fiscalización del órgano contralor y que por consiguiente, se encuentran sometidos a la vinculación de los criterios que en el ámbito de su competencia emita la Contraloría General de la República.

El artículo 5 de la Ley de cita señala que *“Todo otorgamiento de beneficios patrimoniales, gratuito o sin contraprestación alguna, y toda liberación de obligaciones, por los componentes de la Hacienda Pública, a favor de un sujeto privado, deberán darse por ley o de acuerdo con una ley, de conformidad con los principios constitucionales, y con fundamento en la presente Ley estarán sujetos a la fiscalización facultativa de la Contraloría General de la República. Cuando se otorgue el beneficio de una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuita o sin contraprestación alguna, la entidad privada deberá administrarla en una cuenta corriente separada, en cualquiera de los bancos estatales; además llevará registros de su empleo, independientes de los que correspondan a otros fondos de su propiedad o administración. Asimismo, someterá a la aprobación de la Contraloría General de la República, el presupuesto correspondiente al beneficio concedido.”.*

Asimismo tendrá competencia para ejercer control legal, contable y técnico de fondos y actividades privados, originados en beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación alguna o en liberación de obligaciones en favor de un sujeto privado por los componentes de la Hacienda Pública, dirigidos al cumplimiento del destino legal, lo cual denota aún más el deber que impone el legislador a la Contraloría General de la República de velar por los fondos públicos, aún cuando hayan perdido ese carácter al ser trasladada su titularidad a un sujeto de derecho privado.

Lo anterior, bajo la premisa de que si bien el beneficio patrimonial pasa a ser propiedad del sujeto privado y por consiguiente deja de tener el carácter público originario, el fin que se persigue con dicho beneficio es la satisfacción del interés público, debiendo responder por conductas indebidas dolosas o gravemente culposas que provoquen la desviación de ese cometido.

Declaración de la situación patrimonial: El artículo 193 de la Constitución Política dispone que el Presidente de la República, los Ministros de Gobierno y los funcionarios que manejen fondos públicos, están obligados a declarar sus bienes, los cuales deben ser valorados, todo conforme a la ley.

Dicha norma es desarrollada actualmente en el Capítulo III de la LCCEIFF, el cual define los funcionarios obligados a declarar su situación patrimonial, el trámite y el contenido de la declaración, así como las causales de responsabilidad en caso de incumplimiento de ese deber.

Prescripción de la responsabilidad disciplinaria: El artículo 71 de la LOCGR disponía antes de la reforma acaecida en el 2001 con la promulgación de la LAFRPP, un plazo de prescripción de la responsabilidad disciplinaria del servidor de la Hacienda Pública de dos años, el cual fue considerado razonable y proporcional por parte de la Sala Constitucional en el Voto No. 6750-97 de las 11:12 horas del 17 de octubre de 1997, en tanto *“pretende dotar al Estado de armas efectivas para el control y sanción de los funcionarios públicos que cumplen una de las funciones más sensibles como lo es el manejo de dineros públicos”*, justificando así la existencia de una disposición que resultaba manifiestamente más agravada si se compara con el artículo 603 del Código de Trabajo, que establece el plazo de un mes para aplicar las acciones disciplinarias contra los trabajadores.

Cabe señalar que con la reforma del 2001, dicha norma se modifica estableciendo el plazo de prescripción en cinco años y ampliando el ámbito de aplicación del artículo a la responsabilidad administrativa del funcionario público por infracciones previstas en la LOCGR y en el ordenamiento de control y fiscalización superiores, lo cual obviamente incluye al servidor de la Hacienda Pública.

Prohibición para el ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública: El artículo 72 de la LOCGR establece la prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública a *“quien haya cometido un delito o falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización contemplado en esa Ley o contra la propiedad o la buena fe en los negocios”*.

Para garantizar la prestación del servicio público, la Constitución Política en su artículo 192 establece el principio de idoneidad comprobada como requisito esencial para acceder a la función pública, entendida ésta no sólo como idoneidad técnica o legal para ejercer el cargo, sino también como idoneidad moral, en el tanto los servidores públicos deben ser personas con valores éticos debidamente acreditados que les permitan administrar correcta y eficientemente los recursos públicos.

Sobre la base de dicho principio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha aceptado el establecimiento de requisitos legales que deben cumplir quienes pretendan ejercer la función pública, los cuales, lejos de ser limitaciones injustificadas al derecho al trabajo, constituyen una verdadera garantía para asegurar la eficiencia de la administración, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política. En ese sentido, ver votos No. 5424-2002 de las 11:10 horas del 31 de mayo de 2002, 5262-2003 de las 14:40 horas del 18 de junio de 2003 y 8493-2006 de las 14:43 horas del 14 de junio de 2006.

Derivado del principio constitucional de idoneidad comprobada y como mecanismo para su protección, el legislador dicta el artículo 72 de la LOCGR que regula la prohibición de ingreso o reingreso a un cargo de la Hacienda Pública, cuya naturaleza jurídica es definida por el Tribunal Constitucional como una presunción de inidoneidad temporal del exservidor que mediante despido deja la función pública por haber cometido faltas graves contra el sistema de fiscalización, contra la propiedad o la buena fe de los negocios, o el que haya cometido infracciones penales.

En los fallos referenciados, se hace el análisis de constitucionalidad de la norma y se llega a la conclusión de que no es impropio que la Ley establezca dicha prohibición, bajo la premisa

de que quien ha cometido faltas graves o infracciones penales de esa naturaleza, lo cobija una presunción de inidoneidad de dos a ocho años, que le impide acceder cargos de la Hacienda Pública, a fin de garantizar la moralidad y legalidad de la función administrativa.

El razonamiento del Tribunal Constitucional es contundente al dictaminar la validez de la prohibición conforme al derecho de la constitución, desentrañando acertadamente el espíritu de la norma en uno de los párrafos de la resolución No. 5424-2002 antes citada, que en lo que interesa dice: “... resulta ilusorio y ausente de toda lógica jurídica, que un funcionario despedido por el quebrantamiento a estos principios en la función pública pretenda regresar, obviando los mecanismos de protección que establece el ordenamiento jurídico, frente a posibles abusos, de los bienes del Estado, y que inciden directamente en la ética y moralidad que todo funcionario debe acreditar...” Es importante indicar que la prohibición no es para ejercer cualquier cargo público sino sólo aquellos relacionados con el manejo de fondos públicos, lo cual hace más evidente el régimen especial que pesa sobre los servidores de la Hacienda Pública, tanto públicos como privados.

IV.- Régimen de responsabilidad en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Nociones generales. La Contraloría General de la República en resolución dictada a las nueve horas del quince de agosto de dos mil siete, expediente administrativo DAGJ-52-2007, señaló lo siguiente con respecto a la responsabilidad del servidor público de frente al deber de declarar su situación patrimonial:

“... la persona que por su voluntad asume el ejercicio de un cargo público, debe tener presente en todo momento que es un simple depositario de la autoridad que el pueblo le confiere y que bajo esa condición tiene la obligación de rendir cuentas que permitan evaluar el ejercicio de su función, de manera tal que los órganos de control interno y externo tengan los instrumentos necesarios para fiscalizar el apego de su conducta administrativa a la legalidad, la moralidad y sobretodo a la satisfacción del interés público como expresión de los intereses individuales coincidentes de los Administrados. La persona que es investida con el ropaje de servidor público, debe estar consciente, desde que aspira al cargo, que esta asumiendo una responsabilidad mayor a la de cualquier otro ciudadano, al confiársele la administración de los recursos que servirán de insumo para la prestación eficiente, continua, igualitaria y justa del servicio público, por lo que dicha responsabilidad exige de quien la asume un especial celo en el cumplimiento de sus deberes asimilable a la figura del buen padre de familia, que en procura de la obtención del fin público perseguido, se asegura de tomar todas las previsiones y medidas necesarias para garantizar que su conducta responda a la confianza depositada. En el caso de la declaración de la situación patrimonial, se debe recordar que el legislador al momento de promulgar la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública definió que dicha normativa tenía como fin prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública (artículo 1), para lo cual estableció una serie de disposiciones que entre otros, definen un régimen preventivo integrado por prohibiciones, incompatibilidades y la regulación de donaciones y obsequios (prevenir), un régimen de control integrado por la figura de la declaración de la situación patrimonial (detectar) y un régimen sancionatorio integrado por un listado de hechos generadores de responsabilidad administrativa y penal (sancionar), los cuales constituyen instrumentos fundamentales para el combate a la corrupción por parte de la órganos de control interno y externo, así como de la sociedad civil. Dada la importancia de dichos regímenes y su trascendencia para la consecución de los fines de esa Ley que además son de rango constitucional al amparo de los artículos 9 (responsabilidad), 11 (legalidad, evaluación y rendición de cuentas) y 192 (idoneidad legal, técnico y moral del servidor público) de la Carta Magna, el incumplimiento del deber de presentar la declaración declaración jurada

de bienes, ya sea por su no entrega o por su entrega tardía es sumamente grave, en razón de que impide a la Contraloría General de la República contar con la información necesaria para ejercer su competencia constitucional de fiscalización y control de la Hacienda Pública, por lo que la aplicación de una medida sancionatoria expulsiva como sería la cancelación de la credencial no resulta desproporcionada en razón del bien jurídico que se busca proteger...”.

Tal y como se analiza en el texto transcrito, el legislador promulgó la LCCEIFP a fin de otorgar a la Administración activa y a los órganos de control y fiscalización un instrumento legal que permita prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública, normativa que como se puede desprender fácilmente de este estudio, viene a complementar el conjunto de normas de control y fiscalización, entre las que se encuentran la Constitución Política, la Ley General de la Administración Pública, la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y la Ley General de Control Interno.

La LCCEIFP constituye una herramienta más a favor de la lucha contra la corrupción, la cual como veremos a continuación introduce disposiciones importantes para la determinación de responsabilidades en el orden administrativo y penal.

2. Concepto de servidor público. El artículo 2 de la LCCEIFP adopta el concepto de la Ley General de la Administración Pública antes visto, omitiendo incluir a los servidores de empresas públicas, como si lo hace la LOCGR en el artículo 78.

No obstante, el párrafo segundo de la norma señala que las disposiciones de esa Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión.

3. Figuras introducidas en la LCCEIFP en materia de responsabilidad administrativa.

3.1. Deber de probidad. El artículo 3 positiviza uno de los deberes esenciales para el ejercicio de la función pública y el manejo de fondos públicos, a saber el deber de probidad, definido como la obligación de orientar la gestión del funcionario público a la satisfacción del interés público.

Dicho deber se encuentra recogido también en el artículo 114 de la LGAP que dispone que el servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público.

Asimismo, el deber de probidad ha sido ampliamente desarrollado en sede penal, rescatándose el siguiente extracto de un fallo emitido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que define como bien jurídico tutelado en el delito de peculado el deber de probidad y no necesariamente el daño al patrimonio público. Al respecto señaló:

“... como por el contrario, los *deberes* y *probidad* con la que debían actuar los acusados en torno a los bienes que tenían bajo su administración, cuya afectación no se puede medir bajo un parámetro estrictamente material o cuantificable económicamente, pues lo que se afecta en estos casos es la confianza o transparencia de la función pública, como nos lo recuerda, una vez más, FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ al decir que lo que se castiga es el quebranto al deber de probidad que el funcionario público tiene respecto de los bienes que le son encomendados en razón de su cargo, no siendo, por el contrario un tema de lesión patrimonial, la cual puede o no darse en el caso

concreto; así, concluye este autor nacional, el delito es contra los Deberes de la Función Pública, que exigen del funcionario un especial deber de probidad respecto de los bienes que administra. (Ver: **CASTILLO GONZÁLEZ**, op. cit. p. 11). Precisamente, en punto a ese *especial deber de probidad* es que se encuentra ayuna de fundamento la sentencia bajo examen y es respecto de ello que debe señalarse una de sus principales carencias. Bajo esta tesitura, según lo que refiere la doctrina citada, el daño o resultado material, consistente en una efectiva disminución del patrimonio, puede ser que nunca ocurra. Basta, para la configuración del delito, que el funcionario acusado al administrar, percibir, custodiar o emplear los bienes públicos, no lo haga con la probidad requerida; entendida la *probidad* como el adecuado, transparente y honrado manejo de los bienes o dineros estatales, ya sea para beneficiarse a sí mismos, o bien, para beneficiar a otro, como lo acusó, en este caso, el Ministerio Público...” (Sentencia No. 149-2007 de las 16:10 horas 27 de febrero de 2007)

Cabe señalar que el término “interés público” constituye un concepto jurídico indeterminado que deberá ser definido por el juzgador en cada caso concreto, al analizar si la conducta administrativa fue orientada a su satisfacción o si por el contrario lo que buscaba eran fines contrarios al ordenamiento jurídico.

Es por ello que aunque en el artículo citado y en el Reglamento a la LCCEIFP se hace referencia a algunas manifestaciones del deber de probidad, se debe tener claro que éstas no son las únicas conductas que se pueden enmarcar dentro de éste, toda vez que del estudio de los deberes generales y especiales del funcionario público, es posible extraer otros supuestos que se puedan considerar como manifestaciones del deber de probidad.

Una vez realizada esta aclaración, se procederá a estudiar las conductas señaladas por la Ley en estudio como manifestaciones del deber de probidad, las cuales como se verá coinciden en algunos casos con los deberes generales y especiales supra citados.

Eficiencia. Identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente y continua: la norma establece el deber que tiene el funcionario público de brindar un servicio no sólo continuo, sino además eficiente, lo cual tiene relación directa con el análisis realizado líneas atrás sobre el principio de evaluación y rendición de cuentas al señalar que con la reforma al artículo 11 de la Constitución Política, se elevó a rango constitucional el deber de los funcionarios públicos de desempeñar su labor no sólo con apego a la legalidad, sino también en forma eficaz y eficiente, garantizando así el derecho que tienen los habitantes de exigir al Estado sus obligaciones de orden prestacional.

El hecho de que la norma de la LCCEIFP indique con total claridad como manifestación del deber de probidad la continuidad y eficiencia en la función pública no es casualidad, sino que responde a una nueva concepción sobre el régimen de responsabilidad de la Administración que no se queda en el respeto al bloque de legalidad, sino que va más allá al exigir del servidor público como parte de sus deberes, la prestación continua y eficiente de los servicios. Al igual que se indicó en el análisis del párrafo primero del artículo 3, la norma incorpora conceptos jurídicos indeterminados como “necesidades colectivas prioritarias”, “planificada”, “regular”, “eficiente” y “continua”, cuyo contenido se deberá determinar en cada caso concreto como resultado del estudio de las funciones asignadas al servidor, las normas escritas y no escritas que regulan la materia y dentro de éstas especialmente, las reglas de la lógica, técnica y razonabilidad, dado que la planificación y la eficiencia en algunos casos no son regladas, por lo que el juzgador tendrá que hacer un análisis de razonabilidad y proporcionalidad para concluir si la conducta del servidor fue planificada y eficiente. En ese mismo sentido, la regularidad (ajuste de la conducta administrativa a las normas que regulan la materia) y continuidad (prestación del servicio sin interrupciones), dependerán por ejemplo de las particularidades del servicio que se esté brindando, por lo que en cada caso el juzgador deberá establecer si se violó o no esa regularidad y continuidad.

Igualdad. Identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias en condiciones de igualdad para todos los habitantes de la República: la norma recoge el principio de igualdad del artículo 33 de la Constitución Política, al establecer como parte de los deberes del funcionario público, la satisfacción del interés público sin discriminación alguna contra la dignidad humana, prohibiéndose hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales. Asimismo y como derivación de este principio, se encuentra el denominado “principio de inderogabilidad singular del reglamento” que prohíbe a la Administración desapplicar para un caso específico la normativa que regula la materia.

Rectitud y buena fe. Demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley: los términos rectitud y buena fe son conceptos jurídicos indeterminados que deben ser definidos en cada caso concreto por el juzgador en la forma antes indicada. Cabe señalar que si bien se trata de valores relacionados con la ética, no se debe perder de vista que en el caso de la función pública, la rectitud y buena fe son parte de los deberes constitucionales y legales del servidor por lo que su incumplimiento podría generarles responsabilidad disciplinaria y civil, máxime que el artículo 4 de la LCCEIFP establece que la infracción al deber de probidad constituye causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal. Aunado a ello se debe recalcar el hecho que al señalar la norma que la rectitud y buena fe debe orientar el ejercicio de las potestades que la ley confiere al servidor público y al estar este último regido por el principio de legalidad (bloque de legalidad), se debe entender que la infracción a dicho deber podría presentarse en cualquiera de las conductas realizadas en el ejercicio de la función pública.

Imparcialidad y consecución del fin público. Asegurarse que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajusten a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña: esta disposición tiene relación directa con la satisfacción del fin público como objetivo último del ejercicio de la función administrativa, prohibiendo la búsqueda de cualquier otro fin o interés distinto, como sería el otorgamiento de ventajas o beneficios ilegales a favor de un funcionario público o de terceras personas en detrimento del interés público.

Cabe señalar que de conformidad con los artículos 131.3 de la LGAP y 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por la ley se califica como desviación de poder, la cual es motivo de impugnación de los actos administrativos de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política y puede generar responsabilidad administrativa y civil al servidor que incurra en ella.

En relación con la imparcialidad y consecución del fin público que debe procurar el servidor, es importante recordar que dentro del régimen preventivo regulado en la LCCEIFP, así como en otras leyes como la Ley de Contratación Administrativa y la Ley General de la Administración Pública, etc, se establecen una serie de prohibiciones, incompatibilidades y motivos de abstención tendentes a evitar posibles conflictos de intereses que vayan en detrimento de los principios éticos de la función pública y la sana administración de la Hacienda Pública. Con respecto a la trascendencia de la ética en la función pública y la necesidad de evitar conflictos de intereses en la gestión administrativa la Procuraduría General de la República en el dictamen C-249-2005 de 12 de diciembre de 2005 señaló que: “... Es así como el principio de imparcialidad se constituye en un límite y -al mismo tiempo- en una garantía del funcionamiento o eficacia de la actuación administrativa, que se traduce en el obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto a las interferencias de grupos de presión, fuerzas políticas o personas o grupos privados influyentes para el funcionario. Este es entonces el bien jurídico protegido o tutelado en los delitos contra la administración pública en general o la administración de justicia en lo particular: la protección del principio de imparcialidad o neutralidad de la actuación administrativa como medio de alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales...”.

Se debe recordar que de acuerdo con los criterios de la Sala Constitucional, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República, la obligación que tiene el servidor público de evitar el conflicto de intereses no se reduce a las prohibiciones, incompatibilidades o a la existencia de un contrato de dedicación exclusiva, sino que dicho servidor tanto durante su jornada de trabajo como fuera de ella, debe evitar colocarse en una posición que vea comprometida su imparcialidad y objetividad producto del choque entre el interés público y el interés personal o de un tercero. Al respecto esta Contraloría General de la República ha dicho: “... Sobre esto último, valga señalar que esta Contraloría General ha señalado reiteradamente que el hecho de que el funcionario público no esté sujeto al régimen de prohibición o que, aún estándolo, pueda ejercer su profesión en los supuestos de excepción, dicho ejercicio nunca debe entorpecer o afectar en modo alguno el desempeño normal y eficiente del puesto ocupado, ni tampoco debe producirse ninguna incompatibilidad contraria a los principios éticos de la función pública y al deber de probidad, de tal suerte que las actividades que asuma el profesional fuera de su jornada ordinaria no deben entrañar ningún conflicto de intereses respecto de los asuntos que se atienden en la institución para la que presta sus servicios...”. (Ver oficio No. 08769-2005 de 21 de julio de 2005)

En ese sentido, se debe entender que como parte del régimen preventivo, el servidor tiene la obligación de abstenerse de realizar cualquier actividad que pueda poner en riesgo la satisfacción del interés público, independientemente de que exista norma o no que tipifique la prohibición de realizar alguna actividad específica, lo cual no quiere decir que dicho impedimento carezca de sustento legal, sino que éste se encuentra en el deber de probidad que como se ha indicado en reiteradas ocasiones tiene sustento constitucional y legal en los artículos 11 de la Carta Magna y 3 de la LCCEIFP respectivamente.

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 38, inciso b), de la esa Ley, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario que “independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público”.

Eficiencia, legalidad y rendición de cuentas. Administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente: la norma reitera como componente del deber de probidad la eficacia, eficiencia y economía en la gestión pública, ya no sólo en relación con la identificación y atención de las necesidades colectivas, sino también en la administración de los recursos públicos.

Se ratifica la trascendencia de llevar a la práctica el principio de evaluación y rendición de cuentas proclamado en la Constitución Política en los términos supra citados. Asimismo se incorpora el deber de adecuar la conducta administrativa al principio de legalidad, entendido desde sus dos facetas antes vistas (positiva y negativa).

Se confirma así la mayor amplitud de la responsabilidad del servidor público ya no sólo en los casos en que incumpla el ordenamiento jurídico, sino también cuando su actuación no sea eficiente, la cual por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, deberá ser el juzgador sobre la base de la razonabilidad, la lógica, la técnica y la proporcionalidad quien deberá definir en cada caso concreto si la conducta del funcionario se ajusta a dicha eficiencia.

Lo anterior, sin perjuicio de que, tal y como lo exige la Constitución Política en su artículo 11, la ley señale los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas, caso en el cual se deberá analizar la actuación del servidor de frente a los parámetros de eficiencia previamente establecidos.

Con respecto a la rendición de cuentas se puede observar como éste es otro de los deberes que la Constitución incorpora y que se incluyen en la norma en estudio como parte de la probidad del funcionario público, entendiendo este deber, al menos en los siguientes tres campos:

- Transparencia de la gestión mediante la existencia de registros que permitan verificar la conducta administrativa, los cuales deberán ser completos y actualizados.
- Acceso irrestricto

de los archivos institucionales para que los órganos de control y fiscalización, así como los ciudadanos puedan vigilar la función realizada por la Administración. Esto implica no sólo permitir el acceso, sino la existencia de facilidades para obtener la información, de manera que no se deniegue ese derecho por falta de condiciones materiales adecuadas para ese fin. c) Rendición de cuentas por parte del servidor mediante informes de resultados, declaraciones de bienes o remisión de información solicitada por los órganos de control y fiscalización o la ciudadanía.

En relación con este deber, el artículo 12, inciso e) de la LGCI señala como parte de los deberes del jerarca y los titulares subordinados *“Presentar un informe de fin de gestión y realizar la entrega formal del ente o el órgano a su sucesor, de acuerdo con las directrices emanadas por la Contraloría General de la República y por los entes y órganos competentes de la administración activa”*, lo cual de conformidad con los artículos 39 y 41 de esa Ley podrá generar responsabilidad administrativa al servidor que incumpla ese deber. Con respecto a la responsabilidad administrativa del servidor público por incumplir el artículo 12 inciso e) LGCI, ver oficio de la Contraloría General de la República No. 13275 de 18 de octubre de 2005.

De acuerdo con lo anterior, todas aquellas conductas que directa o indirectamente vulneren el deber de rendición de cuentas serían violatorias del deber de probidad y, por consiguiente, podrían generar responsabilidad disciplinaria al servidor. 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.

3.2. Fraude de ley. Consiste en las maniobras o procedimientos que tienden a eludir, indirectamente la aplicación de una ley imperativa, para obtener bajo una forma lícita un resultado contrario al ordenamiento jurídico o a la satisfacción del fin público. Cabe señalar que en el supuesto de que el acto que se ejecuta en fraude de ley haya generado derechos subjetivos, dicha nulidad podrá ser declarada únicamente mediante los mecanismos establecidos en los artículos 173 y 183.3 de la LGAP, con pleno apego a los principios del debido proceso y el derecho de defensa de los titulares del acto que se pretende anular.

3.3 Régimen preventivo. En relación con los alcances del Régimen Preventivo de la LCCEIFP, la Contraloría General de la República ha dicho:

“... La Ley No.8422 contiene en su Capítulo II un amplio del régimen preventivo, en donde se establece un claro y preciso conjunto de normas aplicables a determinados funcionarios y autoridades públicas contemplados en el articulado de dicho Capítulo, mediante la ordenación de todo un régimen de prohibiciones e incompatibilidades, tendiente a evitar potenciales o reales conflictos de intereses, o lo que es lo mismo, asegurar el efectivo cumplimiento de los principios de objetividad, imparcialidad, neutralidad, transparencia y primacía del interés público que presiden el accionar de quienes sirven a la Administración Pública. De esa forma, el legislador se ocupó de fijar y sancionar un régimen de prohibiciones e incompatibilidades por razones de buen servicio público que ha de ser observado estrictamente, así como fiscalizado y controlado en su efectiva aplicación.... ”. (Ver oficio 16216 de 15 de diciembre de 2004)

De acuerdo con el texto transcrito, el régimen tiene como objetivo esencial evitar posibles o reales eventuales conflictos de interés, mediante el establecimiento de prohibiciones e incompatibilidades que garanticen la objetividad, imparcialidad, neutralidad y transparencia

del funcionario, en procura de la consecución del fin público. Asimismo, dicho régimen busca evitar que el funcionario se distraiga en labores ajenas a su cargo público.

Es importante señalar que al ser un régimen de carácter preventivo, lo que se busca es que el funcionario público evite desarrollar algunas actividades que lo puedan colocar en una posición que ponga en peligro su imparcialidad al momento de velar por el fin público que juró proteger, de manera tal que sin importar si el conflicto de intereses se presentó o si existieron daños y perjuicios a la Administración por esa falta, se debe entender que desde que el funcionario viola el régimen preventivo la infracción se tiene por cometida, generando responsabilidad disciplinaria al funcionario culpable. Aunado a ello se establece la regulación de las donaciones y obsequios recibidos por funcionarios públicos, los cuales pasan a ser propiedad de la Nación cuando su valor sea superior a un salario base.

3.4. Régimen de Control. se establece el deber de declarar la situación patrimonial de los funcionarios indicados en la LCCEIFP y su Reglamento, como forma de detectar situaciones anómalas que puedan determinar la existencia de actos de corrupción.

En la declaración el servidor autoriza a la Contraloría General de la República requerir información pertinente a empresas y organizaciones financieras o bancarias, nacionales o extranjeras, con las que posean vínculos o intereses económicos o participación accionaria relevantes para los fines de dicha Ley.

La Ley tipifica la infracción denominada “simulación”, entendida como la falta de concordancia entre los bienes declarados ante la Contraloría General de la República y los que se estén usufructuando de hecho, o sea aquellos sobre los cuales el funcionario está disfrutando de su uso, aunque no tenga un título de propiedad o algún derecho reconocido legalmente para ese uso.

Se establecen tres condiciones para que se configure la simulación: que el usufructo sea sobre bienes de terceros, por lo que no aparecen en la declaración del funcionario; que el funcionario no pueda exhibir ningún título sobre los bienes que legitime el usufructo; y que el usufructo sea público, notorio, parcial o total, permanente o discontinuo. Aunado a lo anterior, se establece la presunción de que existe usufructo de hecho sobre los bienes muebles e inmuebles que conforman el patrimonio familiar y los pertenecientes a cualquiera de sus parientes por consanguinidad o afinidad, incluso hasta el segundo grado, o a cualquier persona jurídica, siempre que exista la forma indicada de usufructo. Se desarrolla la falta de simulación cuando no exista concordancia entre los bienes declarados y los que esté usufructuando de hecho el servidor obligado por ese deber.

3.5. Régimen Sancionatorio. El artículo 38 tipifica una serie de causales de responsabilidad administrativa que pretenden sancionar la comisión de actos de corrupción realizados por funcionarios públicos, así como la violación al régimen preventivo y de control establecido en esa Ley. Se reiteran los criterios de imputación de la responsabilidad disciplinaria de la LGAP (dolo y culpa grave) y se adopta el plazo de prescripción del artículo 71 de la LOCGR en relación con las infracciones previstas en la LCCEIFP.

V. Conclusión

La Constitución Política y la Ley General de la Administración Pública, obra maestra del derecho administrativo costarricense, constituyen los pilares del régimen de responsabilidad de la Administración Pública.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es la respuesta del constituyente a la necesidad de contar con un órgano del más alto nivel que vigile el manejo de la Hacienda Pública, trascendiendo el ámbito estrictamente administrativo hasta llegar al establecimiento de controles sobre sujetos de derecho privado que administran o custodian fondos públicos.

La Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública crea una serie de instrumentos jurídicos que complementan la normativa existente en la lucha contra la corrupción, tales como el régimen de prohibiciones e incompatibilidades tendentes a evitar conflictos de interés, la regulación sobre donaciones y obsequios, la declaración de la situación patrimonial y las causales de responsabilidad administrativa y penal contra actos contrarios al ordenamiento jurídico.

Aunado a ellas encontramos otras leyes que regulan el ejercicio de la función pública, tales como la Ley de Contratación Administrativa, la Ley General de Control Interno, la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, etc., las cuales regulan el procedimiento de formación de la voluntad administrativa y establecen los controles para su ejercicio, sancionando todas aquellas conductas que se aparten, en perjuicio de la consecución del fin público para las que fueron creadas.

Como se puede observar, existen suficientes normas que con meridiana claridad establecen los deberes y responsabilidades de las personas que acceden a un cargo público o que asumen el compromiso de manejar fondos públicos para la consecución del bienestar de la colectividad. El problema de la ineficiencia y la corrupción en Costa Rica no se encuentra en la falta de leyes sino en su aplicación.

Todos los días tenemos noticia de obras de infraestructura inconclusas o mal construidas, servicios públicos ineficientes en campos esenciales como la salud, la seguridad y la educación, actos de corrupción en donde los funcionarios se sirven de su cargo para apoderarse ilegítimamente de los recursos públicos, pagos millonarios por indemnizaciones de daños y perjuicios, pero casi nunca se escucha que los servidores que ejecutaron esas obras, brindaron esos servicios o causaron esos daños hayan sido sancionados o se les haya cobrado lo pagado por la Administración, tal y como lo dispone el artículo 208 de la LGAP.

La impunidad en Costa Rica no radica en la carencia de leyes, sino en la falta de hombres y mujeres que estén dispuestas a hacerlas valer. El imperio de la ley es una de las mayores conquistas del pueblo costarricense como Estado de Derecho, pero si no se aplica y no se lleva hasta sus últimas consecuencias, se vuelve un objeto inerte que lejos de fortalecer nuestra democracia, la debilita, al perder la fe de sus habitantes.

AMPLIACIÓN DEL CATÁLOGO DE DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. EFECTO SIMBÓLICO

M.Sc. Tatiana Gutiérrez Delgado¹

Introducción.

Dentro de la propuesta de ley inicial, de lo que es hoy la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública –en adelante LCCEI-, ya encontrábamos un capítulo dedicado a regular la responsabilidad penal derivada de la comisión de actos de corrupción, apartado que, finalmente, con algunas reformas, fue aprobado por la Asamblea Legislativa, como Capítulo V de la Ley N° 8422.

Definitivamente, de ese Capítulo lo que más resalta, a simple vista, es el número significativo de tipos penales, que adiciona al catálogo de delitos contra los deberes de la función pública contenido en el Código Penal.

Esta ampliación, es precisamente, el objeto del presente estudio, que será analizado, con el fin de determinar, en un primer momento, sus alcances formales, para luego pasar, a enfocarnos en los efectos, que se perciben a tres años de su vigencia.

1.- Tipificación de los delitos contra los deberes de la función pública. Antecedentes.

La utilización del derecho penal como herramienta para prevenir y castigar el ejercicio abusivo de los cargos públicos, la vemos reflejada, desde hace muchos años atrás, en el Ordenamiento Jurídico costarricense.

Desde el primer Código Penal costarricense (1880), encontramos un Título: “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, que recoge delitos funcionales. El Código Penal de 1924, por su parte, también cuenta con un apartado para los delitos contra los deberes de la función pública denominado: “Abuso de Autoridad y Violación de los Deberes de los Funcionarios”.

Dentro del Código Penal y de Policía de 1941, igualmente, se tipifican conductas contrarias al buen ejercicio de la función pública; si bien, como parte del acápite de los “Delitos contra la Administración Pública y el Régimen de Justicia”, ya de una manera más similar, a la encontramos en el Código Penal vigente, no sólo en cuanto a la nomenclatura de los delitos sino en la descripción de las conductas delictivas.

En este recuento histórico, llegamos al Código Penal vigente (1970), que en el Título “Delitos contra los deberes de la función pública”, contiene la mayoría de los delitos que, tradicionalmente, se han considerado como tales, en el derecho comparado. Y a la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los servidores públicos, N° 6872 de 17 de junio de 1983, derogada expresamente por la LCCEI, que regulaba algunos supuestos del delito de enriquecimiento ilícito y el delito de falsedad en la declaración jurada.

Recientemente, el catálogo de delitos contra los deberes de la función pública de nuestro Ordenamiento Jurídico, fue ensanchado, de forma significativa, con la LCCEI, que introdujo trece tipos penales.

2.- Delitos introducidos por la LCCEI:

De ese aumento numérico de delitos, de acuerdo con los objetivos que nos hemos propuesto para este estudio, interesa analizar, en qué medida vino a tipificar conductas que, con base en

*Ley contra la
Corrupción y el
Enriquecimiento Ilícito
en la Función Pública*

285

la regulación del Código Penal, no podían castigarse; y además, evaluar la aplicación que ha tenido la normativa, hasta el momento. Por ello, pasamos a examinar algunos aspectos de los tipos penales del Capítulo V, la materia de prohibición, la nomenclatura, sus antecedentes, y muy importante, su reflejo en las estadísticas judiciales.

En orden, empezamos con el *delito de enriquecimiento ilícito*, único de los delitos de la LCCEI, cuya nomenclatura corresponde a delitos de los que, tradicionalmente, contempla el catálogo de delitos contra los deberes de la función pública; y que tiene antecedentes, en nuestro Ordenamiento Jurídico, que datan de varias décadas atrás. De hecho, uno de ellos, el artículo 346 del Código Penal, mantiene vigentes sus tres primeros incisos, y provoca la coexistencia de dos tipos penales denominados delito de enriquecimiento¹, en el Ordenamiento.

En cuanto a la conducta descrita por el tipo penal, se observa un mayor acercamiento, a lo que se define como enriquecimiento ilícito en las convenciones internacionales sobre la materia², dándole un mayor ámbito de aplicación al delito, sin incurrir en los defectos de constitucionalidad, que habían sido señalados por la Sala Constitucional en el pasado, para este delito³.

Ese mayor alcance del delito, podría ser lo que explica, que el índice de casos entrados al sistema judicial por el delito de enriquecimiento ilícito, de acuerdo con las estadísticas llevadas por el Poder Judicial, de rondar como promedio en los años 1998 a 2003 en 4 denuncia, haya aumentado a 8 en el 2004, a un número récord de 21 denuncias en el 2005, y a 7 en el 2006.

Continuando con el análisis, pasamos al *delito de falsedad en la declaración jurada*, sobre el que basta con indicar, que tipifica una conducta, que, anteriormente, prohibía el artículo 27 de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito, por lo que no resulta novedoso para la legislación penal; y que, al igual que cuando estuvo vigente el numeral 27 citado, no reporta ningún caso entrado en el sistema judicial, durante los años 2004 a 2006.

Por su parte, el *delito de receptación, legalización o encubrimiento de bienes*, novedoso con esa nomenclatura, describe una conducta, que en parte, podía ser perseguida, con base en los artículos 324 (Receptación de cosas de procedencia sospechosa) y 325 (Favorecimiento real) del Código Penal. No obstante, debe reconocerse que el nuevo tipo penal, permite castigar otros supuestos, que desde el punto de vista del combate de la corrupción, han sido señalados como actos de corrupción por la Convención Interamericana contra la Corrupción, y que podrían definirse como “aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de actos de corrupción”. Y es que el artículo 47, no sólo prohíbe la recepción de los bienes, o la procura o ayuda para asegurar el producto o provecho de actos de corrupción; sino que va más allá, cuando define como delito la acción de quien administre o invierta, dichos bienes.

Pese a lo anterior, el delito de receptación, legalización o encubrimiento de bienes, es otro de los delitos que no han sido aplicados, conforme a las estadísticas del Poder Judicial.

Siguiendo el análisis con el *delito de legislación o administración en provecho propio*, contenido en el artículo 48 de la LCCEI, es fundamental apuntar, que el inciso d) del artículo 26 de la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito, tipificaba la conducta descrita por éste tipo penal, como un supuesto más del delito de enriquecimiento ilícito. Claro está, que lo hacía con un alcance menor, ya que, únicamente, incluía las acciones de “dictar” o “promulgar”, no establecía como objeto de esas acciones a los actos y contratos administrativos, y la condición de sujeto activo estaba restringida a los miembros de los supremos poderes; pero la esencia de la prohibición era la misma que la del artículo 48 de la LCCEI.

1 El proyecto de Reforma Integral de la LCCEI, auspiciado por la Fundación Honrad Adenauer Costa Rica, propone la derogatoria del artículo 346 del Código Penal.

2 Ver: Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

3 Ver: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1707-95 de las 15:39 horas del 28 de marzo de 1995.

Siendo así, podemos afirmar que la mayor variante que conlleva la LCCEI, en cuanto a la tipificación de esta conducta, es que convierte lo que era un inciso del delito de enriquecimiento ilícito, en un delito por sí mismo, dándole una mayor identidad; y no, la criminalización de una conducta antes atípica.

Ahora bien, precisamente, por no ser novedosa la tipificación de esta conducta, es que resulta interesante la reacción generada, a partir del momento, en que se le define como delito de legislación o administración en provecho propio. Y es que, este ilícito es uno de los que, a nivel de consulta, registra un mayor número de solicitudes formuladas, en la Procuraduría General de la República; asimismo, en lo que respecta a la denuncia administrativa tramitada por la Procuraduría de la Ética, se observa un importante número de asuntos en los que denuncia la comisión de ese delito; y no puede dejar de mencionarse, el gran interés mostrado por los participantes a los seminarios organizados por esta Procuraduría, en el delito. Tomando como referencia lo indicado, podemos afirmar que la estrategia legislativa, si se puede llamar de esta manera, de darle carácter de delito a una conducta, anteriormente, tipificada como parte de otro delito, le dio vigencia práctica, a la prohibición.

A pesar de lo anterior, aún en las estadísticas del Poder Judicial, no se refleja la tendencia señalada, ya que no existe constancia sobre casos tramitados por este delito.

En cuanto a los *delitos de Sobreprecio irregular, Falsedad en la recepción de bienes y servicios, y Pago irregular de contratos administrativos*, que tienen en común, el hecho de que la conducta típica se refiere a actuaciones relacionadas con la contratación administrativa, hacemos una breve referencia sobre la materia de prohibición de cada uno de ellos. El primero, prohíbe la acción de quien obtiene un provecho abusivo en un negocio en el que exista interés del Estado o estén de por medio fondos públicos; el segundo, tipifica la conducta del funcionario o consultor contratado, que le corresponde velar por la buena ejecución o construcción de una obra o porque el servicio u obra contratado sean recibidos a satisfacción, y por el contrario, incurre en falsedad o manipulación de la información al respecto; y el último, que establece responsabilidad penal para el funcionario que permita pagos, sabiendo que la obra, servicio o bien contratados, no fue ejecutada o entregada, satisfactoriamente.

La introducción de los delitos referidos, ha sido cuestionada por algunos operadores judiciales, que consideran que describen conductas que podían ser castigadas con fundamento en tipo penales contenidos en el Código Penal, citándose, principalmente, el delito de peculado, como uno de ellos; y que más bien, su inclusión al Ordenamiento, vino a dificultar la penalización de las conductas, no sólo porque la descripción realizada no es la deseable, sino porque prevén penas distintas a las del Código Penal.

A pesar de que coincidimos, en parte, con los cuestionamientos mencionados, nos parece que la creación de tipos penales que refieren, expresamente, a actos de corrupción cometidos, en relación con la contratación de bienes, obras y servicios por parte del Estado, con responsabilidad tanto de funcionarios públicos como de particulares; podría ser un paso importante, para dirigir la atención, hacia un campo que se ha caracterizado por sus prácticas corruptas¹, y por la destacable participación del sector privado, en los actos de corrupción.

1 "... según repetidas encuestas, la corrupción es más importante en la construcción que en cualquier otro sector de la economía ...
Las prácticas corruptas abundan en todas las fases de los proyectos de construcción ...
Algunas características hacen que el sector de la construcción sea más propicio para los actos de corrupción, entre ellas: la gran competencia por contratos a gran escala, los numerosos permisos y aprobaciones oficiales, el carácter único de algunos proyectos que hace difícil comparar los precios, las oportunidades de demora y excesos, y el hecho de que la calidad del trabajo se vea rápidamente ocultada en el hormigón, y el yeso y los revestimientos. Los proyectos son ejecutados por decenas, a veces, cientos de subcontratistas de menor escala lo que genera un laberinto de transacciones difíciles de supervisar." *Informe Global de Transparencia Internacional sobre la Corrupción, 2005.*

Ahora bien, la gran incidencia de actos de corrupción en la contratación administrativa, de la que tanto se habla, no se ve reflejada en las estadísticas judiciales, ya que los delitos citados, tampoco, contabilizan casos entrados, durante el período de estudio.

Continuando con este análisis, nos referimos al *delito de tráfico de influencias*, que por primera vez se tipifica como un delito independiente y se le denomina como tal, en la LCCEI, pero del que encontramos antecedentes normativos. Es el caso, del inciso ch) del artículo 26 de la derogada Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito, que describía un supuesto similar al que recoge el artículo 52 de la LCCEI, aunque, evidentemente, con un menor alcance. En este mismo sentido, el inciso 1) del artículo 346 del Código Penal, que mantiene su vigencia, que hace referencia a la acción de “influir”, verbo característico del delito. En ambos casos, el tráfico de influencia es definido como un supuesto más, del delito de enriquecimiento ilícito.

Ahora bien, la tipificación que realiza la LCCEI de este delito, sin duda alguna muy ambiciosa, también se ha visto cuestionada, por quienes consideran que la norma se pierde al querer ampliar los alcances del delito, y que esta circunstancia, aunado a la vigencia del supuesto contenido en el artículo 346 supracitado, hacen más compleja su aplicación. No obstante, compartir algunas de las preocupaciones apuntadas, nuevamente, encontramos bondades en la medida legislativa; y es que, frente a una conducta que es vital reprimir, si se quiere tener éxito en el combate de la corrupción, la introducción de este tipo penal, por lo menos puso en el tapete el tema, reactivando la discusión y la denuncia –en sede administrativa y desde la experiencia de la Procuraduría de la Ética-, de una conducta que, indiscutiblemente, constituye un acto de corrupción. Finalmente, cabe destacar, que la tipificación que hace el artículo 52 del delito, se adecua mejor a las exigencias de las convenciones internacionales sobre la materia¹.

Pese a la indiscutible relevancia, que tiene la penalización del tráfico de influencia como acto de corrupción, este ha sido, a lo largo de su historia, uno de esos tipos penales, que no ve reflejada su importancia en las estadísticas judiciales; pues como lo vimos, el delito de enriquecimiento ilícito antes de la entrada en vigencia de la LCCEI, registraba una aplicación ínfima, y una vez, creado el delito de tráfico de influencia, sus número tampoco son alentadores, ya que, únicamente, se registran dos denuncias, desde su vigencia.

Pasando al *delito de prohibiciones posteriores al servicio del cargo*, de primer orden resulta indicar, que tipifica una conducta nunca antes considerada delictiva, por nuestro Ordenamiento; que prohíbe al funcionario, aceptar un empleo con la persona física o jurídica favorecida con un contrato administrativo, en el que el servidor haya tenido participación, en cualquiera de las fases del procedimiento de contratación. La prohibición rige, durante un “período de sospecha”, que corresponde a un año, contado a partir de la celebración del contrato, tiempo en que se presume que todavía el funcionario podría obtener beneficios ilícitos como retribución de actuaciones llevadas cabo para favorecer al adjudicatario.

Como se observa, para que la conducta sea típica, no se requiere probar que el funcionario actuó ilícitamente, ni tampoco que el adjudicatario obtuvo un beneficio ilegítimo, basta, con que se compruebe que bajo las circunstancias apuntadas, aceptó el empleo.

En cuanto a la aplicación de la norma, de acuerdo con los registros del Poder Judicial, debemos catalogarlo como otro de los delitos de la LCEEI, que aún no registra casos entrados al sistema judicial.

El artículo 54 de la LCCEI, introduce el *delito de apropiación de bienes obsequiados al Estado*, norma que se complementada con el numeral 20 del mismo cuerpo normativo. Si bien, no existía un delito con esa nomenclatura, anteriormente, la aceptación de cualquier tipo de dádivas u obsequios, por parte de funcionarios, en términos muy similares a los descritos en el artículo

1 Ver: Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción, Artículo 18.

54, ya estaba prohibido por el inciso 3) del artículo 346 del Código Penal, que dicho sea de paso, sigue vigente.

Siendo así, salvo por algunos detalles establecidos en el artículo 20 supracitado, que más bien, vinieron a autorizar al funcionario a conservar algunos obsequios, se puede afirmar, que la variación, en cuanto a la tipificación de la conducta, es mínima.

No obstante, el hecho de que se haya hecho mención, en forma expresa, a obsequios recibidos como gesto de cortesía o costumbre diplomática, a nuestro criterio, marcó una diferencia; ya que respecto a este tipo de bienes, no existía una conciencia clara, de que el Ordenamiento prohibía al funcionario conservarlos, como bienes de su propiedad. Esto provocó, como en el caso de otros delitos sobre los que ya hemos comentado, que la tipificación de la conducta despertara interés en los funcionarios y en la opinión pública, en general.

Ahora bien, como parece ser la constante, ese interés en la prohibición que se percibe, no ha conllevado a una aplicación de la norma en sede judicial, ya que hasta el año 2006, no se habían registrado casos entrados por este delito.

Siguiendo con el *delito de soborno transnacional*, al que las convenciones internacionales de la materia le han dado especial énfasis, cabe señalar que fue adicionado, por primera vez a nuestro Ordenamiento mediante la Ley N° 8185 de 18 de diciembre de 2001, como artículo 323 bis del Código Penal, aunque con el nombre de "Ofrecimiento u otorgamiento de dádiva o retribución", tipo penal, que aún mantiene vigencia.

El artículo 55 de la LCCEI, esta vez con el nombre de delito de soborno transnacional, vuelve a tipificar la conducta, describiendo una conducta muy similar a la del numeral 343 bis citado, con dos diferencias, un ámbito de aplicación más amplio, porque reconoce como sujeto pasivo del delito, también a los funcionarios de organismos o entidades internacionales, y tipifica la conducta de quien recibe la dádiva; y el establecimiento de un máximo de la pena más grave.

De acuerdo con lo indicado, debemos reconocer que la tipificación del delito de soborno transnacional de la LCCEI resulta más completa que la del Código Penal, pero también tener presente, que el hecho de que exista una duplicidad en cuenta a la tipificación de la conducta, provoca inconvenientes, en cuanto a aplicación de las normas y la seguridad jurídica.

Por último, respecto al soborno transnacional, mencionar, que no existe reporte alguno, de denuncia con base en ninguno de los dos tipos penales.

En cuanto al *delito de reconocimiento ilegal de beneficios laborales*, como dato principal, se debe apuntar que el artículo 56 tipifica una conducta, que no estaba penalizada, anteriormente. Y es que, el Código Penal prohíbe los nombramientos ilegales, pero la conducta descrita por el numeral 56 de la LCCEI, está más bien referida, al reconocimiento de beneficios patrimoniales derivados de la relación de servicios, contrarios al ordenamiento jurídico aplicable. De ahí, que la tipificación resulte novedosa.

A pesar de la novedad, a través de la labor que se realiza en la Procuraduría de la Ética, se percibe que es un tipo penal, que no ha causado gran impacto; y es que, hasta el momento, en este sede, no se ha presentado ninguna denuncia administrativa ni consulta con fundamento en este tipo penal; ni tampoco, se han tramitado casos penales, conforme a las estadísticas del Poder Judicial.

Continuando el estudio, nos referimos al delito denominado *Influencia en contra de la Hacienda Pública*, del cual no encontramos antecedentes, pero cuya materia de prohibición es tan amplia, que resulta evidente, que se traslapa con la de algunos de los delitos previstos en el Código Penal. Y es que, de acuerdo con la descripción del tipo penal, sería típica casi cualquier participación de un funcionario, en ejercicio de su cargo, dirigida a producir un resultado lesivo a los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública o al interés público.

Sin pretender entrar en un análisis sobre los eventuales problemas que presenta la tipificación de las conductas, en cuanto a su técnica legislativa, por sobrepasar el objeto de estudio de este ensayo, sí interesa comentar sobre las dificultades que existen, percibidas por la Procuraduría de la Ética al momento de capacitar a funcionarios públicos sobre la LCCEI, para comprender los alcances de la prohibición de la norma; lo que siempre resulta inconveniente, no sólo por los cuestionamientos de constitucionalidad que podrían plantearse, sino por los problemas que se presentan al aplicar la norma.

De acuerdo con lo expuesto, nos encontramos frente a un delito, cuya descripción reconoce un ámbito de aplicación tan amplio, que dificulta establecer, en qué medida, la conducta que prohíbe, ya estaba penalizada por el Código Penal; razón por la cual, no se concluye al respecto.

Probablemente, como consecuencia de lo apuntado, no se registra la aplicación en sede judicial, del artículo 57 de la LCCEI.

Finalmente, la LCCEI introduce el delito de fraude de ley en la función administrativa, complementado por el artículo 5 de la misma Ley, penalizando, así, una figura contenida en el numeral 20 del Código Civil. Sin duda alguna, nos encontramos frente a un tipo penal novedoso, igualmente, con amplios alcances, al que resultarían de aplicación, los comentarios externados respecto al delito analizado anteriormente.

Respecto al delito de fraude de ley, de acuerdo con el objeto de este estudio, solo resta mencionar que tampoco contabiliza casos entrados, en las estadísticas judiciales.

Ahora bien, el análisis efectuado de los tipos penales contenidos en la LCCEI, de acuerdo con nuestro objeto de estudio, nos lleva a las siguientes conclusiones. En primer lugar, que la LCCEI vino a tipificar algunas conductas que no podían castigarse, con base en la normativa del Código Penal; pero este efecto, es poco significativo, si se toma en cuenta la cantidad de tipos penales que introdujo la LCCEI al catálogo de delitos contra los deberes de la función pública. Y es que de los trece tipos penales de la LCCEI, únicamente, tres de ellos, penalizan conductas, que definitivamente, no estaban tipificadas por el Código Penal; y sólo cinco, amplían, de alguna forma, el ámbito de aplicación de prohibiciones, que cabe resaltar, ya estaban contenidas en la legislación penal.

Por otra parte, que los delitos previstos en la LCCEI, han tenido muy poca aplicación; lo que se refleja, claramente, en los datos estadísticos del Poder Judicial sobre el número de casos entrados al sistema judicial de los años 2004, 2005 y 2006, en los que se observa que *once* de los trece delitos de la LCCEI, no registran ningún caso como entrado. Encima, los datos sobre los delitos de enriquecimiento ilícito y tráfico de influencias, únicos que aparecen con registros, tampoco, son alentadores; ya que en el caso del primero, que contabiliza un aumento importante de casos en el año 2005, para el siguiente año cae, nuevamente, al promedio que ha venido manteniendo, desde hace por lo menos una década atrás; y en cuando al segundo, reporta sólo dos casos, durante toda su vigencia.

A partir de estas dos conclusiones, parece lógico que lo que corresponde es afirmar, que la propuesta de la LCCEI, en lo que se refiere a responsabilidad penal por actos de corrupción, no representó un avance importante en cuanto al combate de la corrupción; no obstante, a nuestro criterio, deben rescatarse algunos efectos positivos, derivados de esa tipificación.

3. Efecto simbólico:

Al analizar los delitos de tráfico de influencias, legislación o administración en provecho propio, y aceptación de bienes obsequiados al Estado, se comentó que, a pesar de que estos delitos tipificaban conductas, ya penalizadas por el Código Penal y la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito, como supuestos del delito de enriquecimiento ilícito; a partir del momento en que la LCCEI les

da carácter de delito, a nuestro criterio, se despertó un especial interés, en los funcionarios y en la opinión pública en general, respecto a estas prohibiciones.

A tres años de la entrada en vigencia de la Ley, se percibe una mayor conciencia, en la opinión pública, sobre el carácter delictivo de las conductas descritas en estos tipos penales; y se escuchan, con más frecuencia, cuestionamientos de los ciudadanos y la prensa, sobre conductas de funcionarios públicos que se considera, podrían llegar a configurar estos delitos.

De esta manera, lo que fueron prohibiciones en letra muerta, que pasaban, totalmente, desapercibidas, no sólo para los operadores de justicia sino para los destinatarios de las normas; adquirieron vigencia práctica.

Precisamente, este efecto, es el que consideramos debe ser destacado, como un efecto positivo de la regulación que hace la LCCEI, y es que, el que se tome conciencia sobre cuáles conductas constituyen actos de corrupción, y más cuanto se trata de conductas tan gravosas, no puede verse sino como un paso hacia adelante en el combate de la corrupción.

Si bien es cierto, lo señalado, podría ser considerado “una simple utilización simbólica del poder punitivo”^{1 2}, por el hecho de que no está acompañado de un importante porcentaje de casos investigados y enjuiciados; a nuestro juicio, y por las razones apuntadas, resulta positivo como mecanismo de combate de la corrupción.

4. Conclusiones.

- La LCCEI vino a tipificar *algunas* conductas que no podían castigarse, con base en la normativa del Código Penal; pero este efecto, *es poco significativo*, si se toma en cuenta la cantidad de tipos penales que introdujo la LCCEI al catálogo de delitos contra los deberes de la función pública.
- Los delitos previstos en la LCCEI, han tenido *muy poca aplicación*, de acuerdo con los datos estadísticos del Poder Judicial.
- La tipificación de los delitos de tráfico de influencias, legislación o administración en provecho propio, y aceptación de bienes obsequiados al Estado, ha traído efectos positivos, como mecanismo de combate de la corrupción.

1 “La previsión de tipos delictivos con sanciones muy severas, pero con un bajo porcentaje de casos investigados y enjuiciados, tal como ha ocurrido con el enriquecimiento ilícito, se transforma en una simple utilización simbólica del poder punitivo”. CRUZ CASTRO (Fernando), Prólogo, En: Corrupción e Impunidad: correlaciones e implicaciones, San José, Editorial Jurídica Continental, 2004, p.37

2 Ver: ZAFFARONI (Eugenio Raúl) “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, En: Teorías Actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, AD-HOC S.R.L., 1998, p. 616.



Publicaciones

→→→→→ cgr

*Versiones: Impresa (100 ejemplares)
Digital (300 discos compactos)*

*Documento reproducido por la sección de Publicaciones
de la Contraloría General de la República.*

Noviembre 2007