

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio no. **07859**

17 de agosto, 2010
DJ-3257-2010

Señora
Angélica Venegas Venegas
Subproceso Secretaria JD

COMITÉ CANTONAL DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE BELÉN

Estimado señor:

Asunto: *Se atiende consulta formulada por el Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Belén, sobre incompatibilidades, impedimentos y prohibiciones de los miembros de la Junta Directiva del Comité*

Damos respuesta a su oficio no. AA-179-2010/SE-07-03 del 26 de abril de 2010, mediante el cual el Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Belén, consulta sobre incompatibilidades entre los puestos de una Asociación Deportiva y la Junta Directiva del Comité Cantonal de Deportes.

Mediante nota del 8 de junio de 2010, presentada en este despacho el 9 de junio de 2010, el señor Juan Manuel González Zamora, expone su criterio sobre lo consultado, indicando que solo existe incompatibilidad en cuanto al impedimento que señala el numeral 18 de la Ley contra la Corrupción y el Tráfico de Influencias, si se reciben recursos del Estado costarricense a título gratuito, no así cuando se trata de recursos a título oneroso o mediante contrato debidamente adjudicado.

Sobre el particular, en virtud de nuestra potestad consultiva, consagrada en el artículo 29 de la Ley Orgánica de esta Contraloría General de la República, no. 7428 de 7 de setiembre de 1994, atendemos la presente solicitud de criterio, teniendo en cuenta que su alcance tiene efectos vinculantes en lo que se refiere a la materia objeto de nuestras competencias constitucionales y legales. Así las cosas, a partir de lo anterior esta Contraloría General orienta

las acciones que debe atender la administración activa para la resolución de los casos concretos, por ser ello de su competencia.

I.- Motivo de la consulta:

La consulta se plantea sobre tres aspectos:

1. "Si miembros de la Junta Directiva de una Asociación Deportiva pueden ser a su vez miembros de la Junta Directiva del Comité Cantonal de Deportes.
2. Si un miembro de una Asociación Deportiva, quien es su representante legal, puede ser miembro de la Junta Directiva del Comité Cantonal de Deportes, con quien tiene un contrato de servicios ganado mediante una licitación pública.
3. Si un funcionario de una institución pública puede integrar la Junta del Comité, quien recibe recursos de la Municipalidad"

II.- Criterio del Despacho:

Es pertinente señalar, en primera instancia, que en el ejercicio de la potestad consultiva atribuida a la Contraloría General, y la Circular no. CO-529 sobre la atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (publicada en el diario oficial La Gaceta no. 107 del 5 de junio de 2000), el órgano contralor no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la administración respectiva, sino que en el ejercicio de sus funciones emite criterios generales que deben orientar a las administraciones en la toma de sus decisiones y que resultan vinculantes en lo de su competencia.

Para efectos de atender las consultas planteadas, interesa hacer referencia a los comités cantonales de deportes y recreación en punto a su naturaleza jurídica y su relación con las entidades municipales.

Los comités cantonales de deportes y recreación son regulados por el Código Municipal en sus artículos 164 a 172. En cuanto a la naturaleza jurídica de estos Comités el artículo 164 del actual Código Municipal (Ley no. 7794), dispone:

"ARTÍCULO 164.- En cada cantón, existirá un Comité cantonal de deportes y recreación, que estará adscrito a la municipalidad respectiva y gozará de personalidad jurídica instrumental para construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas de su propiedad u otorgadas en administración. Asimismo, habrá Comités comunales de deportes y recreación, adscritos al comité cantonal respectivo." (Lo resaltado y subrayado no es del original)

De lo expuesto, se advierte que gozan de dos elementos fundamentales que los caracterizan: ostentan una personalidad jurídica instrumental para realizar sus funciones y, además, son órganos que se encuentran adscritos a los gobiernos locales. Su personalidad es parcial pues estos órganos ostentan tal personalidad en virtud de que cuentan con fondos limitados para realizar determinados actos de gestión, referentes a la construcción,

administración, y manutención de las instalaciones deportivas de su propiedad o de las que les son otorgadas en administración.

Así las cosas, los comités cantonales, no son organizaciones independientes, sino que son órganos colegiados de naturaleza pública, con personalidad jurídica instrumental y al estar adscritos a los gobiernos locales, debe entenderse que forman parte de la estructura organizativa de las municipalidades y, por ello, se encuentran sometidos a su control, son órganos propios de la Municipalidad. Dichos órganos ejercen funciones determinadas en materia deportiva y recreativa, que son propias de los gobiernos locales, pero que en virtud de criterios de desconcentración y eficiencia, el legislador dispuso que se les asignaran a tales Comités.¹

La personalidad instrumental lo que autoriza es a construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas de su propiedad u otorgadas en administración. Ello implica que el comité está inhibido de realizar otras actividades que no estén en relación directa con las instalaciones deportivas de que es propietario o administrador. En ese sentido, su ámbito de acción es restringido. Se entiende entonces, que la personalidad jurídica instrumental otorgada por el legislador a los comités cantonales de deportes lo es únicamente para efectos de construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas de su propiedad u otorgadas en administración, criterio que ha sido sostenido por la Contraloría General de la República (ver oficio no. 4436, FOE-SM-936 del 29 de abril del 2004 de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativo, Área de Servicios Municipales).

El respeto a ese ámbito determina la validez y eficacia de los actos y contratos que celebre el comité, según lo dispuesto en los artículos 128 a 140 y 158 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública y 3 de la Ley de la Contratación Administrativa.²

Es decir, si bien el artículo 164 del Código Municipal dota a los Comités Cantonales de Deportes de personalidad jurídica instrumental, convirtiéndolos en centros autónomos de imputación de derechos y obligaciones, es lo cierto que tal personalidad está limitada al manejo de determinados fondos, que permite por disposición expresa del legislador, la realización de determinados actos y contratos, tales como la construcción y administración de instalaciones deportivas propias del Comité Cantonal, o aquellas dadas en administración.

¹ A similar conclusión llega el órgano procurador al señalar: "(...) La municipalidad determina el funcionamiento del comité y lo hace a través de la emisión de un reglamento (artículos 167 y 169 del Código Municipal). • Los comités deben someter a conocimiento del Concejo Municipal los programas anuales de actividades, obras e inversión, antes de aprobarse los presupuestos ordinarios de la municipalidad (artículo 172 del Código Municipal). • Los comités deben presentarle un informe de los resultados de la gestión correspondiente al año anterior (artículo 172 Código Municipal). • El comité debe coordinar con la municipalidad las inversiones y obras que va a realizar en el cantón. La personalidad instrumental no le permite decidir por sí mismo todos los aspectos atinentes a la obra por construir. Lo que se justifica porque además de los controles antes indicados, la municipalidad está obligada a contribuir al financiamiento del comité." (Ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 170 del Código Municipal)"

² Véase dictamen C-303-2005 del 22 de agosto de 2005. Estos mismos temas han sido reiterados por el órgano procurador en oficios más recientes: Véase dictamen C-272-2004 del 23 de setiembre de 2004, dictamen no. C-352-2006, del 31 de agosto de 2006, dictamen C-047-2008 del 15 de febrero de 2008 y O.J. 107-2008 del 27 de octubre de 2008.

En ese orden de ideas, fuera de esa esfera competencial, en todo lo demás los Comités de Deportes se encuentran, bajo la dirección y control del ente corporativo correspondiente. Por ello, el citado numeral 169 establece categóricamente que “El Comité cantonal funcionará con el reglamento que dicte la respectiva municipalidad, el cual deberá considerar, además, las normas para regular el funcionamiento de los comités comunales y la administración de las instalaciones deportivas municipales”.

Propiamente, en cuanto a la integración de los Comités Cantonales de Deportes, se advierte que el Código Municipal establece:

“Artículo 165. — El Comité cantonal estará integrado por cinco residentes en el cantón: a) Dos miembros de nombramiento del Concejo Municipal. b) Dos miembros de las organizaciones deportivas y recreativas del cantón. c) Un miembro de las organizaciones comunales restantes. Cada municipalidad reglamentará el procedimiento de elección de los miembros del Comité cantonal”.

El artículo 165 del Código Municipal, Ley n.º 7794 de 30 de abril de 1998, indica que el Comité Cantonal de Deportes y Recreación está integrado por cinco miembros residentes en el cantón: Dos miembros de nombramiento del Concejo. Dos miembros de las organizaciones deportivas y recreativas del cantón. Un miembro de las organizaciones comunales restantes. Por su parte, el numeral 167 de ese cuerpo normativo señala que los concejales, el alcalde, los alcaldes suplentes, el tesorero, el auditor y el contador, sus cónyuges o parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, están inhabilitados para integrar el Comité.

En el artículo 165 del Código se señala que cada municipalidad debe reglamentar el procedimiento de elección de los miembros del Comité Cantonal de Deporte y Recreación. En el artículo 167 se indica que estos Comités funcionarán según el reglamento que promulgue la municipalidad. Dicho lo anterior, tenemos que la Ley solo establece como requisito para ser miembro del Comité Cantonal de Deportes y Recreación el que la persona sea residente del cantón y no estar dentro de los supuestos de hecho que prevé el numeral 167 del Código Municipal, lo demás –sobre todo lo atinente al procedimiento de selección- debe ser regulado vía reglamentaria.

En consecuencia, podemos afirmar que los comités cantonales de deportes y recreación son órganos que forman parte de la municipalidad y a su vez integran la administración pública, por lo que el personal administrativo, profesional y técnico que labora en estos bajo relación de servicio público, así como los miembros de la junta directiva se consideran servidores o funcionarios públicos, por lo que les alcanza la normativa aplicable en los supuestos de prohibición e impedimentos en lo que les resulta aplicable.

Hasta aquí de frente a lo expuesto, en punto a la primera consulta, en el sentido de si miembros de la Junta Directiva de una asociación deportiva pueden ser a su vez miembros de la Junta Directiva del Comité Cantonal de Deportes, nuestra respuesta es afirmativa, pues precisamente el artículo 165 del Código Municipal recién comentado expresamente abre la posibilidad de que la Junta Directiva del Comité Cantonal dentro de sus miembros esté integrada por dos miembros representantes de las organizaciones deportivas, sin establecer

ninguna limitación o reserva legal al efecto³, lo anterior por supuesto, salvo decisiones que entrañen eventuales conflictos de interés en los cuales el integrante de la Junta Directiva del Comité deba abstenerse de actuar y tomar acuerdos en razón del deber de probidad y los principios de imparcialidad y objetividad que le asistirían como funcionario público.

Ahora bien, en cuanto a la segunda interrogante si un miembro de una asociación deportiva que es a su vez el representante legal, puede ser miembro de la Junta Directiva del Comité Cantonal de Deportes y Recreación, con quien tiene un contrato de servicios ganado mediante una licitación pública, ello nos lleva a analizar el tema de las prohibiciones, incompatibilidades e impedimentos, sobretodo vista la relación que existe entre los Comités Cantonales de Deportes y Recreación y las entidades municipales.

En ese sentido, tenemos que el principio de imparcialidad, conjuntamente con el de independencia en la gestión pública, son principios rectores de la función pública y el régimen de incompatibilidad funcional del empleo público, pilares en 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 pública⁴.

Por ende, 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 someterse, como parte ineludible de sus deberes, a determinado régimen de prohibiciones, impedimentos e incompatibilidades propios de la función pública, cuya regulación es manifestación de la transparencia de la administración que hoy en día 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 pública⁵.

En ese orden de ideas, para dar una respuesta completa a su consulta y proporcionarle suficiente información que puede servirle de ayuda para la toma de las decisiones que le correspondan, consideramos importante hacer referencia tanto al régimen de prohibiciones que establece la Ley de Contratación Administrativa como a las disposiciones que establecen incompatibilidades entre el ejercicio de un cargo público e intereses particulares, según la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública no. 8422, que también

³ Salvo la relativa a que no pueden ser parte integrante de la Junta Directiva del Comité los concejales, alcaldes titulares y suplentes, el auditor y el contador, sus cónyuges y parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive.

⁴ “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 no. 3932-95 de las 15:33 hrs. del 8 de junio de 1995). Véanse también de interés los siguientes pronunciamientos del órgano procurador: dictámenes C-079-2000 de 24 de abril del 2000 y C-062-2002 de 26 de febrero del 2002; O.J.- 109-2002 de 5 de agosto de 2002, 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.

⁵ Véase en sentido similar los dictámenes del órgano procurador no. C-061-2001 de 6 de marzo de 2001 y no. C-316-2005 de 5 de setiembre de 2005.

analizaremos someramente en esta consulta, partiendo de los señores regidores municipales hasta continuar con el Alcalde y demás funcionarios municipales que son alcanzados por algún supuesto de prohibición o impedimento.

Sobre el régimen de prohibiciones en materia de contratación administrativa:

Como aspecto de primer orden, debemos indicar que el régimen de prohibiciones en contratación administrativa surge dentro de un sistema preventivo tendiente a evitar que funcionarios públicos en cargos estratégicos o con poder de decisión dentro de contrataciones promovidas por las administraciones públicas, puedan prevalerse de sus condiciones o sacar provecho o ventajas de esto para obtener negocios remunerados con fondos pertenecientes a la Hacienda Pública.

De manera tal que se limita la participación de estos funcionarios, en aras de proteger un interés público mayor, como lo es la transparencia en las contrataciones públicas y con el fin de evitar situaciones de conflicto en las que puedan comprometerse los intereses de la propia administración.

En ese entendido, la aplicación de dichas limitaciones, al ser reserva de ley, se circunscriben a lo dispuesto en la normativa respectiva, en especial a lo regulado en los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, los que establece un régimen de carácter taxativo y cuya interpretación -por ser materia odiosa-, debe hacerse en forma restrictiva.

Así, en el caso concreto de los señores regidores municipales propietarios y del alcalde municipal⁶, se advierte que tienen prohibición para participar como oferentes en los

⁶ “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. (Así reformado por el artículo 65 de la Ley N° 8422 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004).

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: (...) 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

procedimientos de contratación que tramite la Municipalidad, ya sea que su participación sea en forma directa (cuando, por la índole de sus atribuciones, tengan 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) o cuando su participación sea indirecta (cuando se participe por interpósita persona, física o jurídica, pretendiéndose eludir el alcance de la prohibición).

Asimismo, regirá la prohibición en los casos de prohibición sobreviniente, cuando la causal respectiva se produzca después de iniciado el procedimiento de contratación y antes del acto de adjudicación.

También esta prohibición alcanza a otros funcionarios municipales como los de las proveedurías y de las asesorías legales; los funcionarios municipales 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) y los funcionarios municipales que funjan como asesores de cualquiera de los funcionarios afectados por prohibición, sean estos internos o

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. Para las sociedades cuyas acciones se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios de la Superintendencia General de Valores, tal prohibición aplicará cuando dicho funcionario controle el diez por ciento (10%) o más del total del capital suscrito de la sociedad. A este efecto la administración únicamente requerirá de la persona jurídica oferente una declaración jurada de que no se encuentra sujeta a ninguna de las causales de prohibición establecidas en este artículo. (Así adicionado el párrafo anterior mediante el artículo 3° de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006). (...) 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. (Así adicionado por el artículo 65 de la Ley N° 8422 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004).

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. (Así reformado por el artículo 65 de la Ley N° 8422 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004).

externos, a título personal o sin ninguna clase de remuneración, respecto de la entidad para la cual presta sus servicios dicho funcionario⁷.

En el caso de todos los funcionarios municipales señalados, el artículo 22 bis inciso b), les genera una prohibición absoluta para contratar con la Municipalidad de que se trate, que en su carácter personal, no puede ser sometida al levantamiento de incompatibilidad previsto en el artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa.

Por otra parte, esta prohibición, también alcanza a las personas jurídicas en cuyo capital social participen, o ejerzan puestos directivos o de representación y también para las personas jurídicas sin fines de lucro, tales como asociaciones, fundaciones y cooperativas, en las cuales estos funcionarios figuren como directivos, fundadores, representantes, asesores o cualquier otro puesto con capacidad de decisión (artículo 22 bis incisos f) y g) de la Ley de Contratación Administrativa).

Asimismo, tendrán prohibición el cónyuge, el compañero o la compañera en la unión de hecho, de estos funcionarios sujetos a prohibición, así como sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive y las personas jurídicas en las cuales el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes indicados sean titulares de más de un veinticinco por ciento (25%) del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación (artículo 22 bis incisos h) e i de la Ley de Contratación Administrativa).

Ahora bien, resulta de primordial importancia recalcar aquí, que el grado de prohibición que poseen los sujetos afectados por los incisos del c), al i), del artículo 22 bis, lo es con respecto a la municipalidad para la cual labora el funcionario que directamente causa el impedimento; por lo que dentro del asunto que nos interesa, para estos sujetos, la prohibición lo sería únicamente para participar en los procedimientos de contratación promovidos por la Municipalidad de Belén y los funcionarios del Comité Cantonal de Deportes en relación con ese Comité.

Ahora bien, en el caso de los funcionarios señalados, según ya hemos dicho, para ellos no existe el levantamiento de la incompatibilidad, como tampoco para el caso en el que quieran

⁷ “Artículo 22: (...) 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.

participar como oferentes directos o indirectos, personas jurídicas en cuyo capital social éstos participen o ejerzan puestos directivos o de representación; tampoco para las personas jurídicas sin fines de lucro, tales como asociaciones, fundaciones y cooperativas, en las cuales figuren como directivos, fundadores, representantes, asesores o cualquier otro puesto con capacidad de decisión.

Solamente en los supuestos contemplados en los incisos h) e i) del artículo 22 bis citado –uno que contempla al cónyuge, compañero o compañera de hecho o sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive y otro, las personas jurídicas en las que dichos familiares sean titulares de más de un 25% del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación- existe la posibilidad del levantamiento de la incompatibilidad, si se cumplen los requisitos que establece el numeral 23 citado (básicamente relativos a la antigüedad de la actividad comercial desplegada y la antigüedad de quienes ocupan los puestos representativos o de dirección, entre otros y que debe ser gestionado por la persona a la que le asiste el impedimento).

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

La Ley no.8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública contiene -en su capítulo II- un amplio desarrollo del régimen preventivo tendiente a preservar el ejercicio de la función pública de la corrupción⁸, por lo que establece un conjunto de normas aplicables a los funcionarios y autoridades públicas, mediante la ordenación de un régimen de prohibiciones e incompatibilidades, destinado a evitar potenciales o reales conflictos de intereses, y con el cual además el país cumple con el compromiso internacional de establecer normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado desempeño de las funciones públicas, adquirido al aprobar la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley no.7670 de 17 de abril de 1997, artículo III).⁹

En ese sentido, nuestro legislador estableció y sancionó un régimen de prohibiciones e incompatibilidades en aras de garantizar un buen servicio público, lo cual se enmarca dentro del Derecho de la Constitución, pues constituye un desarrollo tanto del principio democrático como del principio de legalidad, derivados de esta norma suprema¹⁰.

⁸ Conviene tomar en cuenta que el objeto de la Ley no. 8422, consiste según su artículo 1º en “prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública”, finalidad a cuya consecución se aspira llegar, normando ciertas conductas y actividades que en la práctica del pasado y el presente, han desembocado en conductas y actos de corrupción lesivos en su gran mayoría de la Hacienda Pública.

⁹ Véase nuestro oficio no. 00796, DAGJ-0160-2005 del 24 de enero de 2005, posición que se mantiene a la fecha, entre otros, véase el oficio no. 00604, DJ-0246 del 1 de febrero de 2010.

¹⁰ 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”.

En el caso del régimen de incompatibilidades que establece la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, se advierte que solo el alcalde municipal tiene prohibición expresa para el ejercicio privado de la profesión liberal, al tenor de lo dispuesto en el numeral 14¹¹. Esta norma es omnicomprendiva en sus alcances de todos los cargos cuya responsabilidad estriba en estar a la cabeza o en la jerarquía de los órganos, entes y empresas públicas de toda la Administración Pública.

Por otra parte, al tenor de lo dispuesto en el numeral 17 en su último párrafo los señores regidores propietarios no se rigen por las disposiciones de dicho numeral por lo que no tienen impedimento para percibir dietas¹².

Finalmente, en el ejercicio del cargo del alcalde, del regidor propietario y del miembro de la Junta Directiva de los Comités Cantonales de Deportes sí les alcanzan las restricciones que contempla el numeral 18 de la Ley en comentario,¹³-que regula un régimen de

¹¹ “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 (...) 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. (...)”

¹² 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 miembro de juntas directivas o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, salvo si no existe superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones de tales órganos. (...) 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 regirán por las disposiciones anteriores.”

¹³ Artículo 18. —**Incompatibilidades.** El Presidente de la República, los vicepresidentes, diputados, magistrados propietarios del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros (...) los miembros de junta directiva, 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

incompatibilidades-, en donde no se pueden ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas ni figurar registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas, ni 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, o cuando estas empresas o sociedades –sean con fines de lucro o sin él- reciban recursos económicos del Estado. Es posible el levantamiento de esta incompatibilidad cuando en casos excepcionales se demuestre que no hay conflicto de intereses.¹⁴ Sobre la interpretación de esta norma ha señalado este órgano contralor para mayor claridad en su comprensión:

“(...) 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 (...).¹⁵

naturaleza de su actividad comercial, compitan con ella. La prohibición de ocupar cargos directivos y gerenciales o de poseer la representación legal también regirá 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ Véase oficio N° 5050 (DAGJ-1128) del 5 de mayo de 2005

En consecuencia, esta norma es aplicable a los funcionarios municipales integrantes de las Juntas Directivas de los diferentes órganos colegiados (por ejemplo, Concejo Municipal, Concejo Municipal de Distrito, Comité Cantonal de Deportes y Recreación).

Visto lo anterior, pasamos a dar respuesta puntual a la segunda pregunta en punto a si un miembro de una Asociación Deportiva, quien es su representante legal, puede ser miembro de la Junta Directiva del Comité Cantonal de Deportes, con quien tiene un contrato de servicios ganado mediante una licitación pública, sin entrar a definir o resolver caso en concreto, considera este órgano contralor que al tenor de lo dispuesto en el numeral 22 de la Ley de Contratación Administrativa, según lo expuesto anteriormente, quien ocupe un cargo de miembro de la Junta Directiva de un Comité Cantonal, le alcanza la prohibición para participar en las contrataciones administrativas que tramite el Comité a título personal o través de sus empresas y sociedades personales y también alcanza esta prohibición a las personas jurídicas sin fines de lucro (asociaciones, fundaciones o cooperativas) en las cuales las personas sujetas a prohibición figuren como directivos, fundadores, representantes, asesores o cualquier otro puesto con capacidad de decisión.

Sin embargo, si existe ya un contrato debidamente adjudicado y en ejecución entre una Asociación Deportiva y el Comité Cantonal de Deportes, de la cual uno de los miembros de la Junta Directiva es representante de dicha asociación pero asumimos desde antes de la fecha de su nombramiento, no estamos ante un supuesto de prohibición sobreviniente de los que enuncia la normativa de contratación administrativa, pues ya el contrato está en ejecución, por lo que deberá continuarse con su curso, evitando el integrante de la Junta Directiva toda eventualidad de conflicto de intereses que pueda surgir, para lo cual deberá abstenerse de participar en cualquier decisión que conlleve un conflicto real o eventual de intereses, llegando incluso a la renuncia del cargo que ocupa en la Asociación Deportiva, o manteniendo el cargo pero a sabiendas que ello le genera a la asociación que representa un impedimento para participar en futuras contrataciones administrativas que tramite el Comité de Deportes.

También debemos tener presente que al amparo de lo dispuesto en el numeral 18 de la Ley contra la Corrupción y el Tráfico de Influencias, según lo expuesto anteriormente, los miembros del Comité Cantonal de Deportes (Junta Directiva) tienen un impedimento para ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas y tampoco pueden figurar registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas, ni 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, o cuando estas empresas o sociedades –sean con fines de lucro o sin él- reciban recursos económicos del Estado. Es posible el levantamiento de esta incompatibilidad cuando en casos excepcionales se demuestre que no hay conflicto de intereses, por lo que en caso de duda deberá someterse el asunto a conocimiento de este órgano contralor.

En cuanto a la tercera interrogante formulada en la consulta si un funcionario de una institución pública puede integrar la Junta del Comité, quien recibe recursos de la Municipalidad, consideramos que no es posible dar una respuesta definitiva a lo consultado, pues hay que analizar caso por caso. Existen algunas instituciones que contemplan una prohibición expresa para estos supuestos; otras no establecen nada al respecto. Es por ello, que ante una situación en particular, tanto la administración como el interesado deben analizar la normativa que le resulta aplicable a su caso y actuar de conformidad.

Finalmente, es importante agregar a lo expuesto que en observancia del deber de probidad que impone el numeral 3 de la Ley no. 8422, todo funcionario público debe demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley, así como asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a criterios de imparcialidad y transparencia y a los objetivos de la institución. Por lo que, como funcionario público, deberá abstenerse de participar en la toma de aquellas decisiones en las que se pueda dar lugar a un conflicto de intereses, con motivo de su cargo.

De esta forma, dejamos evacuada su consulta.

Atentamente,

Lic. German Brenes Roselló
Gerente División

Licda. Silvia María Chanto Castro
Abogada fiscalizadora

SCHC/mcc
Cc Licda. Amelia Jiménez Rueda, FOE
NI 8005
G: 2010001213-1