

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio No. **11953**

03 de diciembre, 2010
DJ-4065-2010

Señora
Dalia Ma. Pérez Ruiz
Auditora Interna
MUNICIPALIDAD MONTES DE ORO

Estimada señora:

Asunto: *Se rechaza consulta de aclaración sobre normativa que regula el conflicto de interés.*

Se refiere este Despacho a su oficio número AI-112-10 recibido en esta Contraloría General el pasado 17 de noviembre del 2010, en la cual se consulta sobre la normativa que regula el conflicto de interés.

Es necesario indicar, 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 (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, sino que como parte de sus funciones emite criterios carácter general, los cuales deben orientar a las administraciones públicas, órganos consultantes, en la toma de sus decisiones y que resultan vinculantes en lo de su competencia.

Por lo anterior procede el rechazo de plano de su consulta. No obstante con el fin de colaborar y aclarar algunas de sus dudas haremos referencia a los supuestos de prohibición y conflictos de intereses tanto en materia de contratación administrativa como al tenor de lo dispuesto en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Se debe indicar que el régimen de incompatibilidad funcional en los empleados públicos, tiene como principios rectores tanto el principio de imparcialidad, como el de independencia en la gestión pública; creando estos principios la base para toda la legislación que existe sobre la incompatibilidad, y marcando el perfil por el cual se debe guiar el funcionario público.

I- Régimen de prohibición en materia de Contratación Administrativa.

El régimen de prohibiciones en contratación administrativas, nace a la luz de un sistema preventivo; el cual busca evitar que los funcionarios públicos que tienen poder de decisión en contrataciones de la administración pública, aprovechen las condiciones que

ostentan para sacar beneficio o ventajas, y así adjudicarse negocios remunerados con fondos públicos. Por lo anterior se limita la participación tanto del funcionario, como de los parientes cercanos, procurando la transparencia en las contrataciones públicas.

La aplicación de dichas limitaciones, por ser reserva de ley, debe circunscribirse a lo dispuesto en la normativa respectiva, por lo que se ha establecido un régimen de prohibiciones regulado en los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, el cual es de carácter taxativo.

Por su parte la prohibición, cuando nos referimos a los casos de prohibición sobreviniente, y la causal respectiva se produzca después de iniciado el proceso de contratación y antes de la adjudicación, produce que la oferta afectada no pueda ser adjudicada; así que 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.

Cabe mencionar que el incumplir esta obligación se tendrá como falta grave, y que se tomará como participación directa cuando el funcionario según sus atribuciones pueda decidir o participar en el proceso de selección y adjudicación de las ofertas, así como en la fiscalización posterior de la ejecución del contrato; a su vez se reconoce como participación indirecta cuando por interpósita persona se pretenda eludir el alcance de esta prohibición.

Es importante señalar que las personas que ejercen los cargos indicados en el inciso a) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa tienen prohibición para contratar con todas las instituciones sometidas a dicha Ley, a diferencia del supuesto del inciso b) en donde la prohibición es sólo con la entidad a la que sirven los funcionarios. Se debe indicar que esta prohibición también alcanza a las personas jurídicas en cuyo capital social participen éstos, o ejerzan puestos directivos o de representación (artículo 22 bis inciso f) y también para las personas jurídicas sin fines de lucro, tales como asociaciones, fundaciones y cooperativas, en las cuales figuren como directivos, fundadores, representantes, o cualquier otro puesto con capacidad de decisión.

Por su parte la prohibición del artículo 22 bis también incluye a los funcionarios públicos con influencia o poder de decisión, en cualquier etapa del procedimiento de contratación administrativa, incluso en la fiscalización posterior. Se entiende que el funcionario tiene poder de decisión, según el puesto y las funciones que desempeña, así como el rango de jerarquía; en que éste pueda participar en la toma de decisiones.

El supuesto citado anteriormente se entiende que abarca a los funcionarios que deben rendir informes técnicos, preparar o tramitar alguna de las fases del procedimiento de contratación, o fiscalizar la fase de ejecución.

La prohibición también se extiende al cónyuge, al compañero de unión de hecho, así como a los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. Por su parte cuando nos referimos a personas jurídicas en las cuales el cónyuge, el compañero o la compañera, de los funcionarios públicos ya mencionados, sean titulares de más de un 25% del capital social o ejerzan un puesto de dirección o representación.

En los supuestos antes indicados, el artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa regula la posibilidad de solicitar a la Contraloría General de la República el levantamiento de la incompatibilidad, previo cumplimiento de los requisitos señalados al efecto, a saber: 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.

Como consecuencia del incumplimiento de lo antes mencionado, el artículo 25 de la presente ley, nos dice que la violación del régimen de prohibiciones antes mencionado originará la nulidad absoluta del acto de adjudicación o del contrato recaído a favor del inhabilitado, y podrá acarrear a la parte infractora a sanciones previstas en esta ley.

II- Conflicto de interés en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Costa Rica en la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Ley no.7670 de 17 de abril de 1997, artículo III) , adquiere una serie de compromisos por los cuales se pretende crear un régimen de prohibiciones e incompatibilidades, destinado a evitar potenciales o reales conflictos de intereses, en la función pública. Por lo que mediante la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en el capítulo II se desarrolla el régimen preventivo que busca proteger de la corrupción a la función pública, las normas contenidas en este capítulo, vienen a indicarle a los funcionarios y autoridades públicas que actos o situaciones deben evitar, esto con el fin de combatir y disminuir la corrupción.

El legislador mediante la promulgación de esta Ley, pretende desarrollar el principio democrático, que tiene su sustento en la Constitución Política, el cual busca procurar un buen desarrollo de la función pública, y así evitar la corrupción en cada una de las entes e instituciones públicas.

El artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, desarrolla el principio de probidad, el cual establece que el funcionario público estará

obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público, pero sobre todo debe demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de sus funciones, así como actuar con total transparencia e imparcialidad en las decisiones que adopte en el ejercicio de su cargo.

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 131.3 de la Ley General de la Administración Pública, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por la ley, se califica como desviación de poder; situación que conlleva a la 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

Cuando hablamos de potestades administrativas y de evitar conflicto de intereses no solo nos referimos a prohibiciones e incompatibilidades, sino que en todo momento el funcionario público debe evitar colocarse en situaciones en las cuales intereses públicos y privados hagan que se vea comprometida su imparcialidad y objetividad.

En el régimen preventivo el servidor debe abstenerse de realizar cualquier acto que ponga en riesgo el interés público, como lo sería otorgar ventajas o beneficios ilegales para sí mismo o para un tercero. El funcionario público debe actuar siempre acorde a sus deberes independientemente que exista o no una prohibición expresa en la norma, pues siempre debe de cumplir con el deber de probidad que exige la Constitución Política, y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública respectivamente.

El artículo 38 inciso b) de esa Ley señala que 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.

III- Conclusión

Este órgano contralor rechaza de plano la consulta por las razones ya expuestas en este oficio; sin embargo es menester hacer mención a que por tratarse de un proceso que ya es de conocimiento de la Contraloría General de la República, y que el Departamento de Denuncias de esta institución, le ordenó a la Auditoría Interna de la Municipalidad de Montes de Oro investigar, este departamento no puede emitir ningún criterio, pero en caso de existan dudas como las aquí expuestas deben acudir al Departamento de Denuncias, para que en forma conjunta puedan realizar todas acciones necesarias para conocer la verdad real de las posibles irregularidades en esta Municipalidad.

Atentamente,

Lic. Navil Campos Paniagua
Gerente Asociado

Licda. Glory Elena Murillo Vega
Fiscalizadora Asociada

GEMV/ysp

Ni: 22394
G: 2010003062-1