

## DIVISIÓN JURÍDICA

---

Al contestar refiérase  
al oficio no. **00599**

31 de enero de 2011  
**DJ-0094-2011**

Señora  
Edna Camacho Mejía  
Miembro Junta Directiva  
**ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE INICIATIVAS DE DESARROLLO  
(CINDE) Y PROMOTORA DEL COMERCIO EXTERIOR DE COSTA RICA  
(PROCOMER)**

Estimada señora:

**Asunto:** *Se atiende consulta de la señora Edna Camacho Mejía sobre el artículo 18 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública*

Damos respuesta a la nota del 16 de noviembre, recibida en este despacho el 22 de noviembre de 2010, mediante la cual nos consulta sobre la aplicación del artículo 18 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública al ser ella miembro de las Juntas Directivas de la Asociación Costarricense de Iniciativas de Desarrollo, en adelante CINDE y de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica, en adelante, PROCOMER.

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, sino que en el ejercicio de sus funciones emite criterios generales que deben orientar a las administraciones públicas, órganos consultantes, en la toma de sus decisiones y que resultan vinculantes en lo de su competencia.

En consecuencia, procedería el rechazo de plano de su gestión. No obstante, en un afán de colaboración, haremos referencia a los alcances del régimen de incompatibilidad desarrollado en el artículo 18 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, a fin de que sea valorado por usted para el caso concreto y si llegare a determinar que le es aplicable dicha incompatibilidad, presente la solicitud del levantamiento en los términos dispuestos en el artículo 19 de ese cuerpo normativo.

### **I. Motivo de la consulta:**

Señala en su consulta que desde el 5 de abril de 2010 es miembro de la Junta Directiva de CINDE, en el puesto de Vocal III y el Consejo de Gobierno la nombró como miembro de PROCOMER a partir del 15 de junio de 2010. El 18 de agosto de 2010 la Junta Directiva de PROCOMER acordó celebrar un Convenio de Cooperación entre el Ministerio de Comercio Exterior, PROCOMER Y CINDE e indica que ella se abstuvo de participar en la votación del acuerdo por el cual PROCOMER aprobó este convenio. Este convenio fue suscrito entre dos

entidades públicas y una privada, ésta última CINDE es la que constituye la unidad ejecutora del convenio y le corresponde utilizar los fondos aportados por PROCOMER en el cumplimiento de los objetivos y las actividades descritas en éste. CINDE tiene la obligación de destinar recursos, fondos o contribuciones en especie de las que disponga, al menos por la suma de un millón de dólares para complementar los fondos de PROCOMER.

Por ello le surge la duda de si se encuentra sujeta a las incompatibilidades de los numerales 18 de la Ley no. 8422 y 37 de su reglamento, pues ambas normas hacen referencia al tema de la transferencia de fondos a una entidad privada sin fines de lucro, pero en su criterio según los pronunciamientos que conoce de este órgano contralor, se ha interpretado que las transferencias a que se refiere este artículo están referidas a aquellas que califiquen como gratuitas, sea se trata de traslados de recursos en los cuales no exista una contraprestación que no es este caso pues CINDE también asume contraprestaciones por el valor de un millón de dólares anual.

Por lo anterior, consulta el criterio de este órgano contralor y en caso de existir incompatibilidad alguna solicita que sea levantada por cuanto no existe conflicto de intereses propiamente dicho por cuanto las actividades y fines que ambas entidades desarrollan vienen a ser complementarias entre sí, cada una desde su ámbito.

Finalmente, indica que en el futuro para procurar la mayor transparencia y objetividad seguirá absteniéndose de votar tanto en el seno de PROCOMER como de CINDE, cualquier acuerdo relacionado con el convenio de referencia.

## **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.

Ahora bien, sobre el tema objeto de la consulta es importante manifestar en primer término 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 pública<sup>1</sup>.

En ese sentido, 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

---

<sup>1</sup> “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).

administrativo, todo con el objeto de garantizar el correcto y eficaz ejercicio de la función pública. Asimismo sus parientes y negocios en los cuales participan pueden verse afectados por estos impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones.

En ese orden de ideas, para dar una respuesta completa a su consulta y proporcionarle la información que requiere para la toma de las decisión que corresponda, se debe hacer referencia a las disposiciones que establecen incompatibilidades relacionadas con el tema en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, No. 8422. Esta normativa contiene en su Capítulo II un amplio desarrollo del régimen preventivo tendiente a preservar el ejercicio de la función pública de la corrupción<sup>2</sup>, 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).<sup>3</sup>

Cabe señalar que según los fines que se pretenden alcanzar con la aplicación de la Ley no. 8422, se detecta en la norma la presencia de una serie de disposiciones enfocadas a la atención de cada uno de aquellos, 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 de representación, o bien por la participación en sus capitales sociales.

En ese sentido, nuestro legislador estableció un régimen de prohibiciones e incompatibilidades en aras del 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, los que derivan de la Constitución Política como norma suprema<sup>4</sup>.

En punto al numeral consultado, se advierte que establece:

“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,

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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”.

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 proyección, 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 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.

En ese orden de ideas, en el ejercicio de los cargos enumerados y al tenor de lo dispuesto en el numeral 18 de la Ley en comentario, los funcionarios mencionados en dicha norma no podrán 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.<sup>5</sup>

Así las cosas, al tenor de lo dispuesto en este artículo 18 para tener por configurada la incompatibilidad para el ejercicio de los cargos públicos que señala la norma, se deben de presentar tres condiciones indispensables:

1) Que el funcionario ocupe un cargo dentro de la lista taxativa contenida por el primer párrafo del ordinal de cita, que alcanza a los altos cargos públicos de la administración, que se encuentran a la cabeza o en la jerarquía de los órganos, entes y empresas de toda la Administración Pública, interpretándose inclusive, que los alcances de la norma van más allá de las diferentes nomenclaturas que se asignen por parte de las distintas leyes y reglamentos a esos altos cargos dentro de la administración.

2) Que el funcionario ocupe simultáneamente un puesto directivo o gerencial, o bien ostente la representación legal de empresas privadas, o participe en su capital accionario. Sobre este mismo punto, conviene decir que la línea jurisprudencial mantenida por este Despacho, en cuanto a la participación en una empresa privada, sostiene que a la luz del texto de la norma, se presentan tres supuestos bajo los cuales se entiende que existe participación dentro de la empresa privada, que son: a) Formar parte de su junta directiva; b) Figurar registralmente como

---

<sup>5</sup> 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.

representante o apoderado de la empresa y c) Tener participación en el capital accionario de la empresa.

3) Que esa empresa de la que el funcionario es partícipe, le preste servicios al Estado, en sentido amplio, que compita con éste o que reciba recursos económicos de su parte. En ese mismo sentido, se debe entender la restricción de no poder ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas, integrada a la incompatibilidad de participar 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 mencionados en dicho numeral, en empresas privadas, o bien en entidades privadas –con o sin fines de lucro- que reciban recursos económicos del Estado.

Un primer aspecto al que este Órgano Contralor ya se ha referido en el oficio DAGJ-3440-2004 (16207), está relacionado con el alcance del impedimento de ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas, el cual se debe entender referido únicamente a la posibilidad de integrar juntas directivas de empresas privadas, más no en instituciones y empresas públicas.

Un segundo aspecto a considerar, tiene que ver con el alcance de la limitación a que quedan sometidos los funcionarios detallados en el artículo 18 para tomar parte en organizaciones privadas mientras ocupan altos cargos públicos, en donde el legislador contempló no a todas las empresas privadas, sino únicamente aquellas 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 mencionados en dicho numeral, en empresas privadas...” (Véase oficio DAGJ-3468-2004 de 17 de diciembre de 2004, entre otros), o bien aquellas entidades privadas –con o sin fines de lucro- que reciban recursos económicos del Estado”

Al respecto, cabe señalar que en el proyecto de ley originalmente preparado y remitido por esta Contraloría General a la Asamblea Legislativa y acogido para su trámite por un grupo de diputados (expediente no.13715, Tomo I, folio 22), los alcances propuestos de la incompatibilidad eran absolutos, en el sentido de que se proscribía el que simultáneamente se pudiera llegar a acceder a tan altos cargos públicos y a la vez se continuara teniendo cargos en juntas directivas de entidades privadas (término más amplio que empresas privadas) o figurar registralmente como sus representantes legales o apoderados. A su vez, un numeral más adelante el proyecto brindaba la posibilidad de solicitar al órgano contralor el levantamiento de dicha incompatibilidad, en supuestos donde no pudiera existir un conflicto de intereses, en razón del carácter de los bienes, los fines o el giro particular de la entidad, o sencillamente porque la misma se encontrara inactiva.

No obstante, el contenido del proyecto de ley original referido a ese ordinal que trata de las “incompatibilidades” con el ejercicio de altos funciones públicas, sufrió diversas reformas antes de finalmente ser aprobado por la Asamblea Legislativa, con motivo de que algunos diputados lo consideraron como excesivo, de modo que fue restringido a los términos actuales, según los cuales no se habla de entidades privadas sino únicamente de empresas privadas - queriendo denotar la diferencia propia del afán de lucro-, mientras que no se contempló a toda empresa privada, sino tan sólo aquellas en que pueden existir conflictos de intereses en virtud de que, sea que le presten sus servicios al Estado (latu sensu), o aunque no tengan esa relación comercial, compitan con el mismo, o bien, se puede producir por la vinculación con entidades privadas –con o sin fines de lucro- que reciban recursos económicos del Estado.

Como hemos visto, se modificó en el iter legislativo en forma sustancial el artículo 18 a efecto de restringirlo en sus alcances, mientras por otra parte, el siguiente ordinal que preveía la posibilidad del levantamiento de la incompatibilidad no sufrió reforma alguna, cuando en realidad era necesaria una adecuación del mismo, porque no tiene lógica, por ejemplo, el

solicitar un levantamiento de incompatibilidad de una entidad privada que recibe fondos públicos o una empresa privada que preste servicios o compita con el Estado alegando inactividad empresarial, dado que es un contrasentido en el tanto el recibir recursos públicos, prestarle servicios o competir con el Estado es señal inequívoca de que la entidad privada sí está en pleno funcionamiento.

Así, la hipótesis de la inactividad, por ejemplo, solo resultaba útil cuando en la redacción primigenia del numeral sobre incompatibilidades la sola vinculación con una entidad privada mientras se desempeñaba un alto cargo público era visto como un impedimento, pero el mismo podía superarse si el funcionario demostraba ante esta Contraloría General que la entidad no estaba funcionando, en cuyo caso, se podría proceder a levantar tal incompatibilidad, por inútil o innecesaria, mediante formal declaración emitida por el Órgano Contralor.

De acuerdo con lo anterior, el levantamiento de incompatibilidad no procede ni es requerido cuando se trata de personas que únicamente desempeñan funciones públicas, por ejemplo, tomando parte en varias juntas directivas de entidades o empresas públicas, si a la vez no existe vinculación con entidades privadas, según los términos de los párrafos primero y segundo del artículo 18 de la Ley no.8422 ya comentados.

Además, tampoco 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.) que no reciben fondos públicos, ya que sencillamente, en tales hipótesis no hay ninguna incompatibilidad que levantar por parte de este Órgano Contralor, según los términos del artículo 19 de la Ley no.8422.

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 -como ya se indicó en el oficio No. 2540 (DAGJ-537) del 3 de marzo de 2005-, 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.

Según lo señalado en el Reglamento a la Ley contra la Corrupción, Decreto no. 32333, MP-J, publicado en el Alcance 11 a La Gaceta no. 82 del viernes 29 de abril de 2005, se advierte en el punto que interesa que el numeral 37 dispone que: "(...) 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 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 recursos, se encuentre vinculado al desarrollo de la actividad y la consecución de los fines y objetivos de dichas entidades”, lo cual si bien no aclara el tema, nos permite reiterar el antecedente de referencia.

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.

### **III. Conclusiones:**

De conformidad con lo expuesto en el tercer párrafo del numeral 18 de la Ley no.8422, se reitera que la prohibición para 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, debiendo interpretarse en el sentido de que el otorgamiento de esos recursos conlleva un apoyo de tipo financiero o de financiamiento a favor de la entidad privada con la finalidad de contribuir al desarrollo de sus actividades o a la consecución de sus fines (es decir, estamos ante el caso de un otorgamiento de carácter gratuito que obedece a un respaldo financiero a la actividad de la entidad privada), por lo que se excluye de esta prohibición aquellos casos en que el traspaso de esos recursos no es gratuito sino que obedece ya sea a una contraprestación, o bien el pago efectuado como consecuencia o en razón de un servicio prestado. En estos casos no procede el levantamiento del impedimento pues la prohibición que establece el numeral de referencia en este párrafo tercero, no les alcanza.

De esta forma, dejamos atendida su gestión.

Atentamente,

Lic. Roberto Rodríguez Araica  
**Gerente Asociado**

Licda. Silvia María Chanto Castro  
**Abogada fiscalizadora**