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

(Anotada, concordada y con extractos de resoluciones judiciales, oficios de la Contraloría General de la República y dictámenes de la Procuraduría General de la República)

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

(Anotada, concordada y con extractos de resoluciones judiciales, oficios de la Contraloría General de la República y dictámenes de la Procuraduría General de la República)

COLABORADORES DEL PROYECTO

Contraloría General de la República
Ingrid Brenes Guevara
Alexander Corella Chavarría
Adriana Delgado Fernández
Juan Manuel Jiménez Silva
Valeria León Villalobos
Johanna Rodríguez Monestel
Yildred Valladares Acuña

Procuraduría General de la República
Mónica Alvarado Alfaro
Durley Arguedas Arce
Adrián Chinchilla Ramírez
Adriana Fallas Martínez
Álvaro Fonseca Vargas
Ricardo Jiménez Bonilla
Elizabeth León Rodríguez
Annia Mora Valerio
Juan Antonio Quirós Vázquez

Coordinadores institucionales
Tatiana Gutiérrez Delgado (PGR)
Juan Pablo Vargas Quirós (CGR)

Coordinador general
Jaínse Marín Jiménez (CGR)

La versión electrónica de este documento puede descargarse en las siguentes páginas electrónicas:

Contraloría General de la República: www.cgr.go.cr
Procuraduría General de la República: www.pgr.go.cr

PRESENTACIÓN

La Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública emitida en el año 2004, vino a materializar el compromiso adquirido por nuestro país ante la comunidad internacional, con motivo de la suscripción de la Convención Interamericana contra la Corrupción, instrumento en el que se planteó la necesidad de dictar normativa interna que viniera a coadyuvar en el combate a la corrupción y, puntualmente, a prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública.

Ahora bien, el dictado de la Ley trajo consigo a las personas y entidades relacionadas con la aplicación de sus disposiciones, algunas dudas e inquietudes que fueron atendidas –fundamentalmente- a través de pronunciamientos emitidos por la Contraloría General y la Procuraduría General, los cuales en su gran mayoría se incorporaron en la denominada Ley contra la corrupción anotada y concordada, la cual fue publicada de manera conjunta por ambas entidades en el año 2008.

Mediante dicho documento, se organizaron y sistematizaron pronunciamientos emitidos entre los años 2004 al 2008, de manera que no se limitó a la transcripción de artículos sino también se acompañó de criterios consultivos que vinieran a orientar a los sujetos particulares y autoridades públicas.

No obstante, habiéndose cumplido prácticamente once años del dictado de la Ley y siete de la publicación antes relacionada, es abundante la cantidad de pronunciamientos administrativos emitidos con posterioridad al año 2008 y, de ahí la necesidad de dotar, a los operadores jurídicos, a la ciudadanía en general y demás interesados, de un documento actualizado que dé cuenta de las líneas de interpretación que han venido marcando tanto la Contraloría General como la Procuraduría General.

En esta oportunidad, amén de los pronunciamientos del órgano contralor y del órgano consultivo técnico-jurídico de la Administración Pública, ordenados por artículo y la concordancia con las disposiciones del Reglamento Ejecutivo a la Ley, se incorporan además resoluciones emitidas por órganos judiciales en las materias constitucional, contencioso-administrativa y penal relacionadas con su articulado.

De igual manera y en lo que resulta pertinente, según el contenido de los artículos de la Ley, se incluye adicionalmente una concordancia con algunos numerales de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Ley General de Control Interno, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos y el Código Municipal.

Así las cosas, esta nueva publicación incorpora información más amplia y actualizada respecto a la publicación efectuada en el año 2008, lo cual permite contar con una herramienta más robusta y completa en procura de orientar la interpretación y aplicación de su articulado.

Finalmente, esperamos que este documento contribuya (bajo el enfoque preventivo y represivo que plantea la propia Ley), a la lucha en contra de la corrupción en la función pública, acción que amerita –desde luego- un esfuerzo conjunto de una gran cantidad de entidades, órganos y actores tanto públicos como privados, dentro de los cuales se incluye a la Contraloría General y la Procuraduría General.

Marta Acosta Zúñiga
Contralora General de la República

Ana Lorena Brenes Esquivel
Procuradora General de la República

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN ..... **vii**

Artículo 1º-Fines. **1**

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL **1**
Alcances de la función consultiva del órgano contralor con relación a la Ley. 1
La Convención Interamericana contra la Corrupción como fuente normativa de la Ley y su contenido. 2
Fines de la ley. 2
Importancia del régimen preventivo regulado en la Ley 2
Sobre el deber de los sujetos pasivos de la Ley de informarse respecto al contenido y alcances de sus disposiciones. 3

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL **3**
Objetivos perseguidos por la Ley. 3
La Ley es una de las leyes "marco" que regulan las obligaciones y eventuales responsabilidades derivadas del ejercicio de la función pública. 3

RESOLUCIONES JUDICIALES **4**
Deberes Funcionales de los funcionarios Públicos, establecidos en la Ley 4

Artículo 2º-Servidor público **4**

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL **5**
Conceptos de servidor público y Administración Pública. 5
Cobertura o alcances de la norma en cuanto al servidor público. 5
Sujetos destinatarios para la aplicación de la Ley. 5
Aplicación de la Ley a empresas públicas de derecho privado. 6
Aplicación de la Ley a las universidades públicas 6
Aplicación de la Ley a las municipalidades. 6
Aplicación de la Ley a los Colegios Profesionales tomando en cuenta su naturaleza de entes públicos no estatales. 7
Un consultor ambiental no es un funcionario público. 7
Aplicación de la Ley a sujetos privados nombrados por el Poder Ejecutivo como miembros de Juntas Directivas. 7
Aplicación de la Ley a los miembros de junta directiva de personas jurídicas ligadas con la explotación de un servicio público. 8
Tratándose de sujetos de derecho privado, las disposiciones de la Ley no resultan aplicables de manera directa y literal, sino en lo conducente. 8
Aplicación de los principios generales de la Ley a sujetos privados 9

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL **9**
La Ley incluye taxativamente a los entes de la Administración Pública no estatal -que es el caso de PROCOMER- en el tanto se esté en presencia del ejercicio de funciones públicas. 9
Funcionarios de hecho. Incorporación en artículo 2 les impone obligaciones que aseguran cumplimiento del deber de probidad. 9

Funcionarios municipales "ad honorem" son funcionarios públicos conforme al artículo 2 de la Ley. ... 9
Desempeñan un cargo público todos aquellos que intervienen en la gestión pública de las empresas públicas. Caso INS. ... 10
Directores del Consejo de Transporte Público que provienen del sector privado, quedan sujetos a la Ley. ... 10
La Ley aplica a los trabajadores de la Corporación Arrocera Nacional que realicen gestión pública. ... 10
Concepto de funcionario público según la Ley General de la Administración Pública ... 10
Diferencia conceptual entre "funcionario" y "empleado". ... 10
En empresas públicas sí es posible diferenciar entre ambos conceptos. Listado de puestos de quienes son considerados funcionarios públicos. ... 11

RESOLUCIONES JUDICIALES ... 11
Aplicación de la Ley a personas del sector privado cuando custodien o administren fondos públicos. ... 11
Inclusión de los legisladores como funcionarios públicos. ... 11

Artículo 3º-Deber de probidad. ... 12

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL ... 12
El deber de probidad. ... 12
Concepto del deber de probidad ... 13
Acciones que expresan el deber de probidad. ... 13
En las decisiones del funcionario público debe privar el interés público sobre cualquier otro interés privado. ... 13
Concepto de conflicto de intereses. ... 14
El funcionario público debe evitar colocarse en un conflicto de intereses ... 14
Principio de imparcialidad del funcionario público. ... 15
Participación de funcionario público en actividad privada debe respetar deber de probidad. ... 15
Principios éticos y deber de probidad en el ejercicio de actividades privadas, para evitar un conflicto de intereses. ... 15
Alcances del deber de probidad. ... 16

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL ... 16
Conceptualización del artículo 3 es amplia y flexible ... 16
El artículo 3 comprende las obligaciones y deberes esenciales de la función pública ... 16
A partir de la entrada en vigencia del artículo 3 el deber de probidad adquiere carácter legal. ... 17
Es un deber que históricamente ha sido señalado por nuestro ordenamiento jurídico como parte del régimen de la función pública. ... 17
Contenido del deber de probidad. ... 17
El artículo 3 contiene claves para la toma de decisiones administrativas ajustadas al interés público. ... 17
Violación al deber de abstención conlleva una violación al deber de probidad. ... 17
El cumplimiento de los principios de lealtad, eficiencia, compromiso, discreción son obligaciones derivadas del deber de probidad, exigibles a cualquier funcionario público. ... 18

Aceptación de dádivas u obsequios entregados en razón del cumplimiento de funciones públicas o con ocasión de ellas constituye una violación al deber de probidad. 18
La obligación de rechazar dádivas u obsequios es independiente del valor del bien. 18
La aceptación de dádivas u obsequios podría configurar una conducta delictiva 18
Funcionarios no pueden recibir obsequios de clientes, usuarios o proveedores, sin importar época del año, valor o clase del bien 19
El uso de los bienes patrimoniales de la municipalidad debe perseguir el fin público 19
La administración de los recursos públicos debe orientarse hacia la satisfacción del interés público y en apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia. 19
En el momento en que sea advertida o sobrevenga una situación contraria a este deber debe ser rectificada. 19
El ejercicio de una profesión excluida del régimen de prohibición, debe respetar la prohibición de superposición horaria, la razonabilidad para no generar un agotamiento y la prohibición de no realizar actividades privadas incompatibles. 20
La imparcialidad constituye un principio constitucional de la función pública. 20
El principio de imparcialidad se pone en entredicho cuando existen circunstancias susceptibles de influenciar la libertad de apreciación del funcionario. 20
Entrega de la recomendación por parte del Ministerio de Justicia prevista en el artículo 28 f) de la Ley de Asociaciones no constituye un tráfico de influencias porque es un criterio técnico. 20
Relación entre el deber de abstención, el correcto ejercicio de la función pública y el deber de probidad. 21
Fundamento del principio de imparcialidad. 21
Deber de abstención se genera cuando el interés personal del funcionario en el asunto sea de tal envergadura que razonablemente pueda incidir en su criterio y decisiones y en detrimento del interés público. 21
Deber de abstención se impone siempre que exista conflicto de intereses. No requiere de una causal expresamente dispuesta por una ley. 22
El deber de abstención pretende evitar influencia del interés particular en la voluntad del funcionario. Acto administrativo debe ser tomado de forma libre y consciente. 22
Deber de abstención no se restringe a causales previstas por ley, también aplica en todo supuesto en que razonablemente pueda determinarse que existe riesgo de imparcialidad. 22
Existe un interés directo que obliga a la abstención, cuando el funcionario puede verse beneficiado o perjudicado directamente con la decisión que se adopte respecto de un asunto. 22
Los funcionarios a la hora de decidir los asuntos públicos deben estar libres de consideraciones que puedan poner en riesgo su independencia. 22
La presencia de un interés personal y directo genera la obligación de abstención para evitar favorecimiento indebido, quedando en el plano preventivo.
La obtención del beneficio indebido ya constituye un acto irregular. 23
Funcionario debe abstenerse de participar siempre que exista conflicto de intereses 23
Incumplimiento al deber de abstención puede generar la destitución sin responsabilidad patronal e, incluso, responsabilidad penal. 23
Desatención al deber de abstención puede configurar el delito de incumplimiento de deberes. 23
Mediante una actuación violatoria del deber de abstención se podrían incluso incurrir en un delito de legislación o administración en provecho propio. 23

El miembro de un órgano colegiado que conozca un motivo de abstención de otro integrante debe ponerlo en conocimiento de los restantes. 24
Normas que regulan el deber de abstención son de aplicación a los miembros de las juntas directivas de los colegios profesionales. 24
Regidor no puede participar en la revisión de la Ley de Patentes que rige el cantón porque uno de los productores agrícolas de la zona es su hijo. 24
Si el vicealcalde segundo es también funcionario municipal cuando sustituya al alcalde titular no puede revisar su propia actuación. 24
Los representantes gremiales en órganos colegiados (caso de CTP) deben abstenerse de interactuar, consultar o dirigirse de cualquier modo a las diferentes jefaturas o repartos administrativos cuando se trate de asuntos de su interés personal. Eventual comisión del delito de tráfico de influencias. 25
Los miembros del concejo municipal deben abstenerse de participar en la deliberación y toma del acuerdo en caso de discutirse un asunto que revista interés personal. 25
Las instituciones con funciones de fiscalización pueden otorgar permisos sin goce de salario para ocupar cargos políticos. Al momento del reintegro, el funcionario debe abstenerse de conocer asuntos de la institución en la que laboró. 25
Funcionario debe abstenerse respecto a asuntos de interés de asociación en la cual es directivo o lo es alguno de sus parientes hasta tercer grado de afinidad o consanguinidad. Caso de los regidores. 25
Funcionarios involucrados por denuncia penal no pueden conocer de la investigación de los mismos hechos y la eventual imposición de sanciones en sede administrativa. 26
A los miembros ad hoc de un órgano nombrado para el ejercicio de la potestad disciplinaria les aplican las causales de impedimento, recusación y excusa. 26
Funcionario que es parte de la junta directiva institucional en razón de su cargo, debe abstenerse de conocer asuntos en los que ya haya conocido o sobre los que haya emitido criterio. 26
Regidores municipales. Se tiene "interés directo" cuando puede verse beneficiado o perjudicado directamente con un eventual acuerdo. 26
No hay deber de abstención por interés indirecto, eje: política o disposición de carácter general, normas reglamentarias, salvo que se establezca que puede incidir en forma especial sobre la situación jurídica de algún regidor. 27
Funcionario debe abstenerse de conocer de asuntos relacionados con cuestionamientos hechos en su contra. 27
Asuntos de interés directo del Alcalde Municipal no pueden ser conocidos por su esposa en su condición de regidora. 27
Funcionario que es parte de la Junta Administrativa institucional debe abstenerse de conocer de los asuntos de su interés personal. 27
Los funcionarios involucrados en una incompatibilidad sobreviniente por parentesco deben abstenerse de asuntos que le generen conflicto de intereses. 28
Definición conflicto de intereses. 28
La obligación de evitarlos es exigible a todo funcionario público, independientemente de la forma de su nombramiento y remuneración. 28
Riesgo para la imparcialidad 28
Durante el disfrute de vacaciones o un permiso sin goce de salario, el funcionario no puede realizar actividades privadas que luego podrían someterse a conocimiento de la institución donde labora. 29

Aun cuando no exista prohibición para el ejercicio liberal de la profesión y esté fuera de la jornada laboral, el funcionario no puede desarrollar actividades privadas generadoras de conflictos de intereses 29
El ejercicio liberal de la profesión para los funcionarios sin prohibición ni limitación para hacerlo tiene como límite los conflictos de intereses. 29
Prohibición de crédito a ciertos funcionarios bancarios y sus familiares. Artículo 117 b) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. 29
Las prohibiciones de la Ley de Zona Marítimo Terrestre, referidas al otorgamiento de concesiones a favor ciertos funcionarios municipales, aplican para el caso del vice intendente municipal o familiares de éste. 30
Imposibilidad de tener otro trabajo fuera del cargo ocupado cuando resulte incompatible con el desempeño de sus funciones en la municipalidad..... 30
En caso de nombrarse un abogado en una institución pública, que anteriormente 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. 30
Para evitar conflictos de intereses se excluyen del ámbito de aplicación de las convenciones colectivas a ciertos funcionarios municipales. 30
Las municipalidades deben tomar medidas para transparentar las donaciones en especie otorgadas para la elaboración de los planes reguladores costeros y evitar el conflicto de intereses. 31
Médicos de la CCSS y otras instituciones deben evitar vínculos económicos con proveedores de medicamentos o instrumentos médicos que puedan comprometer su decisión al momento de hacer la prescripción médica..... 31
El nombramiento de un regidor municipal como representante del sector de asociaciones de desarrollo en la Junta Vial Cantonal, genera una situación de conflicto de intereses. 31
El desempeño simultáneo de un puesto gerencial en una empresa subsidiaria perteneciente al INS y el de directivo en dicha empresa pública no comporta un conflicto de intereses, porque hay identidad de intereses. 31
Artículo 173 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores pretende evitar conflicto de intereses de sujetos fiscalizadores respecto a los fiscalizados..... 32
Incompatibilidad. Si es una situación sobreviniente no se puede aplicar la causal a menos que haya ley expresa que lo autorice..... 32
Los funcionarios involucrados en una incompatibilidad sobreviniente por parentesco deben abstenerse de participar en asuntos que les generen conflicto de intereses. 32
Prohibición de crédito a ciertos funcionarios bancarios y sus familiares. Artículo 117 b) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, tutela la imparcialidad..... 32
La costumbre de privilegiar la contratación de parientes de los empleados de una institución constituye nepotismo. Contradice el principio de moralidad administrativa, el deber de probidad y el principio de igualdad. 33
Concepto de nepotismo. Repercute en la idoneidad de los nombramientos, en la eficiencia y transparencia de la actividad administrativa. 33
Consecuencias del nepotismo. 33
Parentesco con relación jerárquica impide el nombramiento en cargos públicos en forma absoluta. Fundamento. 34
Prohibición de contratar si va a existir relación de jerarquía. Pretende evitar los conflictos de intereses. 34
Alcances de la restricción de contratar familiares en una misma institución 34

Artículo 127 del Código Municipal no impide el nombramiento de conviviente de funcionarios mencionados por la norma. Principio de reserva de ley no permite interpretación extensiva 34
Nombramiento de familiares. Prohibición de nombramiento de familiares en las municipalidades. Artículo 127 del Código municipal aplica a los regidores y síndicos propietarios y suplentes. 35
Nombramiento de familiares. Restricción del artículo 167 del Código Municipal pretende evitar el nepotismo..... 35
Impedimento del artículo 127 del Código Municipal no aplica para parientes de los alcaldes suplentes. No obstante, están impedidos para influir en el nombramiento de un pariente en un puesto municipal..... 35
Ningún funcionario debe prevalecerse del cargo público para obtener un provecho indebido para sí o para un tercero 35
El funcionario no debe prevalecerse de las potestades y de la posición conferida por el cargo para obtener o desarrollar actividades profesionales a nivel privado 36
Durante permiso sin goce de salario. Funcionario no puede utilizar el vínculo que conserva con la Administración o bien de la posición, acceso a la información, influencias, amistades, poder de decisión o funciones que ostentaba, para favorecer los intereses de nuevo patrono o perjudicar indebidamente los intereses institucionales 36
Aprovechamiento indebido del cargo. Tráfico de influencias. Persigue la satisfacción de intereses particulares 36
Aprovechamiento indebido del cargo. Aunque no existe impedimento legal para el nombramiento de compañera sentimental del Alcalde, el funcionario debe abstenerse de conocer e interferir de cualquier forma en el asunto..... 37
El deber de probidad impide a los médicos de la CCSS auto referenciarse pacientes a consulta privada o utilizar recursos institucionales para favorecerlos 37
Aplicable a todo funcionario público. Opera aun y cuando el funcionario no esté sujeto a prohibición o dedicación exclusiva..... 37
Durante el disfrute de vacaciones o permiso sin goce de salario, el funcionario no puede realizar actividades privadas que luego podrían someterse a conocimiento de la institución donde labora..... 37
Siempre que la actividad privada genere conflicto de intereses opera la prohibición 38
Hay incompatibilidad si la actividad privada coincide con las funciones propias del órgano para el cual labora el funcionario, aún y cuando el asunto no debe ser resuelto directamente por el servidor. 38
Prohibición de desempeño de actividades privadas incompatibles aplica fuera de horas de trabajo. 38
Patrono puede denegar permiso sin goce de salario solicitado para realizar actividades que generen conflicto de intereses..... 38
Funcionario no puede durante permiso sin goce de salario realizar actividades que generen conflicto de intereses..... 39
Laborar para empresa privada cuya actividad se relacione directamente con las funciones y actividades de la institución en que labora funcionario, es incompatible con la función pública. 39
En el momento en que sea identificada situación, debe ser resuelta por la Administración. Debe advertirse al funcionario que debe escoger entre puesto público o la actividad privada. 39
Todo funcionario municipal tiene impedimento para laborar en otra entidad pública o privada si hay superposición horaria y para realizar actividades que causen conflicto de intereses..... 39

Ingenieros municipales no pueden figurar como responsables de una obra que, posteriormente, requerirá aprobación de la entidad para la que labora. ... 40
Aún y cuando el funcionario no se encuentre sujeto al régimen de prohibición o dedicación exclusiva, no puede realizar actividades privadas que le generen conflictos de intereses. ... 40

RESOLUCIONES JUDICIALES ... 40
Deber de probidad. ... 40
Deberes del funcionario público relacionados con la probidad. ... 41
Aplicación del deber de probidad y la Ley a los diputados y diputadas. ... 41
Deber de probidad y su relación con los reglamentos institucionales ... 42
Aplicación del deber de probidad ... 42
Deber de probidad y el bloque de legalidad ... 42
Determinación de los delitos funcionales en referencia al deber de probidad. ... 43
Tutela del delito de concusión ... 43
Obligación del funcionario de cumplir con el deber de probidad ... 43
Quebranto del deber de probidad en el delito de concusión. ... 43
Cómputo de la pena en los delitos funcionales y su relación con el deber de probidad ... 44
Constitucionalidad del deber de probidad ... 44

Artículo 4º-Violación al deber de probidad ... 45

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL ... 45
Infracción al deber de probidad. Consecuencias legales. ... 45

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL ... 45
Infracción al deber de probidad ... 45
La violación al deber de probidad genera graves consecuencias para el funcionario público ... 46

RESOLUCIONES JUDICIALES ... 46
Pérdida de credencial de diputado o diputada. ... 46
Finalidad de la protección del Deber de Probidad. ... 46
Transgresión del Deber de Probidad. ... 47
Delitos contra la función pública y el deber de probidad. ... 47

Artículo 5º-Fraude de ley. ... 47

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL ... 47
Contenido del fraude de ley. ... 47
Aplicación para sujetos de derecho privado. ... 48

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL ... 48
En el fraude de ley la conducta en apariencia es legal porque se actúa al amparo de una norma pero el resultado e ilegítimo. ... 48
Sesiones virtuales en órganos colegiados. Únicamente se admite la videoconferencia bajo ciertos parámetros. Lo contrario constituye fraude de ley. ... 48
Se configura el fraude de ley cuando se busca evadir las restricciones que impone una norma legal para ejercer una determinada actividad. ... 48
Si existe superposición horaria entre dos cargos públicos, uno de ellos de directivo, no resulta legalmente válido utilizar la figura de las vacaciones para

burlar la prohibición, acudir a las sesiones del órgano colegiado y cobrar la dieta. Fraude de ley. 48
Si existe superposición horaria entre dos cargos públicos, uno de ellos de directivo, no resulta legalmente válido pretender un permiso con o sin goce de salario para acudir a la sesión del órgano colegiado y cobrar la dieta. Fraude de ley. 49

Artículo 6º-Nulidad de los actos o contratos derivados del fraude de ley. 49

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 49
Sanción del fraude de ley. 49

Artículo 7º- Libre acceso a la información. 50

RESOLUCIONES JUDICIALES 51
Transparencia y publicidad administrativas. 51
El derecho de acceso a la información administrativa. 51

Artículo 8º- Protección de los derechos del denunciante de buena fe y confidencialidad de la información que origine la apertura del procedimiento administrativo. 52

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 53
Relevancia de las denuncias en la verificación del cumplimiento de las funciones públicas. 53
Recepción de denuncias relacionadas con materias y temas abordados en la Ley. 53
Sobre la necesaria fundamentación de las denuncias que lleguen a presentarse. 53
Denuncias anónimas. 53

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 54
Principio de confidencialidad. 54
Guardar la confidencialidad sobre la identidad del denunciante deriva de una norma imperativa que no admite excepciones. 54
La garantía de confidencialidad se mantiene aún después de notificado el informe de auditoría 54
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 54

RESOLUCIONES JUDICIALES 55
La confidencialidad debe guardarse tanto para el denunciante de buena fe como para el funcionario investigado 55
Constitucionalidad de la norma 56

Artículo 9º-Atención de las denuncias presentadas ante la Contraloría General de la República. 57

RESOLUCIONES JUDICIALES 57
Las denuncias de los administrados son parte del derecho de petición consagrado en el artículo 27 de la Constitución Política. 57

Artículo 10.-Limitaciones de acceso al expediente administrativo. 58

RESOLUCIONES JUDICIALES 58
Derecho de acceso a la información administrativa ad intra. 58
Límites intrínsecos y extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa 59
Constitucionalidad de la norma. 60

Artículo 11.-Acceso a la información confidencial..... 61

Artículo 12.-Cooperación internacional..... 62

Artículo 13.-Territorialidad. 62

Artículo 14.-Prohibición para ejercer profesiones liberales. 63

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 64
La prohibición tiene como destinatarios exclusivos a quienes ocupen determinados cargos públicos, de ahí que resulta improcedente pretender su extensión a organizaciones privadas 64
Aplicación de la prohibición. 64
Cargos públicos sujetos al régimen de prohibición 65
Momento de configuración del derecho al ejercicio de la profesión. 65
La prohibición como parte del régimen preventivo tendiente a preservar el correcto ejercicio de la función pública..... 66
El ejercicio liberal de la profesión como libertad fundamental puede ser objeto de regulación en resguardo del interés público. 66
La prohibición implica una limitación a una libertad fundamental. 66
Los servidores públicos tienen la libertad de ejercer de manera privada la profesión que ostentan salvo que estén sujetos a prohibición. 67
La prohibición no es un incentivo salarial sino una restricción a un derecho fundamental..... 67
Concepto de prohibición..... 67
Sobre el ejercicio de la profesión liberal y sus limitaciones. 68
Definición de profesión susceptible de ser ejercida de manera liberal. 68
Objetivo de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión 68
El carácter restrictivo del régimen demanda que su interpretación y aplicación deban darse en iguales términos. 69
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. 69
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. 69
Un funcionario podría dedicarse a otro tipo de actividad privada fuera de su horario de trabajo, siempre que esa actividad comercial no involucre en modo alguno el ejercicio de la profesión. 69
La prohibición no es renunciable..... 70
Requisitos de configuración. 70

La ocupación y desempeño interino de un cargo alcanzado por prohibición no es óbice ni desvirtúa su aplicación. ... 70
Aplicación de la prohibición a supuestos de recargo de funciones y suplencia ... 70
Posibilidad que un funcionario público afectado por prohibición pueda desempeñarse en otros cargos habiéndosele concedido un permiso sin goce de salario. ... 71
Situación del funcionario que recibe por recargo funciones de un titular que se encuentra sujeto a prohibición ... 71
Pérdida de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión. ... 72
Suspensión de la prohibición. ... 72
La sujeción al régimen de prohibición no se ve suspendida durante el período de vacaciones. ... 73
Los sujetos alcanzados por la prohibición no necesariamente deben rendir también declaración jurada de bienes y viceversa. ... 73
Diferencia entre dedicación exclusiva y prohibición ... 73
Respecto a un mismo cargo público no procede la vigencia simultánea de un régimen de dedicación exclusiva y de prohibición. ... 73
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. ... 73
Los contratos de dedicación exclusiva de aquellos servidores no cubiertos por la prohibición mantienen su vigencia ... 74
Aplicación de la prohibición en caso de existir un contrato de dedicación exclusiva ... 74
Las acciones de recuperación de pagos ligados a la prohibición realizados a contrapelo de lo que establece la normativa aplicable exige la observancia de las garantías del debido proceso legal. ... 74
Acciones de recuperación de sumas pagadas indebidamente y el control posterior de la Contraloría General ... 75
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. ... 75
El no resultar alcanzado por prohibición no dispensa la observancia necesaria del deber de probidad, imparcialidad y evitar la realización de actividades capaces de generar conflictos de intereses ... 76
Actividades en el ámbito privado por parte de servidores no alcanzados por prohibición. Participación en actividades privadas de capacitación. Deber de imparcialidad ... 76
Descartar la aplicación de la prohibición con relación a un cargo determinado al amparo de la Ley 8422, no significa que quien lo ocupe no pueda estarlo al amparo de otra normativa ... 76
La restricción para ejercer profesiones liberales abarca no sólo el ejercicio privado sino también el ejercicio dentro de la función pública ... 76
En caso de suspensión con goce de salario de un funcionario cubierto por la prohibición, subsiste tanto el pago de la compensación como el deber de no ejercer las profesiones que posea ... 77
Sobre las diferencias entre el régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales y el régimen de prohibiciones aplicable a la contratación administrativa. ... 77
Sobre la inclusión de la función notarial dentro de las profesiones cuyo ejercicio liberal resulta prohibido. Competencia de la Dirección Nacional de Notariado ... 78

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 el listado)..... 78
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. 78
El análisis respecto a la aplicación del régimen de prohibición corresponde a cada Administración..... 79
Cada Administración es la llamada a verificar el cumplimiento de los requisitos asociados con la prohibición 79
Es responsabilidad de cada Administración determinar cuáles de sus funcionarios están sujetos a prohibición..... 79
La conformación de los servidores sujetos a prohibición debe darse siguiendo los parámetros normativos establecidos en la Ley a fin de no incurrir en una causal de responsabilidad administrativa..... 80
Los Ministros de Gobierno se encuentran alcanzados por la prohibición. 80
Aplicación de la prohibición a los magistrados suplentes..... 80
Aplicación de la prohibición a los Alcaldes Municipales. Derogación táctica del régimen de dedicación exclusiva al que se encontraban sujetos. 81
Aplicación de la prohibición a los auditores y subauditores internos. 82
La prohibición no resulta aplicable a los auditores y subauditores internos sujetos a una jornada de medio tiempo. 82
La referencia a contralores y subcontralores internos corresponde en estricto a cargos de auditoria interna. 82
Reconocimiento de prohibición a los contadores privados. 83
Cargos públicos sujetos a prohibición en un Ministerio de Gobierno 83
Categorías de Directores y Subdirectores..... 83
Categoría de directores administrativos..... 84
Supuestos que podría cubrir un cargo de director o subdirector. 84
Tratándose de los directores y subdirectores administrativos la labor administrativa realizable debe ser principal y no accesoria. 85
Aplicación de la prohibición a directores generales de órganos desconcentrados. El caso de la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad. 85
Directores y subdirectores generales de órganos desconcentrados..... 85
Aplicación de la prohibición al Director y Subdirector del Centro Nacional de la Música 86
Aplicación de la prohibición a los directores médicos de Hospitales, Clínicas y Áreas de Salud de la CCSS desconcentrados al amparo de la Ley Nº 7852. 86
La referencia a directores y subdirectores administrativos exclusivamente a quienes ocupen un puesto de jefatura en las unidades, áreas, dependencias –o cualquiera otra denominación- administrativas de órganos, entes y empresas públicas..... 86
En cuanto a los directores y subdirectores administrativos la extensión de su cobertura abarca a toda la Administración Pública 87
Prohibición aplicable a Directores Ejecutivos, Subdirectores Ejecutivos, Gerentes y Subgerentes. 87
Funcionario cubierto por prohibición puede ser miembro de una junta directiva de una empresa que pertenece a la misma entidad en la que no devenga dietas..... 88
Pago de prohibición a gerentes y sub-gerentes 88
Sobre el reconocimiento de prohibición a la categoría de jefe de departamento. 88

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. 89
En lo que a las proveedurías la prohibición se extiende a sus titulares en todo el Sector Público 89
Tratándose de las proveedurías del Sector Público la prohibición resulta extensiva a todos los órganos públicos (sean desconcentrados o no). 90
En el caso de las proveedurías la prohibición cubre a quienes ocupen los cargos máximos de jerarquía. 90
La referencia en torno a directores y subdirectores de departamento y titulares de proveeduría cubre exclusivamente a quienes ocupen un puesto de jefatura como encargados o titulares en proveedurías de órganos, entes o empresas públicas 90
Reconocimiento de prohibición a los puestos de jefatura de las proveedurías 90
Los regidores no están sujetos al régimen de prohibición 91
Aplicación de la prohibición a los Alcaldes Municipales. 91
Al primer vicealcalde le aplican las mismas reglas que al alcalde titular en cuanto al pago de prohibición 91
Intendente municipal no es un cargo que esté expresamente mencionado en el artículo 14 de la Ley 92
Procedencia de la prohibición en el caso de la Administración Tributaria Municipal 92
El caso de un abogado que no ocupa un cargo como tal en una corporación municipal 93
Puestos de dirección administrativa, en entidades en las que coexisten dos Administraciones cada una con su respectivo responsable administrativo. El caso de JAPDEVA 93
Cargos cubiertos por la prohibición en un ministerio de Gobierno. 93
Cargos cubiertos por la prohibición en una municipalidad. 93
Cargos cubiertos por la prohibición en una empresa pública. 93
Prohibición para que funcionarios de las federaciones municipales ejerzan profesiones liberales. 94
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 94
La Ley parte de la premisa que los cargos referenciados son ocupados por profesionales en determinada rama del conocimiento 94
El incumplimiento del requisito académico trae consigo la improcedencia en el pago de la compensación económica respectiva. 95
La tenencia de un grado académico que acredite la condición de un servidor como profesional debe analizarse en cada caso concreto 95
La contaduría privada como un caso de excepción a la tenencia del grado académico de cara a la acreditación de la condición de profesional 95
Requisitos y alcances del régimen de prohibición 95
Requisitos para que se aplique la prohibición 96
Régimen de prohibición y requisitos por cumplir 96
Requisitos para el reconocimiento de la prohibición. 97
La retribución económica asociada a la prohibición tiene una naturaleza compensatoria 97
El pago compensatorio solo puede ser hecho a favor de servidores cubiertos por prohibición 98
Únicamente quienes se encuentran en capacidad académica y profesional de ejercer de manera liberal su profesión pueden recibir la retribución económica compensatoria 98

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. 98
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 98
La retribución económica ligada a la prohibición no excluye el pago de otros beneficios ajenos y diversos de dicha restricción. 99
Procedencia del pago de bonificaciones o compensaciones no asociadas con la prohibición. 99
Reglas de pago de la retribución económica en supuestos de salario único 99
Compensación económica asociada con la prohibición 100
Los directores de junta administrativa de una fundación no están sujetos al régimen de prohibición. 100
No aplicación de la prohibición a los contralores financiero-contables. 100
Centros de educación y formación que no están dentro de los supuestos de excepción. 101
Concepto de institución universitaria y parauniversitaria 101
Participación en actividades docentes. 101
La docencia como excepción a la prohibición 102
El Instituto Nacional de Aprendizaje no es una institución de educación superior 102
Participación en carreras y otros programas de formación o extensión académica impartidos por centros de educación superior u otras entidades vinculadas a dichos centros. 102
La integración de tribunales de tesis se enmarca dentro de la actividad docente 103
Opiniones en medios de comunicación o centros y actividades académicos 103
Ejercicio de la docencia por parte de un Alcalde Municipal dentro y fuera de la jornada laboral. 103
Aplicación de la prohibición. El caso de los músicos 103
La claridad de las disposiciones atinentes a la prohibición determina el momento de pago de la retribución económica correspondiente 104
Contenido y alcances del transitorio VI del Reglamento a la Ley 104
Tratándose de los directores y subdirectores de departamento y titulares de proveedurías el pago procede a partir de la emisión del Reglamento a la Ley. 105
Pago retroactivo de la retribución económica. Obligaciones de la Administración y del funcionario. 105
Requisitos asociados con la remuneración de la prohibición. 106

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 106
El régimen de prohibición debe interpretarse de forma restrictiva por constituir una limitación a un derecho fundamental. 106
Ámbito de aplicación está determinado en razón del cargo público respectivo. 106
El listado de cargos públicos sujetos a prohibición es taxativo 107
Categoría de directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público. 107
La prohibición está concebida para puestos de alta jerarquía y algunos cargos estratégicos 107
El régimen de prohibición es exclusivo para profesionales liberales. 107
Los requisitos académico y de incorporación profesional -cuando corresponda- aplican aun y cuando la profesión liberal no sea requisito para acceder al puesto ... 107

La categoría de directores y subdirectores de áreas, unidades, departamentos o dependencias refiere a puestos netamente administrativos. ... 108
La categoría de directores y subdirectores de departamento refiere a titulares de los puestos de proveeduría. ... 108
La prohibición no pretende cubrir a todas las jefaturas sino únicamente las de áreas administrativas y de proveeduría. ... 108
La prohibición aplica al ejercicio de todas las profesiones que ostente el funcionario ... 108
Las profesiones no liberales no están cubiertas por el régimen de prohibición ... 109
La profesión de sociología no queda cubierta por el régimen de prohibición porque no es una profesión liberal ... 109
Las profesiones artísticas no quedan cubiertas por la limitación al no ser profesiones liberales. ... 109
La docencia se encuentra excluida del alcance de la prohibición no es una profesión liberal ... 109
La titulación en administración educativa es una profesión liberal sujeta al régimen de prohibición. ... 109
Los contralores y subcontralores de servicios se encuentran afectados por el régimen de prohibición. ... 110
El cargo de proveedor municipal está afecto al régimen. ... 110
A partir de entrada en vigencia de Ley a los alcaldes y vice alcaldes les aplica el régimen de prohibición y no el de dedicación exclusiva. Dichas figuras son excluyentes entre sí. ... 110
Al vicealcalde primero le aplica el régimen de prohibición. El vicealcalde segundo estará sometido sólo si sustituye al alcalde titular. ... 110
A los alcaldes municipales les aplica la prohibición y la compensación respectiva sólo si ostenten una profesión liberal y están incorporados al colegio profesional respectivo ... 111
No procede el reconocimiento de prohibición al segundo vicealcalde suplente si no ostenta ninguna profesión liberal ... 111
El caso de los educadores y la prohibición ... 111
Tutela la eficiencia y efectividad en la gestión pública a partir de los principios de neutralidad, objetividad e imparcialidad de la función pública. ... 112
Pretende asegurar una dedicación integral del funcionario a las labores de su cargo público y evitar los conflictos de intereses. ... 112
Tanto la prohibición para el ejercicio liberal como la dedicación exclusiva tutelan los principios de objetividad, lealtad, imparcialidad, transparencia y neutralidad que rigen la función pública. ... 112
La prohibición implica una incompatibilidad de la función pública con otras funciones ... 112
La prohibición tiene un fundamento ético. ... 113
El régimen de la prohibición tiene reserva de ley y su interpretación debe ser restrictiva. ... 113
Opera, únicamente si está prevista por una ley para el puesto respectivo ... 113
Se requiere tener el grado académico y estar habilitado para ejercer la profesión. ... 113
Requisito "sine qua non". Ostentar una profesión liberal sobre la cual se impida su ejercicio a nivel privado, lo cual no resulta aplicable al caso de los artistas. ... 113
La incorporación es requisito en el tanto sea necesaria para el ejercicio liberal de la profesión respectiva. ... 114
La libertad profesional es una libertad fundamental y su restricción es reserva de ley ... 114

La regla es que el funcionario tenga libertad de ejercer liberalmente su profesión fuera de la jornada laboral, la excepción cuando por ley o causa justificada se restringe. 114
La administración de oficinas no constituye una profesión liberal. 114
Conceptualización de profesiones liberales. 115
Caracterización de las profesiones liberales. 115
Aspectos que determinan que una profesión es liberal. 115
Durante permiso sin goce de salario no opera la prohibición, salvo cuando el ejercicio profesional suponga un conflicto de intereses respecto a las funciones del puesto. 116
Puede ejercerse docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada. Conceptualización de educación superior. 116
Los funcionarios pueden impartir cursos en colegio profesional al que pertenecen en razón de su obligación gremial. 116
Pago compensatorio. Procede sólo en caso de que la ley reconozca tanto la prohibición para el puesto como la compensación. 117
Pago compensatorio. Opera cuando existe norma legal que lo autorice. El pago hecho por costumbre administrativa no genera derechos adquiridos. 117
Pago compensatorio. Requisito: norma expresa que lo autorice. No basta norma que establezca la prohibición. 117
Incumplimiento. Constituye falta grave. 117
Incumplimiento. Obligación de devolver dineros recibidos por dicho concepto. 118
Funcionario sometido al régimen no pierde condición de profesional liberal, porque mantiene independencia de criterio al hacer funciones públicas. 118
Ejercicio del notariado. Requisitos para ejercicio liberal. 118
Régimen aplicable a los funcionarios de la auditoría interna. 118
Prohibición aplicable a auditores internos incluye cualquier otra profesión. 118
Municipalidades. Pueden reconocer pago compensatorio al personal que realice labores en materia tributaria y cumpla requisitos académicos. 119
Ámbito de aplicación está determinado en razón del cargo ocupado por el funcionario. 119
El listado de cargos es taxativo. 119
El régimen previsto en Ley es exclusivo para profesionales liberales. 119
El régimen establecido en el artículo 14 de la Ley prohíbe el ejercicio de todas las profesiones que se tengan y no sólo la que es requisito del cargo. 119
Las profesiones no liberales no están cubiertas por la limitación del artículo 14 de la Ley. 120
La profesión de la docencia se encuentra excluida del alcance de la norma porque no es una profesión liberal. 120
Pago compensatorio. Opera cuando existe norma legal que lo autorice. El pago hecho por costumbre administrativa no genera derechos adquiridos. 120
Obligación de devolver dineros recibidos por concepto de prohibición. 120
Abogados. Restricción del ejercicio liberal de la abogacía recae para todos los funcionarios públicos abogados que presten el servicio en los Poderes Ejecutivo y Judicial, el TSE, la CGR, la PGR y las municipalidades. 121
Municipalidades. Abogados tiene prohibición para ejercicio liberal de profesión. 121
No es inconstitucional la no previsión legal de pago compensatorio. 121
Municipalidades. Profesionales en ingeniería, arquitectura, topografía y similares, aún y cuando no están sujetos a prohibición, deben respetar horario laboral y no pueden entrar en conflicto de intereses. 121

Dedicación exclusiva se acuerda en forma voluntaria mientras que la prohibición es obligatoria por ley. 122
Dedicación exclusiva se pacta mediante un contrato suscrito entre el funcionario y la Administración. 122
Aunque esté prevista la posibilidad mediante una ley sigue siendo facultativa para Administración. 122
Naturaleza consensual. El funcionario tiene la posibilidad de valorar conveniencia. Diferencias entre la dedicación exclusiva y la prohibición. 122
Naturaleza consensual. Una vez acordada ninguna de las partes puede cambiar condiciones de manera unilateral. 122
Carácter contractual. 123
Características fundamentales del contrato. 123
El Estado puede rescindir unilateralmente los contratos de dedicación exclusiva en virtud de los principios generales de contratación administrativa. 123
Diferencia con la prohibición. 123
Finalidad. Pretende que el funcionario público preste sus servicios de manera exclusiva para la institución pública que labora. 124
Finalidad. Exclusividad a las funciones del puesto, pero también, incentivar al servidor para que obtenga un nivel académico más alto. 124
Se justifica cuando el interés público requiera que el servidor ejerza su profesión liberal únicamente para la administración. 124
La profesión del servidor debe ser una de las exigidas por el Manual de Puestos para desempeño del cargo. 124
Depende de las exigencias del puesto y no del grado académico. 125
La solicitud del funcionario no obliga a la Administración. Debe valorarse si existen razones o no de interés público que lo justifiquen, como podría ser la prevención de conflictos de intereses. 125
Resulta improcedente cuando el funcionario está sujeto el régimen de prohibición 125
Impide al funcionario el desempeño de labores relacionadas con su profesión de manera privada. 125
Impide realizar no sólo actividades profesionales de carácter privado sino también el desempeño de otros cargos públicos. 125
Funcionarios sujetos al régimen pueden desarrollar actividades privadas, siempre que para ello no se requiera del ejercicio de la profesión sometida a la dedicación exclusiva. 126
Las actividades privadas que puede llevar a cabo el funcionario dependen de las condiciones pactadas en el contrato. 126
La Administración podría suscribir contrato con un funcionario aún y cuando se trate de una profesión no liberal. 126
Puede ser aplicada a todas las profesiones, incluyendo las artísticas. 126
Funcionarios cubiertos por decreto número 23669-H sí pueden ejercer otras profesiones no cubiertas por contrato. 127
En tesis de principio no es procedente para cuerpos policiales. 127
No existe impedimento para que los profesionales en ciencias médicas retribuidos al amparo de la Ley N° 6836 se acojan al régimen. 127
No existe impedimento para que los médicos veterinarios que laboran para instituciones del Régimen de Servicio Civil se acojan al régimen. 127
No impide pago de sobresueldo como contraprestación por los servicios notariales que un funcionario abogado preste a la institución. 127

Únicamente se limita el ejercicio de la profesión cubierta por el contrato.
El funcionario puede ejercer las otras profesiones liberales que ostente
respetando sus obligaciones éticas. ... 128
Disposición expresa posibilita la dedicación exclusiva en caso de las enfermeras. ... 128
Disposición expresa posibilita dedicación exclusiva en caso de los microbiólogos,
farmacéuticos y psicólogos. ... 128
Disposición expresa posibilita dedicación exclusiva en caso de los profesionales
en medicina veterinaria ... 128
Rubro por pagar a funcionario con grado académico superior al exigido
en el puesto que ocupa. ... 128
La suspensión temporal de la dedicación con la finalidad de asumir un proyecto
profesional en específico es improcedente. ... 129
Las figuras de la dedicación exclusiva y la disponibilidad son distintas pues
persiguen diferentes fines. ... 129
El caso de los Presidentes Ejecutivos de instituciones autónomas. ... 129
La compensación económica puede ser mayor si el funcionario tiene un grado
superior al exigido por el manual de puestos. ... 130
No procede la dedicación exclusiva para los abogados de la Administración
incluidos los municipales. ... 130
Reglamento municipal que reconoce derecho a funcionarios técnicos no
profesionales atenta contra naturaleza de la figura. ... 130
Régimen aplicable a los miembros propietarios del Consejo de la SUTEL. ... 130

RESOLUCIONES JUDICIALES ... 130
Concepto de profesión liberal. ... 130
Concepto de profesión liberal. ... 131
Alcances de la prohibición ... 131
Definición de director y subdirector de departamento. ... 132
Análisis de la figura de la prohibición. ... 133
Procedencia del pago de prohibición a coordinador de proveeduría de una
Unidad Ejecutora de Proyectos. ... 133
Prohibición al ejercicio liberal de la profesión y posible indemnización. ... 134
La prohibición opera de pleno derecho sin que se pueda solicitar o renunciar. ... 135
Diferencia entre prohibición y dedicación exclusiva. ... 135
La prohibición tiene un fundamento ético ... 135
La prohibición se mantiene aun cuando la relación laboral esté suspendida ... 135
No debe confundirse la prohibición con el pago compensación de la misma. ... 136
Carácter mixto del régimen de prohibición ... 136

Artículo 15.-Retribución económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales ... 136

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL ... 137
Contenido y alcances del denominado régimen especial de remuneración ... 137
Auditores y subauditores internos. ... 137
Reconocimiento de prohibición a favor de los contadores privados ... 137
El régimen especial de remuneración debe estar referido en sentido estricto
a la prohibición. ... 138
El título de técnico medio de contador privado es suficiente para tener por
cumplido el requisito académico. ... 138

Procedencia del reconocimiento a pesar de la existencia de incentivos a profesionales en ciencias médicas e incompatibilidad del régimen de prohibición con el de dedicación exclusiva. ... 138
Requisitos que se deben cumplir para obtener la compensación económica. ... 139
Reconocimiento de prohibición en el caso de funcionarios sujetos a salario único ... 139
Naturaleza de la compensación económica. ... 139
Improcedencia del reconocimiento de prohibición al personal administrativo de la auditoría interna. ... 140
Reconocimiento de prohibición al Vicealcalde. ... 140
Reconocimiento de prohibición retroactivo. ... 141

Los gastos de representación y compensación por prohibición a favor de un Alcalde Municipal que disfruta de una pensión. ... 141
Salario del alcalde municipal y el reconocimiento de prohibición. ... 142

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL ... 143
El pago de la prohibición no es un simple estímulo o plus salarial, es una compensación del costo de oportunidad del funcionario por no ejercer la profesión de forma liberal. ... 143
Aplicación del pago compensatorio en plazas pagadas mediante el mecanismo de salario único. ... 143
El monto a pagar a los Alcaldes por concepto de prohibición es el establecido en el artículo 15 de la Ley. ... 143
El funcionario inhabilitado por el Colegio Profesional respectivo para el ejercicio liberal de la profesión no puede recibir la compensación económica derivada de la prohibición. ... 143
Pago de compensación. Condiciones al reconocimiento retroactivo. ... 144
La compensación no se considera un derecho adquirido. ... 144

RESOLUCIONES JUDICIALES ... 144
La prohibición al ejercicio liberal de la profesión y la dedicación exclusiva son excluyentes. ... 144
La prohibición al ejercicio liberal de la profesión como limitante al derecho al trabajo ... 144
Carácter impositivo de la prohibición. ... 145

Artículo 16.-Prohibición de percibir compensaciones salariales ... 145

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL ... 145
Sobre la práctica administrativa que originó esta restricción ... 145
El servidor público únicamente puede recibir la remuneración que corresponde por el ejercicio de sus labores. ... 146
Alcances de la referencia legal a beneficios contemplados en el régimen de derecho público propio de la relación de servicio y debidamente presupuestados ... 147
Inhabilitación para devengar dietas para miembros de junta directiva de un colegio profesional que ostentan otro cargo público remunerado. ... 147
Pago de dietas ... 147
Derogación de cláusulas del convenio relativas a la contratación de personal ... 148
Sobre la amplitud del término compensaciones salariales ... 148
Se trata de pagos provenientes de entidades u organizaciones privadas ... 148
La aplicación de la restricción demanda un análisis casuístico ... 149

El pago de viáticos y gastos de representación no se encuentran alcanzados por esta restricción ... 149
Se trata de pagos ligados al cumplimiento de las funciones públicas encomendadas o con ocasión de éstas ... 149
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 ... 150
La restricción no cubre pagos que se den con motivo del rompimiento de la relación de servicio. El caso del desarraigo laboral ... 150
Participación de servidores en actividades de capacitación remuneradas. Supuestos ... 151
La restricción no aplica tratándose de la remuneración por actividades privadas del funcionario. ... 151
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 ... 151
Sobre el fundamento jurídico requerido para que otro ente u órgano público realice pagos a favor de un servidor público ... 152
Sobre la imposibilidad que una entidad privada como lo es una asociación de desarrollo aporte recursos para el pago de horas extraordinarias de servidores públicos. ... 152
Prohibición para percibir compensaciones salariales. Aplicación concreta ... 152
Prohibición para percibir compensaciones salariales. Aplicación concreta ... 152
Pago de honorarios ... 153

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL ... 154
Funcionarios no pueden recibir remuneraciones en razón de convenios de cooperación ... 154
Pago de comisiones de los bancos públicos a sus empleados es una remuneración que no es ajena a la relación de servicio y por ende no está prohibida. ... 154
Policías no pueden recibir pagos adicionales por labor de vigilancia en eventos privados ... 154

Artículo 17.-Desempeño simultáneo de cargos públicos ... 154

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL ... 155
Fines de la restricción al desempeño simultáneo de cargos públicos ... 155
Finalidad de la norma. ... 156
El objeto de la norma es evitar la superposición horaria. ... 156
El desempeño simultáneo de cargos públicos debe darse en entes y órganos de la Administración Pública ... 156
Simultáneo no es lo mismo que superpuesto ... 156
Doble remuneración es permitida siempre que no haya superposición horaria ... 157
Doble remuneración puede darse cuando no exista superposición de horarios ... 157
La no superposición horaria funge como una regla de principio aplicable sin necesidad de una consagración normativa expresa ... 158
Superposición horaria. ... 158
Superposición horaria. ... 158
Es posible el desempeño de dos cargos públicos siempre que no se incurra en superposición horaria ... 159
La restricción aplica independientemente del análisis de la existencia o no de un real o potencial conflicto de intereses ... 159

El recargo de funciones no resulta contrario a esta restricción 159
Aplicación de la restricción. 159
No hay impedimento legal en la conducta de los servidores que forman parte de una cooperativa 160
Guardias médicas..... 160
La docencia en instituciones de educación superior como excepción a la prohibición 160
La docencia como excepción. 161
La docencia como excepción. 161
Procedencia para que un funcionario público labore dos medios tiempos diferenciados en cuanto a funciones, áreas laborales en una misma institución 161
Excepción de funcionarios públicos que presten servicios requeridos por la Comisión Nacional de Emergencias 162

La restricción no aplica respecto a nombramientos efectuados antes de la entrada en vigencia de la Ley 162
Inaplicación de la prohibición de desempeño simultáneo de cargos..... 162
Cargos de naturaleza ad honorem 162
Elementos que debe tener presente un funcionario en un puesto de confianza en el ámbito municipal frente al desempeño simultáneo de otro cargo público..... 163
Remuneración vía honorarios por servicios profesionales frente a la prohibición al desempeño simultáneo de cargos. 163
Pago de servicios profesionales fuera de la jornada laboral..... 163
Sobre lo inconveniente que resulta que una misma persona se desempeñe como regidor y como funcionario municipal de manera simultánea..... 164
La norma no impide la prestación de servicios profesionales a una entidad u órgano público 164
El caso de funcionarios excluidos de la limitación de la jornada de trabajo..... 164
Se exceptúa al TSE exclusivamente seis meses antes y tres meses después de las elecciones nacionales..... 165
Sobre las excepciones a la restricción..... 165
Sobre el carácter especial y expreso de las excepciones a esta restricción..... 165
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. 165
La referencia a instituciones de educación superior, comprende las universitarias y parauniversitarias. 166
El INA no es centro de educación superior. 166
Alcances de la excepción de la docencia 167
Ejercicio de la docencia por profesionales en odontología en un centro hospitalario...167
Quien ostente un cargo dentro de la función pública no puede desempeñar otro aun cuando sea temporalmente durante las vacaciones del titular..... 167
El caso de los pensionados que reingresan a la función pública. Régimen del Magisterio Nacional..... 167
El caso de los pensionados que reingresan a la función pública. Régimen de invalidez, vejez y muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social 168
Cargos ejercidos en fundaciones en representación del Poder Ejecutivo o ente municipal 168
Los supuestos de excepción no cubren a cualquier puesto de naturaleza artística ... 168
El caso de los músicos y docentes. Alcances. 169
Autorización contralora para desempeñar simultáneamente más de un cargo público. El caso de los intérpretes de Lesco 169
Definición y alcances del trabajo extraordinario 169

Trabajo extraordinario. ... 170
Sobre el concepto de trabajo extraordinario. ... 170
Diferencia entre trabajo extraordinario y horas extras ... 170
Se trata de un supuesto distinto al desempeño simultáneo de cargos públicos ... 171
Requisitos para su configuración ... 171
Su aplicación se circunscribe a los funcionarios públicos ... 171
Pago de honorarios y trabajo extraordinario. ... 171
La falta de autorización de la Contraloría General impide el pago de la remuneración respectiva ... 172
La Administración es quien debe solicitar la autorización a la Contraloría General ... 172
El trabajo extraordinario no aplica al caso de "extrafunciones". ... 172
Diferencia entre la figura del trabajo extraordinario y la jornada extraordinaria ... 173

Las labores deben ser temporales. En virtud de su permanencia la asistencia a sorteos y devolución de excedentes no encuadra en este supuesto ... 173
Las labores deben realizarse en provecho de la misma entidad a la que se prestan los servicios u otra relacionada instrumentalmente con aquella ... 173
En cuanto a la excepcionalidad con relación al servicio público ... 174
Sobre el requerimiento de la autorización contralora ... 174
El pago de disponibilidad no puede catalogarse como trabajo extraordinario ... 174
El Convenio entre el Instituto Nacional de Aprendizaje y las Juntas Administrativas se ajusta en términos generales al supuesto del trabajo extraordinario ... 175
La realización de exámenes por suficiencia puede catalogarse como trabajo extraordinario ... 175
De cara a calificar un supuesto como trabajo extraordinario las disposiciones de la Ley prevalecen respecto a normativa reglamentaria interna. ... 175
Las guardias médicas no califican como trabajo extraordinario ... 176
Concepto de asesor, consultor y dirección. ... 176
No todo puesto de confianza es de asesoría o consultoría. ... 176
La finalidad de la restricción se enfoca en evitar el surgimiento de conflictos de intereses ... 177
El supuesto del convenio aprobado al efecto ... 177
Debe estarse frente a labores de asesoría o consultoría propiamente y no de dirección o ejecución ... 177
Valoración interna de una solicitud de permiso sin goce de salario para fungir como asesor o consultor ... 178
Integración simultánea de juntas directivas. ... 178
Sujetos obligados a solicitar la autorización para la integración de órganos colegiados ... 178
La autorización contralora es necesaria para integrar el órgano colegiado respectivo y devengar la dieta correspondiente ... 179
Trámite a solicitudes de permiso sin goce de salario para asistir a sesiones de órganos colegiados. Responsabilidades de la Administración ... 179
Sobre la improcedencia de pagar horas extraordinarias en lugar de dietas pretendiendo evadir la restricción legal ... 180
Reforma legal en materia de dietas. Sobre la vigencia plena de la superposición horaria como límite al pago de dietas ... 180
Improcedencia de un eventual pago retroactivo de dietas con motivo de la reforma legal ... 181
Colegios Profesionales. ... 181
Reconocimiento de dietas. ... 181

Pago de dietas como regidor municipal y una remuneración de orden salarial. 182
Regidor Municipal. 182
Los regidores no tienen impedimento para percibir dietas. 182
Los regidores y síndicos municipales pueden percibir dietas siempre y cuando no exista superposición horaria conforme al artículo 17 de la Ley 182

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 183
El artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública derogó tácitamente la primera frase del artículo 17 de la Ley. 183
La normativa vigente permite el ejercicio simultáneo de cargos públicos bajo ciertas condiciones. 183
Ejercicio simultáneo de más de un cargo público remunerado, queda prohibido, salvo que se trate de distintos cargos, no exista superposición horaria y no sobrepase jornada ordinaria. 183
Aplicación a los funcionarios interinos. 184
El límite de la superposición horaria. 184
Si existe superposición horaria entre dos cargos públicos, uno de ellos de directivo, no resulta legalmente válido pretender un permiso con o sin goce de salario para acudir a la sesión del órgano colegiado y cobrar la dieta. Fraude de ley. 184
Si funcionario ocupa dos cargos públicos sin superposición horaria y se encuentra de vacaciones en el puesto asalariado, puede asistir a las sesiones del órgano colegiado mientras sean fuera de horas hábiles. 184
Superposición horaria conlleva un enriquecimiento sin causa. 184
Prohibición de superposición horaria. Se deriva directamente de las obligaciones que impone el régimen de empleo público. Aún si no existiera el artículo de la Ley se tendría que considerar prohibido. 185
Prohibición de superposición horaria. Aplica para ejercicio de cargos directivos en órganos colegiados. 185
Docencia en centros de educación pública superior. Obligación de reponer y cumplir con totalidad de la jornada. 185
Docencia en centros de educación pública superior. Aplica a funcionarios sujetos al teletrabajo. Obligación de cumplir objetivos propuestos en dicha modalidad 185
Docencia en instituciones de educación superior. Posibilita la superposición horaria, y constituye excepción a la jornada máxima de trabajo. 185
Excepciones. Docencia en instituciones de educación superior. Aplica a servidores de confianza. 186
Músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y otras bandas de la Administración Pública. Posibilita la superposición horaria, y constituye excepción a la jornada máxima de trabajo 186
Los instructores artísticos del Instituto Nacional de la Música no se encuentran en la excepción. 186
Disposiciones del artículo 17 no aplican para situaciones consolidadas antes de su entrada en vigencia. 186
Situación de ejercicio simultáneo de dos cargos públicos apegada al artículo 17 de la Ley, permite que ante renuncia con el pago de cesantía en uno de ellos, el servidor pueda continuar desempeñando el otro cargo. 186
La presencia virtual en sesiones de órganos colegiados debe respetar la prohibición. No puede haber superposición horaria con ninguna otra actividad pública o privada. El pago de dietas solo es posible si se mantiene la colegialidad. 187

Ejercicio simultáneo de cargos públicos. No procede pago de dietas si la sesión se realiza durante la jornada laboral, aún si alega tener permiso sin goce de salario.... 187
Cuando se trate de funciones propias del ejercicio del cargo público, el servidor puede asistir a pesar de la superposición horaria, pero no procede el pago de la dieta ...187
Máximo tres juntas directivas, sea particular o funcionario público. Puede recibir dietas si no hay superposición horaria. Más de tres, requiere autorización de la CGR...188
La participación de un funcionario en más de tres juntas directivas requiere debe demostrar un interés público. 188
Funcionarios sometidos a dedicación exclusiva tienen impedimento para ser parte de la junta directiva de otra institución. Funcionarios con prohibición para ejercicio liberal, podrían hacerlo, si no es en su calidad de profesional liberal. 188
Funcionario a tiempo completo en universidad pública puede integrar órganos colegiados, y devengar dietas. En el último caso, siempre que no exista superposición horaria..... 189
El artículo 17 de Ley regula el tema de la remuneración para evitar el enriquecimiento sin causa. 189
Funcionarios que ocupen en forma simultánea cargos en órganos colegiados deben evitar cualquier conflicto de intereses..... 189
Pago de dieta cuando hay superposición horaria constituye un enriquecimiento ilícito. Pago sólo procede si es fuera de jornada..... 189
Funcionario puede asistir a sesiones de puesto directivo del que es parte en razón de su cargo, aún y cuando haya superposición horaria. Sin embargo, no procede pago de dietas. 189
Si por una situación excepcional, al funcionario le coincide una sesión extraordinaria, con el horario del otro cargo público que desempeña, estaría autorizado para no asistir a la sesión. 190
No procede pago de salarios caídos, si funcionario estaba devengando para las fechas otro salario pagado con fondos públicos. Caso contrario, se daría enriquecimiento sin causa. 190
Presupuestos: se trate de un órgano o dependencia municipal u órgano desconcentrado, y que sea un puesto de consultor o asesor. Restricción aplica durante permiso sin goce de salario. 190
Prohibición para ser asesor o consultor. Debe interpretarse de forma restrictiva..... 190

RESOLUCIONES JUDICIALES 191
El término simultáneamente implica superposición horaria. 191

Artículo 18.- Incompatibilidades. 191

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 192
Discrecionalidad del legislador para definir, modificar o eliminar herramientas en el combate de la corrupción en la función pública 192
Antecedentes normativos del régimen de incompatibilidades..... 192
La figura de la incompatibilidad en la doctrina 193
El listado de cargos públicos alcanzado por las incompatibilidades es taxativo 193
Las regulaciones relativas a incompatibilidades en tanto auténticas restricciones a la libertad deben ser leídas y aplicadas en iguales términos..... 193
Limitación al ejercicio de libertades fundamentales..... 193
Condiciones indispensables para tener por configurada la incompatibilidad. 194
Supuestos específicos en los que no es necesario hacer un levantamiento de incompatibilidad..... 194

Funcionarios de las federaciones municipales que se ven afectados por el régimen de incompatibilidad. ... 195
Del régimen de prohibiciones, impedimentos e incompatibilidades. ... 195
Supuestos para la configuración de la incompatibilidad. ... 195
Trabajos realizados antes de asumir el cargo público. ... 196
Aplicación del régimen de incompatibilidades a los auditores y subauditores internos ... 196
Los regidores están sometidos al régimen de incompatibilidades. ... 196
Los miembros de Junta Directiva de Comités Cantonales de Deportes están sujetos al régimen de incompatibilidades. ... 197
Requisitos indispensables para que se configure la incompatibilidad. ... 197
Objeto y alcances de la restricción. ... 197
Juntas directivas de empresas privadas. ... 198
La separación del ligamen y vinculación con la empresa o entidad privada respectiva debe acreditarse ante la Contraloría General mediante documento idóneo ... 198
Inaplicabilidad del régimen de incompatibilidades al Decano de Estudios Generales de la Universidad Nacional ... 198
Aplicación de las incompatibilidades a quienes sean designados como representantes del Poder Ejecutivo en la Junta Administrativa de una fundación ... 198
Directora de Hacienda Municipal ... 199
Junta Directiva de JUDESUR. ... 199
Aplicación del régimen de incompatibilidad a los diputados y diputadas ... 199
Plazo para acreditar ante la Contraloría General la renuncia respectiva. ... 199
Configuración de la incompatibilidad ... 200
La no configuración de la incompatibilidad no excluye la observancia del deber de probidad, imparcialidad y objetividad en el ejercicio del cargo ... 200
Cargos en la junta directiva de una asociación solidarista. ... 201
La no configuración de la categoría de Director Ejecutivo ... 201
Deber de los funcionarios vinculados por incompatibilidades de acreditar tanto la renuncia al cargo como la debida inscripción de su separación. ... 201
El término junta directiva no debe interpretarse literalmente sino de forma teleológica ... 201
Funcionario público que participa como miembro de junta directiva de un órgano, ente o empresa pública, puede ocupar otro puesto directivo en un cuerpo colegiado de otro órgano, ente o empresa pública ... 202
Finalidad del régimen de incompatibilidades. ... 202
El régimen de incompatibilidad es de aplicación general. ... 202
Directores de la Junta Administrativa de una fundación. ... 202
Ámbito de aplicación del régimen. ... 203
Aplicación en el tiempo del régimen de incompatibilidades, vinculando a servidores actuales y futuros ... 203
Condición particular de los directivos del CNREE en razón de ser rector en materia de discapacidad a efectos de analizar la incompatibilidad de la norma ... 203
Incompatibilidad no es de aplicación en casos de sociedades cuya finalidad es netamente familiar, sin ningún tipo de actividad comercial, industrial o de servicios que pueda provocar conflictos de intereses. ... 204
Aplicación del artículo 18 a los miembros del Congreso Nacional Cafetalero. ... 205
Los miembros del Consejo Superior del Poder Judicial no resultan incorporados dentro del listado de cargos alcanzados por dicha restricción ... 205
El caso de los miembros de Junta Administrativa del Archivo Nacional ... 205
Aplicación de la incompatibilidad a los miembros de la Junta Directiva de un Colegio Profesional ... 205

Aplicación del régimen a los miembros de la Junta Directiva del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos 206
Aplicación del régimen de incompatibilidades a los miembros de la junta directiva de CORBANA 206
Diferencias entre el régimen de incompatibilidades y el de prohibiciones en materia de contratación administrativa 206
Tratándose del régimen de incompatibilidades, las restricciones no resultan aplicables a la integración de juntas directivas de órganos, entes o empresas públicas 207
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 207
Sobre el examen casuístico de las restricciones relativas a prestar servicios o competir con el Estado y sus instituciones 207
Sobre el necesario traslado de fondos o recursos a favor de organizaciones privadas sin fines de lucro. 208
Inaplicabilidad del régimen en razón del giro de la empresa privada que se trate 208
La referencia a "juntas directivas" debe entenderse ligada a empresas privadas 208
Alcances de la referencia a miembros de juntas directivas 209
Alcances del régimen de incompatibilidades. 209
No configuración del régimen de incompatibilidades. 210
Aplicación del régimen al Director Nacional de Notariado asimilándolo al cargo de Director Ejecutivo 210
En virtud de su condición de órgano privado el régimen no aplica a los personeros del Centro de Estudios y Capacitación Cooperativa R.L. (CENECOOP) 210
No aplicación retroactiva del régimen de incompatibilidad. 211
Definición de recursos económicos. 211
Contenido y alcances de la referencia a recursos económicos del Estado, tratándose de la incompatibilidad referida a entidades privadas con o sin fines de lucro 211
Los incentivos recibidos al amparo del programa de servicios ambientales no constituyen recursos económicos del Estado 212
Recursos económicos del Estado. Aplicación concreta 213
Recepción de recursos económicos del Estado. Fundación Mundo de Luz 213
Vinculación con entidades privadas que reciben recursos económicos del Estado. El caso de las asociaciones solidaristas 213
Configuración de la incompatibilidad por vinculación con entidad privada que recibe recursos económicos del Estado 213

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 214
En principio el artículo 18 de la Ley no impide el nombramiento de un alcalde como representante municipal ante JUDESUR, sin embargo, habría impedimento si el servidor se encuentra en otro supuesto de la norma. 214
La Ley no contiene ninguna incompatibilidad que impida que los empleados del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos puedan conformar su junta directiva. Incompatibilidad tendría que estar dispuesta en ley 214
Figura de la incompatibilidad. Reserva de ley. 214
Figura de la incompatibilidad. Fundamento 215
La interpretación de los supuestos de incompatibilidad debe hacerse de forma restrictiva por constituir limitaciones a un derecho fundamental 215
El régimen de incompatibilidades pretende evitar los conflictos de intereses, asegurar el cumplimiento del deber de probidad y prevenir actos de corrupción 215

El régimen de incompatibilidades tutela el principio de imparcialidad, tiende a evitar conflictos de intereses y busca la eficacia administrativa 216

Artículo 19.-Levantamiento de la incompatibilidad. 216

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 216

Sobre el deber de quien presenta la solicitud de levantamiento de incompatibilidad, de aportar elementos de juicio necesarios y suficientes favorables a su procedencia 216

El levantamiento de la incompatibilidad. Vigencia de los deberes de probidad, imparcialidad y objetividad 216

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 217

Miembros de Junta Directiva de Colegios Profesionales. 217

Artículo 20.-Régimen de donaciones y obsequios 217

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 218

Supuestos de aplicación 218

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 218

La norma está destinada a regular el supuesto específico de la recepción de obsequios de carácter diplomático. La regulación general que prohíbe la recepción de obsequios está contenida en otras disposiciones. 218

Aceptación de dádivas u obsequios entregados en razón del cumplimiento de funciones públicas o con ocasión de ellas constituye una violación al deber de probidad. 219

La obligación de rechazar dádivas u obsequios es independiente del valor del bien 219

La aceptación de dádivas u obsequios podría llegar a ser una conducta delictiva 219

Funcionarios no pueden recibir obsequios de clientes, usuarios o proveedores, sin importar época del año, valor o clase del bien 219

Artículo 21.-Funcionarios obligados a declarar su situación patrimonial ... 220

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 221

Los funcionarios con responsabilidad sobre los fondos públicos son los que están incluidos en esta norma. 221

Los regidores suplentes y propietarios así como los alcaldes municipales se encuentran obligados a declarar su situación patrimonial 221

Entrega del formulario de declaración jurada 222

Miembro de junta directiva que no tenga derecho a voto quedaría cubierto por la norma. 222

Los miembros de Juntas Directivas están incluidos en la aplicación del artículo 21 de la Ley 222

Obligatoriedad de presentar declaración jurada de bienes por parte de miembros de Juntas Directivas de órganos desconcentrados del MOPT. 223

Directores de la Junta Directiva de una fundación están exentos de rendir declaración jurada de bienes. 223

Alcaldes municipales (propietarios o suplentes) deben presentar declaración jurada de bienes 223

Servidores de las corporaciones municipales deben declarar. 224

Miembros de la Junta Directiva de Colegios Profesionales 224
Los sujetos obligados a declarar no necesariamente se encuentran alcanzados por la prohibición..... 224
Los empleados de las aduanas y los empleados que tramiten licitaciones públicas deben presentar la declaración jurada de bienes..... 224
Los sujetos de derecho privado deben cumplir con las normas contenidas en la Ley 225
Órgano que aprueba o autoriza erogaciones con fondos públicos debe cumplir con la norma 226
Los únicos servidores de la auditoria interna del sector descentralizado cubiertos por tal obligación son el Auditor Interno o Contralor, así como los Subauditores internos y específicos 227
Lista taxativa de los funcionarios sometidos a la obligación de presentar la declaración jurada de su situación patrimonial 227
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..... 227
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 228
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..... 229
Únicamente los miembros de comisiones de adjudicación son los obligados a rendir declaración jurada de bienes 229
Los miembros de Junta Directiva y los Gerentes Deportivos de los Comités de Deportes y Recreación no se incluyen expresamente como obligados a rendir declaración 229
Otros funcionarios que deberán cumplir con la rendición de declaración. 229
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 230
Independientemente del nombre que se le asigne al puesto si el ejercicio de éste implica la administración de recursos públicos debe rendirse la declaración..... 230
Los miembros de juntas directivas están sujetos a la obligación de presentar declaración 230
Le corresponde a la Oficina de Recursos Humanos determinar para cada caso en particular los funcionarios que deben declarar..... 231
El cargo de subauditor está sujeto al deber de declarar..... 231
Situación de los subauditores municipales 231
Solo los funcionarios públicos costarricenses se encuentran obligados a declarar.... 232
Son declarantes aquellos funcionarios que ocupen un cargo dentro de la Administración Pública 232
Funcionarios compelidos a declarar..... 232

Artículo 22.-Presentación de las declaraciones inicial, anual y final 233

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 233
Presentación de la declaración jurada en el caso de nombramientos en forma interina ...233
Cuando el funcionario se encuentre suspendido en su puesto persiste la obligación de presentar la declaración 234

Fecha de presentación de la declaración por parte de los diputados y diputadas de la Asamblea Legislativa 234
Funcionario que está obligado a presentar su declaración jurada de bienes final 234
Funcionario que ocupe dos o más cargos simultáneamente, para los cuales se exige la declaración jurada de bienes, bastará que rinda una sola declaración 234
Fecha para la presentación de la declaración jurada de bienes inicial en el caso de cargos de elección popular 235
Para efectos de autenticación es igualmente válido el sello blanco como el tradicional de tinta 235

Artículo 23.-Declaración jurada por orden singular. 235

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 236
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 Ley y su Reglamento 236
La posibilidad de que otros funcionarios deban rendir declaración jurada de bienes 236
La Contraloría General o el Ministerio Público podrán en cualquier momento exigir que un funcionario público presente una declaración jurada de su situación patrimonial 237
Otros funcionarios públicos no contemplados deben presentar declaración 237
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 237
La obligación de declarar surgiría a partir del momento que le sea comunicada la exigencia de rendir la declaración 238
Posibilidad que otros funcionarios sean obligados a presentar declaración jurada de bienes 238

Artículo 24.-Confidencialidad de las declaraciones. 239

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 239
Fotocopia del formulario de declaraciones juradas de bienes. 239

RESOLUCIONES JUDICIALES 239
Constitucionalidad de la norma 239

Artículo 25.-Registro de declaraciones juradas 240

Artículo 26.-Condiciones de los sujetos obligados a presentar declaración jurada de bienes. 240

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 241
Sobre la obligación de los magistrados suplentes de declarar sus bienes. 241
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. 241

Artículo 27.-Modificación de la descripción del puesto o de la nomenclatura administrativa. 242

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL **242**
Presentación de declaración jurada de funcionario que resulta reelecto. 242

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL **242**
Aplicación de la Ley al Cuerpo de Bomberos Voluntarios 242

Artículo 28.-Deber de informar sobre funcionarios sujetos a la declaración jurada **243**

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL **243**
Deber de informar sobre funcionarios sujetos a declaración. 243
El director, jefe o encargado de la unidad de recursos humanos informará de los funcionarios obligados a declarar. 244
Deber de informar sobre funcionarios sujetos a declaración. 244
Funcionarios que presentaron declaración jurada inicial sin estar obligados 245
Funcionarios que deben presentar la declaración jurada según las funciones que realicen 245
Unidades de Recursos Humanos. 245

Artículo 29.-Contenido de la declaración **246**

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL **247**
El contenido de la declaración jurada de bienes respecto del menaje de casa. 247

Artículo 30.-Autorización para acceso a información. **248**

RESOLUCIONES JUDICIALES **248**
Constitucionalidad de la norma 248

Artículo 31.-Ámbito temporal de la declaración jurada **249**

Artículo 32.-Simulación. **249**

Artículo 33.-Recibo **249**

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL **249**
Sobre las adiciones o aclaraciones a la declaración jurada de bienes. 249

Artículo 34.-Constatación de veracidad de la declaración. **250**

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL **251**
Efectos de la modificación, rectificación adición o aclaración de una declaración jurada. 251

Artículo 35.-Facultad de investigación aun ante existencia de responsabilidades **251**

Artículo 36.-Acceso a cargos públicos. **251**

Artículo 37.- 252

Artículo 38.-Causales de responsabilidad administrativa. 252

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 253
Responsabilidad administrativa. Sólo aplica a funcionarios públicos..... 253
Responsabilidad administrativa por percepción de honorarios o beneficios de cualquier tipo. 254
Aplicación del régimen de responsabilidades disciplinarias y civiles a los Directores de la Junta Administrativa de una fundación. 254
Deber de imparcialidad del funcionario protegido en el artículo 38 inciso b) de la Ley. 254
La actuación de un servidor público como tramitador de gestiones privadas de particulares en la institución en la que labora provoca un conflicto de intereses 255
Uso administrativo de vehículos que son propiedad de un particular..... 255

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 255
Desempeño de actividades privadas incompatibles. Régimen municipal. Todo funcionario tiene impedimento para laborar en otra entidad pública o privada si hay superposición horaria y para realizar actividades que causen conflicto de intereses respecto a la función pública o afecten la institución 255
Durante el disfrute de vacaciones o permiso sin goce de salario, el funcionario no puede realizar actividades privadas que luego podrían someterse a conocimiento de la institución donde labora. 256
Siempre que la actividad privada genere conflicto de intereses opera la prohibición. Hay conflicto de intereses cuando coincide la actividad privada con las funciones propias de su cargo como funcionarios públicos, o bien, propias del órgano para el cual labora. 256
Se genera conflicto de intereses cuando la actividad privada coincide con las funciones propias del órgano para el cual labora el funcionario, aun y cuando el asunto no debe ser resuelto directamente por el servidor. 256
Se puede configurar la causal prevista en el inciso m) cuando un médico institucional cobra a un paciente dinero por la atención prestada en los servicios de la CCSS. 257

Artículo 39.-Sanciones administrativas 257

Artículo 40.-Competencia para declarar responsabilidades 257

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 257
Junta Directiva de la ARESEP es competente para aplicar al Consejo de SUTEL las normas sancionatorias contenidas en la Ley. 257

Artículo 41.-Criterios por considerar 258

Artículo 42.-Sanciones para los funcionarios de la Contraloría General de la República 258

Artículo 43.-Responsabilidad de los miembros de los Supremos Poderes .. 258

Artículo 44.-Prescripción de la responsabilidad administrativa. 258

RESOLUCIONES JUDICIALES 259
Plazo de prescripción de la potestad disciplinaria establecido en el Código de Trabajo no es aplicable a faltas contra el deber de probidad o vulneraciones a la Hacienda Pública por existir norma especial. 259
En materia de procedimientos sancionatorios relacionados con la Hacienda Pública se aplica una prescripción "especial" y no la "genérica"..... 259
Prescripción de la acción. Prescripción de la falta 260
La prescripción en materia sancionatoria de la Hacienda Pública está sujeta a interrupciones. 260
Criterio material objetivo para determinar la prescripción en materia de Hacienda Pública. 261
Órgano competente para sancionar a los diputados o diputadas que infringen el deber de probidad 262

Artículo 44 bis.- Sanciones administrativas a personas jurídicas 262
Artículo 45.-Enriquecimiento ilícito.....264

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 264
Responsabilidad penal en el manejo de fondos públicos por parte de directivos de una organización privada..... 264

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 264
No todos los supuestos de enriquecimiento sin causa configuran el delito. 264

RESOLUCIONES JUDICIALES 265
Aplicación de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. 265
Recibo de dádivas por parte de funcionarios públicos 265

Artículo 46.-Falsedad en la declaración jurada. 265

RESOLUCIONES JUDICIALES 265
Configuración del Delito de Falsedad en la Declaración Jurada de Bienes 265

Artículo 47.-Receptación, legalización o encubrimiento de bienes 266

Artículo 48.-Legislación o administración en provecho propio.....266

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL 266
Aplicación de la norma y su relación con el deber de probidad..... 266

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 266
Mediante una actuación violatoria del deber de abstención se podrían incluso incurrir en un delito de legislación o administración en provecho propio..... 266

Artículo 49.-Sobreprecio irregular. 267

Artículo 50.-Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados... 267

RESOLUCIONES JUDICIALES 267
Configuración del delito de falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados... 267

Artículo 51.-Pago irregular de contratos administrativos 268

Artículo 52.-Tráfico de influencias 268

RESOLUCIONES JUDICIALES 268
Tipificación del delito de tráfico de influencias 268
Concepto de tráfico de influencias 269

Artículo 53.-Prohibiciones posteriores al servicio del cargo 269

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 269
Nombramiento en otro puesto 269

RESOLUCIONES JUDICIALES 270
Conformidad de la norma con el bloque de constitucionalidad 270
Artículo 54.-Apropiación de bienes obsequiados al Estado. 271

RESOLUCIONES JUDICIALES 271
Apropiación de bienes y recibo de dádivas 271

Artículo 55.- Soborno transnacional. 271

Artículo 56.-Reconocimiento ilegal de beneficios laborales. 271

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL 272
Reconocimiento ilegal 272
Legitimidad de la actividad administrativa 272

Artículo 57.-Influencia en contra de la Hacienda Pública 272

RESOLUCIONES JUDICIALES 272
La norma no vulnera los principios de legalidad, tipicidad penal y seguridad jurídica 272

Artículo 58.-Fraude de ley en la función administrativa. 273

RESOLUCIONES JUDICIALES 273
Conformidad de la norma con el bloque de constitucionalidad 273
Elementos del delito de fraude de ley. 274

Artículo 59.-Inhabilitación. 274

Artículo 60.-Violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas 274

Artículo 61.-Consecuencias civiles del enriquecimiento ilícito 274

RESOLUCIONES JUDICIALES 275
Realización de comisos 275

Artículo 62.-Prescripción de la responsabilidad penal 275

RESOLUCIONES JUDICIALES 275
Plazo de prescripción especial. 275
Prescripción de la responsabilidad penal. 275
Prescripción de la acción penal 276
Prescripción Penal y los delitos funcionales. 276
Conformidad de la norma con el bloque de constitucionalidad. 277

Artículo 63.-Reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República 278

Artículo 64.-Reformas del Código Penal. 278

Artículo 65.-Modificaciones de la Ley de la Contratación Administrativa ... 279
Artículo 66.-Reforma del Código Municipal 281

Artículo 67.-Adición a la Ley Orgánica del Banco Central. 281

Artículo 68.-Reformas de la Ley N° 3667 281

Artículo 69.-Derogación del inciso 4) del artículo 346 del Código Penal ... 282

Artículo 70.-Derogación de la Ley Nº 6872 282

Artículo 71.-Reglamentación 282

Transitorio I 283

Transitorio II 283

Nº 8422

La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica

Decreta:

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

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º-Fines.

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

CONCORDANCIAS

- Sobre el acatamiento obligatorio de la Ley ver el artículo 129 de la Constitución Política.
- Artículo 1 incisos 1), 2), 3) y 8) Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito (Decreto Ejecutivo N° 32333-MP-J del 12 de abril de 2005).
- Sobre el concepto de función pública ver el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley N° 7670 del 17 de abril de 1997).
- Artículo II inciso 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.
- Artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley N° 8557 del 29 de noviembre de 2006).

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

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 Nº 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 Nº 7428 del 4 de setiembre de 1994), 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), 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)

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 Nº 6762 (DAGJ-1550) del 10 de junio de 2005)

Fines de la ley.

(…) los fines de la Ley 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. Cabe señalar, que según los tres fines que se pretenden alcanzar con la aplicación de la Ley No 8422, se detecta en ella 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; y finalmente de 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 en sus capitales (…).
(Oficio N° 487 (DAGJ-0090-2006) del 10 de enero de 2006). (Véase en el mismo sentido los oficios N° 7154 (DAGJ-1675-2005) del 20 de junio de 2005, N° 6918 (DAGJ-01610-2005) del 14 de junio de 2005 y N° 6067 (DJ-0459-2014) del 19 de junio de 2014)

Importancia del régimen preventivo regulado en la Ley.

(…) En primer lugar, hay que establecer que la Ley tiene como finalidad, tal y como lo indica el artículo 1º de la norma en comentario, prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública. Se incorpora en la misma una orientación de carácter preventivo. En esta línea el Capítulo II de dicho cuerpo normativo que se titula "Régimen Preventivo", regula aspectos como la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, la retribución económica por la prohibición para ejercer profesiones liberales, la prohibición de percibir compensaciones salariales, la prohibición de desempeño simultáneo de cargos públicos y las incompatibilidades. (...) Por lo anterior, no cabe duda que el régimen preventivo tiene una trascendencia fundamental en el Estado Costarricense, pues con ello se busca la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función administrativa. Asimismo, se cumple con las obligaciones internacionales, toda vez que Costa Rica forma parte de la Convención Interamericana Contra la Corrupción y la Convención de la Naciones Unidas

Contra la Corrupción, y en estas se contempla como uno de los deberes de los Estados partes contar con un régimen preventivo contra este flagelo (…).
(Oficio N° 4193 (CGR/DJ-0298-2015) del 18 de marzo de 2015)

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

(...) 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. Estas consideraciones resultan plenamente aplicables al dictado y entrada en vigencia de la Ley. 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)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Objetivos perseguidos por la Ley.

(…) Esta norma cobra singular relevancia, pues no puede perderse de vista que la Ley N° 8422 tiene la vocación de prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública (artículo 1°), por medio de una serie de instrumentos de carácter preventivo y la imposición de un régimen de responsabilidad, dirigidos puntualmente a la gestión pública (…).
(Dictamen N° C-283-2014 del 8 de setiembre de 2014)

La Ley es una de las leyes "marco" que regulan las obligaciones y eventuales responsabilidades derivadas del ejercicio de la función pública.

(…) Así, entre muchas otras, el tema de las obligaciones y eventuales responsabilidades se encuentra regulado en la Ley General de la Administración Pública, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley N° 8422), La Ley General de Control Interno y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, eso tan solo para citar las leyes "macro", omnicomprensivas de los deberes en la función pública, que además se basan en los principios que fluyen directamente de la Constitución Política, puntualmente en su artículo 11, norma constitucional que dispone que (…).
(Dictamen N° C-283-2014 del 8 de setiembre de 2014)

RESOLUCIONES JUDICIALES

Deberes Funcionales de los funcionarios Públicos, establecidos en la Ley.

(…) Nuestra jurisprudencia ha sido unánime en considerar que pese a los múltiples bienes jurídicos que se tratan de tutelar con el delito de peculado, sigue siendo el deber a la probidad el esencial. Lo que culminó ante la promulgación de la Ley Nº 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública en relación a los deberes de la función pública, que exige de todas las personas funcionarias públicas y demás sujetos equiparados, cumplir imperativamente con las obligaciones establecidas y exigidas por el papel o la función social que desempeñan desde sus respectivos puestos. Se trata en muchos casos de deberes, principios y obligaciones de carácter incluso extrapenal. Son deberes, en todo caso de carácter funcional, que deben observarse por parte de las personas funcionarias públicas y demás sujetos equiparados, so pena de incurrir en conductas que aparejan no solo sanciones disciplinarias administrativas sino de índole penal (como la prisión, la multa y las inhabilitaciones).
(Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José. Resolución N° 213-2012 de las 10:00 horas del 21 de mayo de 2012)

Artículo 2º-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

- Sobre la prescripción de la responsabilidad disciplinaria del servidor público ver el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- Sobre el concepto de funcionario público ver los artículos 2 inciso a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública (Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978) y 78 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- Sobre el concepto de "Administración Pública" ver el artículo 1° de la Ley General de la Administración Pública y 1° inciso 3) del Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley N°8508 del 28 de abril de 2006).
- Con relación al concepto de funcionario de hecho ver los artículos 115 de la Ley General de la Administración Pública y 1 inciso 22 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito.
- Sobre el término custodia ver el artículo 1 inciso 11) del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito.
- En cuanto a la administración de fondos, bienes o servicios de la Administración Pública ver el artículo 1 inciso 6) del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Conceptos de servidor público y Administración Pública.

(…) Como se puede observar, 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. Valga hacer notar, que la norma hace referencia al término 'Administración Pública' en forma general, sin que expresamente excluya ninguna clase particular de entidades públicas. En este sentido, cabe tener presente que de conformidad con el artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública, la misma está constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado (…).
(Oficio N° 708 (DAGJ-0115-2006) del 16 de enero de 2006)

Cobertura o alcances de la norma en cuanto al servidor público.

(…) Para los efectos de esa Ley se considera como servidor público toda persona que preste sus servicios en los órganos y entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de ésta, 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. A tales efectos, se aclara también que los términos funcionario, servidor y empleado público se entenderán equivalentes. Además, el párrafo segundo del artículo segundo de la Ley No. 8422 tiene como *novedad* en relación con el artículo 2 de la Ley No. 6872 que amplía la concepción de servidor público, al estatuir que "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 encargadas 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". Como se puede observar, 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 mismo 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, caso éste último en que se encuentran las Juntas Directivas de las Asociaciones Administrativas de Acueductos, en el tanto dichos entes privados prestan un servicio público, que consiste básicamente en el aprovisionamiento de agua potable a comunidades rurales (…).
(Oficio N° 7046 (DAGJ-1644-2005) del 16 de junio de 2005) (Véase en el mismo sentido el oficio N° 6395 (DAGJ-1469-2005) del 3 de junio de 2005)

Sujetos destinatarios para la aplicación de la Ley.

(...) Dentro de esa línea, estimamos que el numeral 2° de la Ley No 8422 fundamentalmente tiene la finalidad de cubrir a todas aquellas personas que ejerzan de uno u otro modo una función pública, independientemente de las condiciones en las que lo realicen, e igualmente a aquellas personas que participan de la gestión pública en modalidades como la concesión de servicios, la gestión interesada, etc. No obstante, igualmente se señala que las disposiciones de esa ley serán

aplicables a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien o administren fondos provenientes de la Administración Pública, supuesto normativo en el cual quedaría comprendida una hipótesis como la de las fundaciones, que reciben fondos públicos producto de transferencias del Estado, como es el caso de la Fundación (…). Sin embargo, debe recordarse que la Ley está orientada justamente al ámbito de la gestión pública, de ahí que sus disposiciones, en general, están concebidas en función de la estructura organizativa de la Administración, y por ello, a pesar de la fórmula general que utiliza el numeral 2° en comentario, muchas de sus disposiciones no resultan aplicables a aquellos sujetos que prestan sus servicios a organizaciones privadas, aunque éstas reciban fondos públicos. 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 (…).
(Oficio N° 5909 (DAGJ-1334) del 23 de mayo de 2005) (Véase en el mismo sentido el oficio N°6755 (DAGJ-1546-2005) del 10 de junio de 2005)

Aplicación de la Ley a empresas públicas de derecho privado.

(…) Así las cosas, en respuesta a la primera interrogante, tenemos que resultará aplicable a INS Valores Puesto de Bolsa S. A., en su condición de empresa pública de derecho privado, aquellas disposiciones de la Ley No. 8422 que resulten compatibles con las estructura organizacional y administrativa interna de la mencionada sociedad anónima, es decir, deberán aplicarse las disposiciones que no resulten incompatibles con la naturaleza propia de la sociedad anónima. En este orden de ideas, debe indicarse también que la Ley No. 8422 contiene disposiciones de carácter restrictivo que cubren únicamente a ciertos funcionarios públicos que se indican de forma taxativa, y en consecuencia no es posible hacer una aplicación extensiva a servidores no contemplados expresamente en las normas. Siendo así, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública deberá aplicarse a INS Valores Puesto de Bolsa S.A. únicamente en lo conducente (…).
(Oficio N° 29 (DJ-0014) del 5 de enero de 2010)

Aplicación de la Ley a las universidades públicas.

(...) la autonomía de la que gozan las universidades estatales, entre ellas la Universidad de Costa Rica, se circunscribe al campo propio del desempeño de sus funciones y fines, a saber, la actividad académica, la investigación y la extensión social o cultural, por lo que, en la medida en que no se invada el ejercicio de su independencia funcional, de organización, administración y gobierno, no cabría interpretar que tales instituciones quedan al margen de las regulaciones generales establecidas en el ordenamiento jurídico a toda la Administración Pública. Así, bajo esa tesitura, 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-0115-2006) del 16 de enero de 2006)

Aplicación de la Ley a las municipalidades.

(...) 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 Nº 16193 (DAGJ-3433) del 15 de diciembre de 2004)

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 Nº 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 Nº 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 Nº 6221 (DAGJ-1415) del 30 de mayo de 2005)

Un consultor ambiental no es un funcionario público.

(…) Ahora bien, visto el régimen aplicable al consultor ambiental, se advierte que éste no califica como funcionario público, por lo que en principio las prohibiciones e impedimentos que se establecen para le (sic) gestión pública no le alcanzan. Ello por cuanto 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 (…).
(Oficio N° 217 (DJ-039-2011) del 17 de enero de 2011)

Aplicación de la Ley a sujetos privados nombrados por el Poder Ejecutivo como miembros de Juntas Directivas.

(…) De esta forma tratándose de sujetos privados, se tiene que estamos frente a personas que gracias a un acto de nombramiento por parte del Poder Ejecutivo, adquieren una condición de *funcionarios públicos*, integrando un órgano adscrito a una cartera ministerial como lo es el Ministerio del Ambiente y Energía, perteneciente por lo demás a la Administración Pública (artículo 1º de la Ley General de la Administración Pública), elementos que coinciden y se ajustan a la definición de servidor público establecida en el artículo 2º de la Ley Nº 8422 (...) Así las cosas y pasando con ello a dar respuesta a su consulta, en criterio de este Despacho el representante de la Cámara Costarricense de la Construcción, una vez nombrado por el Poder Ejecutivo como miembro de la Comisión Nacional Asesora Técnica Mixta de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, en tanto servidor público en lo que atañe a su desempeño en

ese órgano público, se encuentra vinculado por las disposiciones contenidas en la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, criterio que resulta extensivo también a su respectivo suplente, en la medida claro está, que este último pase a integrar la Comisión sustituyendo temporal o permanentemente al titular, lo anterior durante todo el tiempo que se produzca este desempeño (…).
(Oficio N°12491 (DAGJ-2979-2005) del 3 de octubre de 2005)

Aplicación de la Ley a los miembros de junta directiva de personas jurídicas ligadas con la explotación de un servicio público.

(…) pese a que la regulación legal no hace mención de los miembros de las juntas directivas de este tipo de personas jurídicas, en nuestro criterio tal y como lo afirma la Asesoría Legal de la ESPH S.A., bien pueden incluirse a tales directivos dentro del concepto de administradores, entendiendo el cargo de directivo como aquél ejercido por personas que cuentan con un poder máximo y suficiente de dirección y decisión dentro del esquema jerárquico y organizacional respectivo. En este sentido conviene tener presente además, que las labores ejercidas por estos administradores, dentro de las que reiteramos resultan alcanzadas las que llevan a cabo los directivos de las personas jurídicas a las que se viene haciendo referencia, no son en estricto sentido de una mera índole administrativa u operativa, pues para tales supuestos la norma hace mención del cargo de gerentes. Esto significa que el artículo 2º de la Ley Nº 8422 advirtiendo esta distinción, establece una diferenciación entre las labores que llevan a cabo por una parte los administradores de estas personas jurídicas, y las que realizan los que ostentan un puesto de gerencia, encargados en este último supuesto entre otras de tareas y funciones administrativo-operativas. Aunado a lo anterior, y brindando sustento adicional a la inclusión de los cargos directivos dentro del concepto de administradores de personas jurídicas ligadas con la explotación de un servicio público, vista la intención de legislador de establecer en la Ley Nº 8422 un ámbito de aplicación subjetiva con una cobertura tan amplia, desde nuestra óptica constituiría un absurdo y un contrasentido pensar que tratándose de personas jurídicas que custodien, administren o exploten bienes o servicios públicos, sus apoderados, gerentes y representan legales resulten alcanzados por sus disposiciones, pero que sus directivos, en tanto titulares y responsables de un poder máximo y suficiente de dirección y decisión dentro del esquema jerárquico y organizacional respectivo, no lo estén (…).
(Oficio N° 2022 (DAGJ-432-2005) del 21 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 2º, 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) (Véase en el mismo sentido el oficio Nº 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 Nº 5909 (DAGJ-1334) del 23 de mayo de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

La Ley incluye taxativamente a los entes de la Administración Pública no estatal -que es el caso de PROCOMER- en el tanto se esté en presencia del ejercicio de funciones públicas.

(…) El ámbito de aplicación de la Ley N° 8422 incluye taxativamente a los entes de la Administración Pública no estatal, sector en el cual se ubica PROCOMER, de ahí que sus regulaciones resultan aplicables a ese entidad en el tanto estemos en presencia del ejercicio de funciones públicas (…).
(Dictamen N° C-102-2008 del 8 de abril de 2008)

Funcionarios de hecho. Incorporación en artículo 2 les impone obligaciones que aseguran cumplimiento del deber de probidad.

(…) En segundo lugar, es notorio que el artículo 2 de la Ley contra la Corrupción, impone a los funcionarios de hecho los deberes que impone el capítulo II – Régimen preventivo de prohibiciones e incompatibilidades– con el objetivo de establecer un régimen que asegure el cumplimiento del deber de probidad. Sin embargo, lo cierto es que lo anterior no crea una relación de servicio entre el funcionario de hecho y la administración tal y como dispone expresamente el artículo 117.1 de la Ley General de la Administración Pública.//Lo anterior es de gran importancia tratándose de la compensación prevista en el artículo 15 Ley contra la corrupción, pues evidentemente por disposición del artículo 117 de la Ley General de la Administración Pública, la Ley no le otorga al funcionario de hecho por solo esa condición un derecho a percibir una remuneración salvo la posibilidad de recuperar el costo de su conducta cuando haya habido enriquecimiento sin causa de parte de la Administración y de no devolver lo pagado por la administración en caso de recibir alguna remuneración. (…).
(Dictamen N° C-186-2013 del 9 de setiembre de 2013)

Funcionarios municipales "ad honorem" son funcionarios públicos conforme al artículo 2 de la Ley.

(…) Un funcionario ad honorem es aquel que no recibe una retribución salarial por el servicio que presta. Existe un criterio sostenido de que los funcionarios ad honorem son funcionarios públicos ya que la categoría de servidor público es independiente de que la actividad o servicio prestado, sea remunerado o no. (…) En razón de lo expuesto es claro que los funcionarios municipales ad honorem designados en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, acto que es realizado por el alcalde municipal, tienen los mismos derechos, deberes y obligaciones que los funcionarios remunerados, excepto los que se relacionan con el salario, de manera que la administración municipal debe asumir todas las obligaciones que dispone la legislación de acuerdo con cada caso en concreto (…). **(Dictamen N° C-148-2013 del 6 de agosto de 2013)**

Desempeñan un cargo público todos aquellos que intervienen en la gestión pública de las empresas públicas. Caso INS.

(…) De conformidad con todo lo expuesto, queda sentado con meridiana claridad que efectivamente todos aquellos que intervienen en la gestión pública de la empresa, como ocurre con los puestos directivos, gerenciales y los demás de alto nivel en alguna de las sociedades anónimas creadas por el INS al amparo del artículo 55 de la Ley Reguladora de Mercado de Valores, desempeñan un cargo público, al igual que sucede, como es obvio, con los cargos directivos en el propio INS (…).
(Dictamen N° C-153-2008 del 8 de mayo de 2008)

Directores del Consejo de Transporte Público que provienen del sector privado, quedan sujetos a la Ley.

(…) Ahora bien, estos representantes de sectores privados, en el momento en que acceden a un nombramiento dentro de este Consejo por parte del Poder Ejecutivo, evidentemente entran a ejercer ese cargo público de directivos, con todas las implicaciones que ello apareja dentro de la función pública. (…) Bajo esos términos, en el caso de los miembros del Consejo de Transporte Público, partiendo de las funciones y potestades que les confiere la Ley N° 7969, es evidente que están cubiertos por los términos de la Ley N° 8422, lo que en todo momento debe tenerse como norte, tratándose de una regulación que contiene una serie de reglas y principios de la mayor importancia en el campo del correcto ejercicio del cargo, orientadas hacia el deber de probidad, el apego a la legalidad y los objetivos de eficiencia y eficacia. (…).
(Dictamen N° C-283-2014 del 8 de setiembre de 2014)

La Ley aplica a los trabajadores de la Corporación Arrocera Nacional que realicen gestión pública.

(…) la aplicación de las disposiciones de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito a los trabajadores de la Corporación Arrocera Nacional, es expreso, por lo que no podríamos interpretar en contra del texto de la norma. Ahora bien, en nuestro criterio, el ámbito de aplicación debe circunscribirse a aquellos servidores de la corporación que realicen función pública. En efecto, como lo señalamos la Ley 8422 tiene por finalidad combatir la corrupción dentro de la función pública, por lo que los servidores públicos a los que está dirigida la norma, serán aquellos que efectivamente realicen gestión pública (…).
(Dictamen N° C-222-2012 del 20 de setiembre de 2012)

Concepto de funcionario público según la Ley General de la Administración Pública.

(…) Así, de conformidad el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, un funcionario público es aquel 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.»//Por su parte, el artículo 112 de ese mismo cuerpo normativo dispone que «El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos (…).
(Dictamen N° C-360-2008 del 6 de junio de 2008)

Diferencia conceptual entre "funcionario" y "empleado".

(…) Así, el funcionario expresaría la voluntad del Estado frente al administrado, pudiendo tomar decisiones, resolver recursos, sancionar o en alguna forma ejercer poder de policía. Actuaciones a través de las cuales ejerce autoridad. En tanto que los empleados se limitan a labores más administrativas o de ejecución, como la revisión de documentos, el realizar o verificar operaciones de cálculo, dar trámite administrativo a algún asunto, o bien a ejercer funciones de asesoría o labores técnicas, sin expresar la voluntad de la Administración. (…).
(Dictamen N° C-066-2013 del 23 de abril de 2013)

En empresas públicas sí es posible diferenciar entre ambos conceptos. Listado de puestos de quienes son considerados funcionarios públicos.

(…) Ergo, en las empresas públicas sí es posible diferenciar entre funcionarios y empleados. Solo excepcionalmente un servidor de esas empresas es funcionario público. (…) Esta disposición legal ha motivado la reiterada jurisprudencia judicial y administrativa, de acuerdo con la cual el régimen de empleo público en las empresas públicas no es uniforme. Ello en el tanto para la mayoría del personal el régimen es de carácter mixto aunque con predominancia del derecho privado; esto es, para todos aquellos trabajadores que no pueden ser considerados funcionarios públicos. Empero, para quienes son funcionarios públicos y como tales ejercen una función pública, el régimen es de Derecho Público. Se ha entendido que se encuentran en ese supuesto quienes ocupan puestos de alto nivel (miembros de la junta directiva, gerentes, directores ejecutivos, etc.) y de fiscalización superior (auditores y subauditores), así como otros que realicen funciones similares y, por ende, participen de la gestión pública (…).
(Dictamen N° C-066-2013 del 23 de abril de 2013)

RESOLUCIONES JUDICIALES

Aplicación de la Ley a personas del sector privado cuando custodien o administren fondos públicos.

(…) Ahora, el casacionista insiste en que, en su criterio, el precepto en comentario no resultaba aplicable a su representado, pues el cargo que ostentaba no era el de *'un servidor de la Hacienda Pública'*, por lo que el plazo de prescripción sería el de un mes. Ante ello, como ya se expuso, es claro que el numeral 71 ibídem rige para todo funcionario que infrinja el ordenamiento de control y fiscalización superior, independientemente del puesto que ocupe en la Administración Pública (o bien en una empresa del sector privado, en los términos estipulados en el párrafo 2° del artículo 2 de la Ley Contra la Corrupción).
(Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución N° 022-F-TC-14 de las 8:40 horas del 13 de marzo de 2014)

Inclusión de los legisladores como funcionarios públicos.

(…) El accionante cuestiona el artículo 2° de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública al incluir a los legisladores dentro del concepto de servidor público. (...) Sobre el particular, cabe acotar, desde una interpretación sistemática de la norma cuestionada, que el artículo 2° estima, también, como servidor público con entera independencia del carácter representativo de su cargo, de manera que un funcionario puede ser de elección popular y tal circunstancia no enerva la aplicación de la norma. (...) Así, tomando en cuenta que esa normativa internacional es de plena aplicación a nuestro ordenamiento jurídico interno –dado que oportunamente fue incorporada a éste, artículo 7° de la Constitución Política-, no le cabe la menor duda a este Tribunal el sentido amplio o lato que tanto la normativa nacional como la internacional, le han querido dar al concepto de servidor público, con el propósito de alcanzar, realmente, los fines previstos en las normativas citadas. Bajo esta inteligencia, tampoco puede estimarse que al aplicarse la normativa internacional e interna a los diputados y diputadas se haya infringido el principio y derecho fundamental a la igualdad (artículo 33 constitucional), por cuanto, el fin propuesto y manifiesto de tales bloques normativos es garantizar la probidad, rectitud y honestidad de todo funcionario o servidor público, en sentido lato o amplio, en cuanto participa en la dirección, manejo y gestión de los asuntos públicos (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 18564 de las 14:44 horas del 17 de diciembre de 2008)

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.

CONCORDANCIAS

- Sobre la definición del deber de probidad ver el artículo 1 inciso 14) del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito y el artículo 113 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública.
- En cuanto al concepto de interés público puede verse el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública Ley General de la Administración Pública.
- En cuanto al Principio de Legalidad ver los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública.
- Respecto a los sujetos responsables de las tareas de control ver el artículo 18 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (Ley N°8131 del 18 de septiembre de 2001).
- En cuanto a los hechos generadores de responsabilidad administrativa y civil pueden verse los artículos 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116 y 117 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.
- Respecto a los principios de eficacia, economía y eficiencia consúltese el artículo 2 del Reglamento a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (Decreto Ejecutivo N° 32988 del 31 de enero de 2006).
- Ver artículo 87 del Reglamento a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.
- Sobre el tema de responsabilidades ver artículo 141 del Reglamento a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.
- Sobre la abstención de los funcionarios públicos dentro de un procedimiento administrativo, puede consultarse el artículo 230 de la Ley General de la Administración Pública Ley General de la Administración Pública.
- Respecto a las abstenciones del alcalde municipal y los regidores véase el artículo 31 inciso a) del Código Municipal.
- Sobre el nepotismo en el régimen municipal ver los artículos 127 y 167 del Código Municipal.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

El deber de probidad.

(…) Conforme a la Ley No.8422 se introduce el denominado "deber de probidad", regulado en el artículo tercero de dicha ley, el cual está inspirado en la Legislación Uruguaya, y que entre otras cosas exige que el funcionario público se apegue a altos principios y exigentes valores, debiendo demostrar "...rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le

confiere la ley…", como medio también eficaz para asegurar "...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 (…).
(Oficio N° 874 (DAGJ-083-2007) del 31 de enero de 2007)

Concepto del deber de probidad.

(...) el deber contenido en el artículo antes trascrito es sumamente amplio en sus alcances, y parte precisamente de una obligación básica de todo funcionario público, mismo 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 que expresan el deber de probidad.

(…) Entre varias de las acciones que expresan el deber de probidad se encuentran el demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley, asegurar 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, rechazar dádivas, obsequios, premios, recompensas, o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, salario o beneficio por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de éstas, en el país o fuera de él, orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público (…).
(Oficio N° 2076 (DJ-0241-2011) del 2 de marzo de 2011)

En las decisiones del funcionario público debe privar el interés público sobre cualquier otro interés privado.

(...) 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, verter 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°11456-2005 (DAGJ-2712-2005) del 12 de septiembre de 2005)

Concepto de conflicto de intereses.

(…) ¿qué es un conflicto de intereses? Se entiende por conflicto de intereses toda situación o evento en que los intereses personales, directos o indirectos, de los asociados, administradores o funcionarios de una organización o institución, se encuentren en oposición con los de la entidad; interfieran con los deberes que le competen a ella, o los lleven a actuar en su desempeño por motivaciones diferentes al recto y real cumplimiento de sus responsabilidades. En resumen, existe conflicto de intereses cuando en el ejercicio de las labores dentro de una institución, sobreviene una contraposición entre los intereses propios y los de la institución. Ahora bien, el eventual –real o potencial- conflicto de intereses que pueda surgir entre la entidad y sus representantes, entre el interés personal y el de la institución, el funcionario público está llamado a evitarlo (es obligatorio), excusándose o absteniéndose (los instrumentos de la excusa, abstención o recusación) de atender todas aquellas situaciones que puedan generarle este tipo de roces; el principio de imparcialidad debe regir en la sana administración de la cosa pública. El artículo 11 de la Constitución Política establece el principio de legalidad, y 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 este régimen de incompatibilidades e impedimentos; el funcionario público no puede estar en una situación donde haya colisión entre el interés público y su interés privado. Así las cosas, 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).
(Oficio N° 7728 (DJ-0346-2009) del 22 de julio de 2009)

El funcionario público debe evitar colocarse en un conflicto de intereses.

(...) el funcionario público que administra, dirige y representa la función pública es el primero llamado a evitar la eventualidad del conflicto de intereses –potencial o real- , por lo que ante una situación que pueda generar este choque entre el interés público y sus intereses personales está llamado a declinar su participación –si ello es realmente lo que procede de conformidad con el carácter restrictivo con el que se han de interpretar estas causales de impedimento, excusas o recusaciones- con miras a la consecución de un ejercicio de la función pública totalmente transparente y objetivo. Lo anterior lo lleva también a la obligación de abstenerse de todo tipo de actuación que conlleve a influenciar la conducta de otro servidor público para la consecución de un interés propio o de un tercero a quien quiera beneficiar. También 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 (…).
(Oficio N° 217 (DJ-0039-2011) del 17 de enero de 2011)

Principio de imparcialidad del funcionario público.

(…) Este deber establece primordialmente uno de los principios más importantes de la función pública, el principio de imparcialidad, según el cual el funcionario público tiene el deber de dirigir sus actuaciones a conseguir la satisfacción del interés general, y no el suyo propio, ni de un tercero, para lo que deberá actuar de manera objetiva e independiente, cuando no hay imparcialidad no existe libertad de criterio del funcionario público, este deber de imparcialidad también se encuentra regulado en el artículo 113 de la Ley General de Administración Pública que en su inciso primero señala: *"El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados"*, es por esto que el funcionario público debe evitar situaciones que puedan generar cualquier tipo de dependencia, entre los más claros ejemplos podemos citar cuando existen vínculos de parentesco por consanguinidad o por afinidad, que puedan parcializar las actuaciones del funcionario, así como vínculos profesionales, y también cuando el funcionario ha adelantado criterio respecto de la situación que posteriormente se le encomienda resolver (…).
(Oficio N° 5255 (DJ-629-2011) del 13 de junio de 2011)

Participación de funcionario público en actividad privada debe respetar deber de probidad.

(...) 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. (...) 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)

Principios éticos y deber de probidad en el ejercicio de actividades privadas, para evitar un conflicto de intereses.

(…) conviene agregar que el criterio expuesto en el punto anterior opera bajo el entendido de que esa actividad del funcionario en el sector privado no riña de modo real ni potencial con los intereses del Centro Cultural, pues en tal caso se configuraría un conflicto de intereses contrario a los principios éticos del servicio público y al deber de probidad. Lo anterior, por cuanto, esa libertad que pueda tener fuera de su horario de trabajo para ejercer algún tipo de actividad ajena a su profesión no le exime de la responsabilidad de 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, así como abstenerse y separarse de cualquier situación que le pueda generar un eventual conflicto de intereses respecto de su posición, atribuciones, conocimientos o información a que tiene acceso en virtud del cargo público que ocupa. (...) El objetivo buscado es que el servidor público, actué con objetividad e imparcialidad en la función pública y que en su actuar no influyan interés personales, menos aun cuando éstos van en contra de la función pública. (...) Así las cosas, si el funcionario está llamado a actuar con rectitud en todo momento, así como a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, frente a la cual debe guardar una absoluta lealtad y transparencia, sus ocupaciones o actividades a nivel privado, aun cuando las desempeñe fuera de horas de trabajo, no pueden entrañar una situación incompatible en relación con los asuntos que se atienden en la institución, ni tampoco pueden ser obtenidas o desarrolladas prevaliéndose indebidamente de las potestades y de la posición que le confiere el cargo público (…).
(Oficio N° 7943 (DJ-584) del 1 de agosto de 2013)

Alcances del deber de probidad.

(…) El deber contenido en la Ley 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 (ley n.° 6227, del 2 de mayo de 1978), 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). (…) El deber de abstención existe y se aplica en la medida en que exista un conflicto de intereses que afecte, en mayor o menor medida, la imparcialidad, la objetividad, la independencia de criterio del funcionario que debe decidir; por ende, comprende también los casos de conflicto u oposición de intereses. En igual sentido se afirma que el deber de abstención resulta necesario aún en ausencia de una disposición legal expresa pues se impone en el tanto exista un interés particular con independencia de que efectivamente se derive un beneficio o perjuicio concreto y directo. 6 La independencia del funcionario a la hora de discutir y decidir respecto de un asunto es esencial y esa independencia es lo que funda todo el régimen de abstenciones, recusaciones e impedimentos contenidos en nuestro ordenamiento jurídico. Normalmente, se le prohíbe al funcionario participar en actividades o tener intereses que puedan comprometer esa independencia, referido exclusivamente a los asuntos en que tiene interés el funcionario con poder de decisión (…).
(Oficio N° 10253 (DJ-3860-2010) del 21 de octubre de 2010)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

DEBER DE PROBIDAD

Conceptualización del artículo 3 es amplia y flexible.

(…) Al respecto, es necesario señalar que una de las mayores virtudes que posee la fórmula normativa que utilizó el legislador en la conceptualización del deber de probidad es justamente su amplitud, ya que no establece de forma taxativa una cantidad determinada de actuaciones o supuestos -evitando de esa manera que pueda ser vulnerado echando mano a resquicios legales-, sino que deja suficiente espacio para que se juzgue y se sancione cualquier actuación u omisión que viole los alcances de dicho deber. Lo anterior le confiere a la norma una gran flexibilidad, ya que le permite al operador jurídico, según sea el caso, aplicar dicho principio para sancionar cualquier conducta indebida que pueda presentarse dentro del campo de la ética (…) Así, tal como ya mencionamos, 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 por ejemplo, las enumeradas por el 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 (…).
(Dictamen N° C-283-2014 del 8 de setiembre de 2014)

El artículo 3 comprende las obligaciones y deberes esenciales de la función pública.

(…) la normativización del deber de probidad, tal y como se establece en la Ley 8422, ha constituido un significativo avance en la lucha contra la corrupción en la función pública, ya

que se le confirió un lugar propio en nuestro ordenamiento jurídico a un deber de carácter ético, que por su trascendencia y amplitud comprende las obligaciones y deberes éticos- legales esenciales del ejercicio de la función pública, lo que adquiere trascendencia de frente, sobre todo, a las consecuencias de su eventual transgresión. Tal y como se observa, en la redacción de la norma que define el deber de probidad, se enlistan como parte de dicho deber una serie de importantes conceptos jurídicos indeterminados, tales como la satisfacción del interés público, las necesidades colectivas, la rectitud y la buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley (…).
(Dictamen N° C-283-2014 del 8 de setiembre de 2014)

A partir de la entrada en vigencia del artículo 3 el deber de probidad adquiere carácter legal.

(…) 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 entró a jugar un papel fundamental la consagración expresa en el ordenamiento jurídico del deber de probidad como una obligación ya no sólo ética, sino 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 (…).
(Dictamen N° C-283-2014 del 8 de setiembre de 2014)

Es un deber que históricamente ha sido señalado por nuestro ordenamiento jurídico como parte del régimen de la función pública.

(…) En este sentido, se impone precisar que desde antaño, se ha estimado el deber de probidad como un elemento fundamental del régimen de la función pública. Por ejemplo, en la Asamblea Constituyente de 1949, se indicó expresamente que el deber de probidad debía informar el régimen jurídico de los funcionarios públicos. Al respecto, conviene considerar las palabras del diputado constituyente CARRILLO durante la sesión N.° 133 de 19 de agosto de 1949 (…).
(Dictamen N° C-118-2013 del 1 de julio de 2013)

Contenido del deber de probidad.

(…) En efecto, como ya hemos señalado en anteriores ocasiones, el deber de probidad tiene un vasto contenido, toda vez que implica que la conducta del funcionario debe apegarse en todo momento a postulados de transparencia, rendición de cuentas, honradez, rectitud, respeto, discreción, integridad, imparcialidad, lealtad, espíritu de servicio, buena fe, etc. Así las cosas, tenemos que la imparcialidad es uno de los principios que integran la probidad administrativa, y que en la práctica se ve garantizado por el deber de abstención (…).
(Dictamen N° C-008-2008 del 14 de enero de 2008)

El artículo 3 contiene claves para la toma de decisiones administrativas ajustadas al interés público.

(…) La norma anterior, expresión básica del principio democrático y materialización del deber ético de probidad, establece una serie de claves de gran utilidad para toda Administración a efectos de determinar si la opción de intentar una solución alterna al conflicto concreto que se le presente conviene al interés público que representa: ¿Se atiende mejor de esa forma las necesidades colectivas prioritarias? ¿Implicaría un uso más eficiente y eficaz de los recursos públicos asignados? ¿Le asiste al particular con el que se tiene el conflicto la existencia de un derecho, un interés legítimo o al menos la duda razonable o apariencia de buen derecho de su pretensión (…).
(Dictamen N° C-273-2010 del 23 de diciembre de 2010)

Violación al deber de abstención conlleva una violación al deber de probidad.

(…) Y con relación a lo anterior, es conveniente recordar que existe una clara relación y complementariedad entre el deber de abstención y el deber de probidad, el primero como

derivación específica del segundo. Lo anterior, en el sentido de que una infracción al deber de abstención indefectible y automáticamente apareja una violación al deber de probidad, dados los alcances de este último (…).
(Dictamen N° C-008-2008 del 14 de enero de 2008)

El cumplimiento de los principios de lealtad, eficiencia, compromiso, discreción son obligaciones derivadas del deber de probidad, exigibles a cualquier funcionario público.

(…) Antes bien, los argumentos que invoca la Escuela de Secretariado, tratándose del Sector Público, no se refieren a obligaciones que se compensen con el pago de un plus indemnizatorio de esta naturaleza, sino que se trata de los deberes intrínsecos a cualquier relación de servicio con la Administración –sea profesional o no, e independientemente del rango jerárquico– derivados directamente del deber de probidad consagrado en el artículo 3 de la Ley N° 8422 (Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito) y demás normas que sobre la materia resultan aplicables tales como reglamentos, directrices, estatutos y leyes especiales de las diferentes instituciones. Así las cosas, la conducta ética y el cumplimiento de principios como lealtad, eficiencia, compromiso, discreción, etc., obedecen a un deber ínsito en cualquier cargo del Estado, y no a que el puesto se encuentre sujeto al régimen de prohibición y al respectivo pago de una compensación económica por este concepto (…).
(Dictamen N° C-257-2008 del 23 de julio de 2008)

Aceptación de dádivas u obsequios entregados en razón del cumplimiento de funciones públicas o con ocasión de ellas constituye una violación al deber de probidad.

(…) No obstante lo anterior, existen otras normas jurídicas en las que se regula el tema y se impone una prohibición expresa y categórica a los funcionarios públicos en general para que estos no reciban dádivas, obsequios, regalos, premios, recompensas o cualquier otra ventaja como retribución por actos u omisiones inherentes a sus cargos.//En efecto, el aceptar dádivas u obsequios por parte de un funcionario público en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de ellas constituye una violación al deber de probidad establecido en el artículo 3 de la Ley No. 8422, (…)//Y es que dentro de la definición de deber de probidad establecida en el Reglamento a la citada Ley, específicamente se hace referencia al tema de las dádivas u obsequios otorgados en razón del cumplimiento de la función pública (…).
(Dictamen N° C-305-2012 del 7 de diciembre de 2012)

La obligación de rechazar dádivas u obsequios es independiente del valor del bien.

(…) Aunado a lo anterior, es necesario señalar que de conformidad con el artículo 40 del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública existe una prohibición general, en la que no se realiza ninguna distinción respecto al valor de los bienes obsequiado o el tipo del bien de que se trate, por lo que no es dable a esta Procuraduría hacer diferencias donde no las hace la Ley, concluyéndose necesariamente que ningún funcionario público debe recibir ningún tipo de regalía o dádiva como paga, gratificación o retribución por actuaciones u omisiones en el ejercicio de su cargo. (…).
(Dictamen N° C-305-2012 del 7 de diciembre de 2012)

La aceptación de dádivas u obsequios podría configurar una conducta delictiva.

(…) En esa misma línea, tenemos que estas acciones, dependiendo de las circunstancias, eventualmente podrían constituir delitos. En ese sentido, vemos que el Código Penal establece como conductas típicas el hecho de que un funcionario público reciba una dádiva o cualquier otra ventaja indebida para hacer un acto propio de sus funciones, para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de las mismas, o bien, aceptare una dádiva o cualquier otra ventaja indebida por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario (…).
(Dictamen N° C-305-2012 del 7 de diciembre de 2012)

Funcionarios no pueden recibir obsequios de clientes, usuarios o proveedores, sin importar época del año, valor o clase del bien.

(…) De conformidad con todo lo expuesto, puntualizando específicamente en lo consultado, vemos que se nos indica que las personas que brindan los obsequios a los funcionarios de la Municipalidad consultante en algunos casos son clientes, usuarios o proveedores, lo cual implica necesariamente que se presuma que los cobija una relación que se da en el seno del ejercicio de la función pública, razón por la que debemos señalar que dichas conductas resultan contrarias a derecho, sin importar la época del año, el valor del bien obsequiado o la clase de bien que sea (…).
(Dictamen N° C-305-2012 del 7 de diciembre de 2012)

El uso de los bienes patrimoniales de la municipalidad debe perseguir el fin público.

(…) De allí que, no solo la naturaleza del cuerpo deliberativo, así como la conjunción de las normas citadas, viene a determinar que la Administración de la Sala de Sesiones es una competencia propia del Concejo, sino que esto además tiene un sustento lógico puesto que la disponibilidad de esta debe ser permanente, ya que, ni por asomo, una actividad diversa a las obligaciones de los ediles, puede afectar la realización de las discusiones de dicho órgano, con el consecuente detrimento del interés público, es decir, no solo trata de bienes patrimoniales, sino de bienes destinados al cumplimiento de una función específica. (…) En conclusión, la Administración de la Sala de Sesiones, puede repercutir de forma directa en el interés público, ante la imposibilidad de tratar asuntos, políticos, económicos, sociales o ambientales de forma urgente cuando así se requiera, postergándolos por la celebración de otra actividad que no es la destinada por el ordenamiento jurídico para la Sala dicha. Por lo que, no cabe duda que, su custodia, administración y utilización es resorte exclusivo y excluyente del órgano deliberativo, el cual deberá utilizarla para los fines con los que fue creada (…).
(Dictamen N° C-083-2011 del 13 de abril de 2011)

La administración de los recursos públicos debe orientarse hacia la satisfacción del interés público y en apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia.

(…) De conformidad con el Principio de Legalidad, la suscripción de cualquier tipo de convenio se debe ajustar al cumplimiento de los objetivos institucionales fijados en el propio ordenamiento jurídico, en el sentido de que el ejercicio de esa competencia apunte, aun cuando sea de modo secundario o indirecto, al cabal cumplimiento de sus finalidades y funciones y a satisfacer de mejor forma el fin público que justifica y creación y su existencia.//(…) un convenio de esta naturaleza debe ajustarse al Principio de Razonabilidad, de ahí que tendría que resultar el mecanismo idóneo para alcanzar los fines perseguidos (…).
(Dictamen N° C-035-2008 del 6 de febrero de 2008)

En el momento en que sea advertida o sobrevenga una situación contraria a este deber debe ser rectificada.

(…) Debe recordarse que el deber de probidad consagrado en el artículo 3 de la Ley N° 8422 obliga expresamente al funcionario público a "orientar su gestión a la satisfacción del interés público" y que este deber se manifestará, entre otras cosas, 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", rindiendo "cuentas satisfactoriamente". Así las cosas, igualmente este deber de probidad obliga a que, en cualquier momento durante la relación de servicio que se advierta o sobrevenga una situación que pueda rozar con ese deber, la misma se rectifique con el propósito de ajustarla a derecho, a fin de que se cumpla a cabalidad con los deberes de la función pública (…).
(Dictamen N° C-307-2012 del 19 de diciembre de 2012)

El ejercicio de una profesión excluida del régimen de prohibición, debe respetar la prohibición de superposición horaria, la razonabilidad para no generar un agotamiento y la prohibición de no realizar actividades privadas incompatibles.

(…) Debemos ser enfáticos en que en el eventual ejercicio privado antes indicado, bajo ninguna circunstancia el funcionario puede incurrir en superposición horaria, lo que garantiza que el funcionario no descuide las tareas y responsabilidades de su puesto, sobre todo tomando en cuenta que la eficacia y la eficiencia constituyen principios que inspiran la prestación de los servicios públicos (…) Así las cosas, la posibilidad de desempeñar privadamente la carrera de actor o director teatral no significa que las condiciones de ejercicio puedan apartarse del principio de razonabilidad (…) Por tanto, el desempeño de esas labores no debe redundar en un agotamiento físico o mental del funcionario, que además de perjudicial para el trabajador, provoca una disminución de su rendimiento que decrece progresivamente con la acumulación de la fatiga. La administración activa deberá velar porque esto no suceda. // Finalmente no podemos descartar que existan casos muy puntuales en que el desempeño privado de la carrera de actor o director teatral por parte de quien ocupe el puesto de Director Ejecutivo del TPMS genere eventuales CONFLICTOS DE INTERESES, en cuyo caso deberá abstenerse (…).
(Dictamen N° C-270-2013 del 29 de noviembre de 2013)

La imparcialidad constituye un principio constitucional de la función pública.

(…) Igualmente cobra 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, e igualmente garantice la transparencia de la función pública, de tal modo que la voluntad del servidor no se vea indebidamente desviada por la interferencia de un interés de carácter personal en el asunto que le corresponda conocer y resolver (…).
(Dictamen N° C-153-2008 del 8 de mayo de 2008)

El principio de imparcialidad se pone en entredicho cuando existen circunstancias susceptibles de influenciar la libertad de apreciación del funcionario.

(…) Afecta la imparcialidad cualquier forma de dependencia del juez. Dependencia que existe cuando no hay libertad de criterio dentro y con fundamento en el ordenamiento. Es decir, cuando el poder de decisión en un caso determinado resulta afectado o determinado por elementos distintos de aquellos que el ordenamiento determina. En ese sentido, la imparcialidad se pone en entredicho cuando existen circunstancias susceptibles de influenciar la libertad de apreciación del funcionario y estas circunstancias, ciertamente, no se reducen a la existencia de vínculos personales o profesionales. Sucede, además, por ejemplo, cuando el funcionario ha externado criterio sobre el punto objeto de decisión (…).
(Dictamen N° C-302-2009 del 27 de octubre de 2009) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-066-2008 de 6 de marzo de 2008)

Entrega de la recomendación por parte del Ministerio de Justicia prevista en el artículo 28 f) de la Ley de Asociaciones no constituye un tráfico de influencias porque es un criterio técnico.

(…) A diferencia de lo que ocurre en el caso del tráfico de influencias, la norma reglamentaria lo que prevé es que un ministerio o institución afín con los objetivos de la asociación otorgue una recomendación técnica en la que se analiza si la entidad cumple o no un fin que se engarza dentro de los de interés público, hecho, precisamente, que constituye el motivo para otorgarle la condición de utilidad pública. No estamos, pues, en presencia de un caso donde por razones de amistad, parentesco, clientelismo político, etc., se otorga una recomendación para que a una entidad se le conceda un beneficio. Todo lo contrario, estamos frente a un supuesto donde el ministerio o la institución pública afín a los objetivos de la asociación debe hacer una recomendación técnica por medio de la cual se determina que dicha entidad cumple un fin relevante para el colectivo. (…).//

Como puede observarse de lo que llevamos dicho, en el supuesto que estamos comentando, no se trata de una actuación oficiosa, desvinculada de los intereses públicos, preñada de elementos subjetivos, y donde se utiliza el cargo para conseguir un fin antijurídico; sino todo lo contrario, es una actuación autorizada por norma expresa del ordenamiento jurídico, con lo que se respeta el bloque de legalidad; tiene como norte garantizar y potenciar los intereses públicos; debe estar sustentada por elementos objetivos, de ahí la necesidad que impone el ordenamiento jurídico del estudio técnico, con lo que se observan los principios de imparcialidad, objetividad, probidad, eficiencia y eficacia; se trata de un caso, donde, de previo a que el órgano competente adopte la decisión final, se recaba un criterio técnico y objetivo de otro órgano para garantizar la realización de los fines públicos. Estamos, en resumen, ante un acto preparatorio, de naturaleza técnica, que emite un órgano o institución afín a los objetivos que persigue la asociación, donde, ni por asomo, se puede hablar de que se constituya en un caso de tráfico de influencias (…).
(Dictamen N° C-297-2007 del 27 de agosto de 2007)

DEBER DE ABSTENCIÓN

Relación entre el deber de abstención, el correcto ejercicio de la función pública y el deber de probidad.

(…) Asimismo, ya en anteriores ocasiones hemos venido señalando que existe una clara relación entre el deber de abstención y el correcto ejercicio de la función pública, en tanto esa obligación debe ser respetada íntegramente en el ejercicio de las funciones, a fin de que las situaciones o intereses personales del servidor no vicien de ningún modo su voluntad al momento de tomar una decisión en el desempeño de su cargo, y que ello necesariamente se engarza, a su vez, con el deber de probidad, que constituye un deber ya no sólo de carácter ético, sino también legal, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, toda vez que se encuentra consagrado expresamente en el artículo 3° de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (N° 8422 del 6 de octubre del 2004) y cuya violación se constituye en causal para separación del cargo sin responsabilidad patronal (…)
(Dictamen N° C-153-2008 del 8 de mayo de 2008)

Fundamento del principio de imparcialidad.

(…) Uno de los principios que deben guiar la actuación del funcionario público es el de imparcialidad. En aras de esa imparcialidad se impone al funcionar el deber de abstenerse de participar en la toma de decisión en que pueda existir parcialidad o tratamiento desigual (…).
(Dictamen N° C-302-2009 del 27 de octubre de 2009)

Deber de abstención se genera cuando el interés personal del funcionario en el asunto sea de tal envergadura que razonablemente pueda incidir en su criterio y decisiones y en detrimento del interés público.

(…) Así las cosas, la colisión palpable de intereses que justifica la abstención está referida a la presencia clara de intereses personales, parentescos, relaciones, negocios o rentas que representan para esa persona un interés directo que pueda superponerse al interés público que debe mediar en la toma de decisiones dentro de la función pública. Lo anterior cobra especial relevancia en tanto toda persona que haya sido investida con la competencia para ejercer una función pública, como lo es en una junta directiva de una institución descentralizada, está obligada a garantizar la prevalencia del interés público sobre cualquier tipo de interés privado, sobre todo tomando en consideración que el mandato de imparcialidad se encuentra tutelado por el ordenamiento en una posición de la más alta jerarquía, ya que constituye un principio constitucional de la función pública, que es fundamental para lograr la satisfacción de las necesidades de la colectividad a través de conductas objetivas que tiendan a un eficaz, transparente y recto ejercicio de las potestades públicas (…).
(Dictamen N° C-451-2007-2007 del 17 de diciembre de 2007)

Deber de abstención se impone siempre que exista conflicto de intereses. No requiere de una causal expresamente dispuesta por una ley.

(…) El deber de abstención existe y se aplica en la medida en que exista un conflicto de intereses que afecte, en mayor o menor medida, la imparcialidad, la objetividad, la independencia de criterio del funcionario que debe decidir; por ende, comprende también los casos de conflicto u oposición de intereses: ese deber puede derivar de la existencia de una incompatibilidad de situaciones derivadas de la oposición o identidad de intereses. Incompatibilidad que determina la prohibición de participar en la deliberación y decisión de los asuntos en que se manifieste el conflicto o identidad de intereses. Es en ese sentido que se afirma que el deber de abstención se impone aún en ausencia de una expresa disposición escrita (…).
(Dictamen N° C-302-2009 del 27 de octubre de 2009)

El deber de abstención pretende evitar influencia del interés particular en la voluntad del funcionario. Acto administrativo debe ser tomado de forma libre y consciente.

(…) Es de advertir que el deber de abstenerse se impone en el tanto exista un interés particular y con independencia de que efectivamente se derive un beneficio o perjuicio concreto y directo. Lo que importa es que el interés particular no sólo no prevalezca sobre el interés general, sino también que ese interés particular no influya ni vicie la voluntad del decidor. Recuérdese, al respecto, que el acto administrativo debe constituir una manifestación de voluntad libre y consciente, "dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento" (artículo 130.-1 de la Ley General de la Administración Pública). Y la concreción de ese fin puede verse entrabada o imposibilitada por la existencia de circunstancias que afecten la imparcialidad del funcionario que emite el acto administrativo (…).
(Dictamen N° C-302-2009 del 27 de octubre de 2009)

Deber de abstención no se restringe a causales previstas por ley, también aplica en todo supuesto en que razonablemente pueda determinarse que existe riesgo de imparcialidad.

(…) Al respecto, es necesario recordar que la Sala Constitucional ha considerado que a los motivos expresamente establecidos en las normas pueden agregarse otros supuestos en los que razonablemente pueda determinarse que esté en riesgo la imparcialidad del funcionario público. Posibilidad que ha derivado del derecho que tiene toda persona a la imparcialidad, según lo establecido en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos El punto fue objeto de resolución en el Expediente N° 01-010221-0007-CO de la Sala Constitucional (…).
(Dictamen N° C-302-2009 del 27 de octubre de 2009)

Existe un interés directo que obliga a la abstención, cuando el funcionario puede verse beneficiado o perjudicado directamente con la decisión que se adopte respecto de un asunto.

(…) En esta materia, existe jurisprudencia administrativa, en el sentido de que el deber de abstención se justifica y se exige en la medida en que exista un conflicto de intereses que pueda afectar la imparcialidad y objetividad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias. Valga indicar, que por interés directo se ha entendido aquel que sitúa al regidor en una posición individualizada respecto del acuerdo que se adopte, es decir, en el que pueda verse beneficiado o perjudicado directamente con la decisión que adopte el Concejo (…).
(Dictamen N° C-352-2014 del 24 de octubre de 2014)

Los funcionarios a la hora de decidir los asuntos públicos deben estar libres de consideraciones que puedan poner en riesgo su independencia.

(…) En esta materia, existe vasta jurisprudencia administrativa emitida por esta Procuraduría General, en el sentido de que el deber de abstención se justifica y se exige en la medida en que exista un conflicto de intereses que pueda afectar la imparcialidad y objetividad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias. En este sentido, se entiende que el interés público debe prevalecer sobre el interés particular, motivo por el cual se impone que los

funcionarios que concurran con su voto a la adopción de acuerdos o actos se encuentren libres de consideraciones o circunstancias que puedan poner en riesgo su independencia de criterio, en detrimento del interés público (…).
(Dictamen N° C-153-2008 del 8 de mayo de 2008)

La presencia de un interés personal y directo genera la obligación de abstención para evitar favorecimiento indebido, quedando en el plano preventivo. La obtención del beneficio indebido ya constituye un acto irregular.

(…) Por último, en este aparte cabe hacer una acotación, en el sentido de que, tal como se desprende con claridad de las consideraciones doctrinarias citadas, no es lo mismo la presencia de un interés directo, que la obtención de un beneficio directo (también denominado conflicto de intereses manifiesto, según vimos líneas atrás). 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 (…).
(Dictamen N° C-387-2007 del 6 de noviembre de 2007) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-181-2009 del 29 de junio de 2009, C-118-2013 del 1 de julio de 2013 y C-133-2011 del 22 de junio de 2011)

Funcionario debe abstenerse de participar siempre que exista conflicto de intereses.

(…) el funcionario está obligado a buscar el interés público en las labores que efectúa, siendo que cuando existe un conflicto entre el interés público y su interés particular, lo procedente es separarse del conocimiento del asunto (…).
(Dictamen N° C-230-2011 del 14 de setiembre de 2011) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-59-2011 del 14 de marzo de 2011 y C-270-213 del 29 de noviembre de 2013)

Incumplimiento al deber de abstención puede generar la destitución sin responsabilidad patronal e, incluso, responsabilidad penal.

(…) Si el funcionario no se abstiene a pesar de existir un motivo justificado, ello podría significar la destitución del cargo sin responsabilidad patronal, a la luz de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley N° 8422 (violación al deber de probidad), o incluso la imposición de una responsabilidad de carácter penal (…).
(Dictamen N° C-451-2007-2007 del 17 de diciembre de 2007)

Desatención al deber de abstención puede configurar el delito de incumplimiento de deberes.

(…) Ahora bien, en punto a la determinación de la falta, debe indicarse que el incumplimiento del deber de abstención (que supone un incumplimiento del deber de probidad), podría llegar a configurar el delito de "incumplimiento de deberes" previsto en el artículo 332 del Código Penal, el cual se encuentra sancionado con una pena de inhabilitación de uno a cuatro años. (…).
(Dictamen N° C-368-2007 del 11 de octubre de 2007)

Mediante una actuación violatoria del deber de abstención se podrían incluso incurrir en un delito de legislación o administración en provecho propio.

(…) Finalmente, y en orden al campo penal, se plantea en la consulta la posibilidad de que el supuesto planteado pueda ser sancionado a partir de la aplicación del artículo 48 de la Ley

contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, (…). La aplicación de este numeral a la hipótesis analizada –es decir, el supuesto de que un regidor participe en la discusión y votación de asuntos donde tiene un interés directo- podría resultar una posibilidad factible (…).
(Dictamen N° C-368-2007 del 11 de octubre de 2007)

El miembro de un órgano colegiado que conozca un motivo de abstención de otro integrante debe ponerlo en conocimiento de los restantes.

(…) Asimismo, la jurisprudencia administrativa de esta Procuraduría ha señalado que, aun cuando la existencia de un motivo de abstención en un miembro del órgano colegiado no pueda ser opuesto por otro miembro del órgano colegiado a efectos de evitar la votación, existe un deber ético en el miembro que conozca el motivo de abstención, para poner en conocimiento del órgano colegiado la existencia del motivo de abstención, a efectos de evitar la existencia de nulidades en el procedimiento seguido (…).
(Dictamen N° C-251-2012 del 25 de octubre de 2012. (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-181-2009 del 29 de junio de 2009)

Normas que regulan el deber de abstención son de aplicación a los miembros de las juntas directivas de los colegios profesionales.

(…) Tal y como se observa, dada la naturaleza pública de las funciones atribuidas por nuestra legislación a los colegios profesionales, las juntas directivas o de gobierno de los mismos, como regla de principio, se encuentran sujetas a las normas y restricciones que el ordenamiento público prescribe, dentro de las cuales están todas las normas creadas en aras de evitar el surgimiento de conflictos de intereses y salvaguardar la imparcialidad en el ejercicio de las competencias públicas (…).
(Dictamen N° C-294-2012 del 30 de noviembre de 2012)

Regidor no puede participar en la revisión de la Ley de Patentes que rige el cantón porque uno de los productores agrícolas de la zona es su hijo.

(…) debemos remitirnos al numeral 31 a) del Código Municipal, que establece una causal de inhibición, que impide a los regidores participar en la discusión y votación de los asuntos en que tengan un interés directo. (…) el supuesto sobre el cual se establece la prohibición, se refiere a aquellos casos en que por la naturaleza del asunto que se discute, se configura un interés directo para el regidor, o bien, para su cónyuge o parientes hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad. El funcionario que se encuentre en dicha situación, en atención a la prohibición legal establecida, debe abstenerse de intervenir en la discusión y votación del caso concreto respecto del cual tiene un interés directo (…).
(Dictamen N° C-352-2014 del 24 de octubre de 2014)

Si el vicealcalde segundo es también funcionario municipal cuando sustituya al alcalde titular no puede revisar su propia actuación.

(…) el vicealcalde segundo en ejercicio propiamente de la función de vicealcalde segundo tiene como única función sustituir al alcalde titular ante su ausencia siempre y cuando el vicealcalde primero no pueda hacerlo, sin embargo, la experiencia y el conocimiento del vicealcalde segundo pueden ser aprovechados para el buen funcionamiento de la Municipalidad siendo nombrado en otro cargo municipal el cual puede ejercer mientras no esté sustituyendo al alcalde titular ante su ausencia. Ante este supuesto, debemos hacer énfasis sobre la posibilidad de que surja un conflicto de intereses en torno a que el vicealcalde segundo en sustitución del alcalde titular pueda llegar a tener que conocer asuntos relacionados con las funciones que ejerza como funcionario municipal, de manera tal que dicho funcionario debe abstenerse de conocer del asunto, toda vez que no podría revisar su propia actuación (…).
(Dictamen N° C-07-2013 del 28 de enero de 2013)

Los representantes gremiales en órganos colegiados (caso de CTP) deben abstenerse de interactuar, consultar o dirigirse de cualquier modo a las diferentes jefaturas o repartos administrativos cuando se trate de asuntos de su interés personal. Eventual comisión del delito de tráfico de influencias.

(…) Por paridad de razones, hemos de agregar que ese mismo deber de abstención debe observarlo todo representante gremial al momento de interactuar, consultar o dirigirse de cualquier modo a las diferentes jefaturas o repartos administrativos que conforman las oficinas del CTP.//Es decir, esa "separación" que los directivos deben acatar en las actuaciones formales dentro de las sesiones del órgano colegiado, igualmente deben respetarla en otro tipo de actuaciones, gestiones o comunicaciones de carácter formal o informal que mantengan a lo interno de la administración del CTP. Las razones para ello han quedado fundamentadas de forma amplia en las consideraciones desarrolladas líneas atrás, en cuanto al vasto alcance del deber de probidad, que, como indicamos, obliga a todo funcionario público a mantener una conducta intachable en todo momento y lugar, que impide prevalecerse del cargo para obtener un provecho ilegítimo para sí o para terceras personas (…).
(Dictamen N° C-283-2014 del 8 de setiembre de 2014)

Los miembros del concejo municipal deben abstenerse de participar en la deliberación y toma del acuerdo en caso de discutirse un asunto que revista interés personal.

(…) Tómese en cuenta que, en caso de discutirse un asunto que revista interés personal para cualquiera de los miembros del concejo, incluido el presidente, debe abstenerse de participar en la deliberación y toma del acuerdo, ya que, caso contrario incurriría en un conflicto de intereses. (…) el único norte que debe guiar la conducta de los servidores públicos, categoría en la se ubican los ediles en pleno, incluido el presidente del Concejo, -canon 2 de la Ley Contra la Corrupción y enriquecimiento ilícito- es la satisfacción del interés público, entendido este como "…la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados…"-ordinal 113 de la Ley general de la Administración Pública (…).
(Dictamen N° C-133-2011 del 22 de junio de 2011)

Las instituciones con funciones de fiscalización pueden otorgar permisos sin goce de salario para ocupar cargos políticos. Al momento del reintegro, el funcionario debe abstenerse de conocer asuntos de la institución en la que laboró.

(…) Establecido lo anterior, procede referirse a la situación del funcionario, una vez que se reincorpore en el ejercicio de sus labores, finalizada la licencia objeto de consulta. Sobre el particular, cabe mencionar que, en razón de las funciones que ejerció durante el lapso temporal que ocupó un cargo político, resulta palmaria la imposibilidad que le reviste para fiscalizar las conductas, independientemente de su naturaleza, que involucren la institución en la que laboró. Arribar a una conclusión distinta, conllevaría que el funcionario pueda incluso revisar sus propias actuaciones, las que ordeno o autorizó. Circunstancia que a todas luces atenta contra la imparcialidad que le exige el ordenamiento jurídico y la independencia que caracteriza la institución consultante. Por lo que, el funcionario que se reintegra a ejercer funciones en la Defensoría de la Habitantes y que enmarca en el cuadro fáctico que nos ocupa, deberá abstenerse de conocer cualquier asunto que se relacione con su antiguo trabajo (…).
(Dictamen N° C-251-2010 del 6 de diciembre de 2010)

Funcionario debe abstenerse respecto a asuntos de interés de asociación en la cual es directivo o lo es alguno de sus parientes hasta tercer grado de afinidad o consanguinidad. Caso de los regidores.

(…) Lo anterior, por cuanto si el regidor tiene la condición de directivo de la asociación estimamos que sí podría advertirse la presencia de un interés directo en el asunto a votar, toda vez que resulta claro que el ejercicio de un cargo directivo en una organización privada comporta un interés personal y directo en los asuntos que tengan que ver con los intereses de esa organización, toda vez que debemos partir de que –como es lógico y entendible– sus

miembros directivos velarán en todo momento por defender y favorecer las actividades y los intereses propios de esa entidad. (…) Asimismo, en razón de que el parentesco cercano igualmente genera un interés personal, si esa posición de directivo de la asociación la ocupa alguno de los familiares en el grado de parentesco señalado por el ya citado inciso a) del artículo 31 del Código Municipal, también se configura el motivo de abstención (…).
(Dictamen N° C-387-2007 del 6 de noviembre de 2007)

Funcionarios involucrados por denuncia penal no pueden conocer de la investigación de los mismos hechos y la eventual imposición de sanciones en sede administrativa.

(…) Como se advierte, las consideraciones transcritas resultan plenamente aplicables al asunto aquí consultado, toda vez que tratándose de la investigación y eventual imposición de sanciones en sede administrativa a raíz de hechos que han sido objeto de una denuncia penal en la que los propios regidores y la secretaria municipal figuran como denunciados, es evidente que surge un interés directo de estos funcionarios en el asunto, incluso, como señala el dictamen arriba citado, de permitirse su participación y eventual votación se estaría produciendo un conflicto de intereses en un grado máximo y extremo (…).
(Dictamen N° C-008-2008 del 14 de enero de 2008)

A los miembros ad hoc de un órgano nombrado para el ejercicio de la potestad disciplinaria les aplican las causales de impedimento, recusación y excusa.

(…) De esta manera, los miembros del TSE Ad Hoc -como cualquier otro órgano colegiado- se encuentran sujetos a las causales de impedimentos, recusaciones y excusas dispuestas en el ordenamiento jurídico. Ello obedece al propósito de garantizar la imparcialidad y la idoneidad subjetiva del integrante del órgano para el dictado del acto administrativo, y correlativamente al cumplimiento del deber de probidad consagrado en los artículos 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y 1° de su Reglamento (…).
(Dictamen N° C-195-2008 del 6 de junio de 2008)

Funcionario que es parte de la junta directiva institucional en razón de su cargo, debe abstenerse de conocer asuntos en los que ya haya conocido o sobre los que haya emitido criterio.

(…) No obstante, en razón de las funciones que debe desempeñar la Junta Administrativa, podrían existir supuestos en los cuales el órgano colegiado deba revisar la actuación de diferentes unidades administrativas de la Dirección General de Migración. En estos casos, podrían existir asuntos sobre los cuales un miembro de la Junta Administrativa deba conocer asuntos en los que ya haya conocido o sobre los que haya emitido criterio, en razón de su pertenencia a una unidad administrativa determinada. En estos supuestos, se podría dar un eventual conflicto de interés, de manera tal que dicho funcionario debe abstenerse de conocer del asunto, toda vez que no podría revisar su propia actuación (…).
(Dictamen N° C-251-2012 del 25 de octubre de 2012)

Regidores municipales. Se tiene "interés directo" cuando puede verse beneficiado o perjudicado directamente con un eventual acuerdo.

(…) Este interés directo, entonces, debe comprenderse como aquel que sitúa al regidor en una posición individualizada respecto del acuerdo que eventualmente se adopte, dicho en otros términos se trata de aquella especie en que el regidor pueda verse beneficiado o perjudicado directamente por un eventual acuerdo de la Corporación que integra.(Al respecto, ver GIEURE, LE CARRESANT, JAVIER. LA RECUSACION EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACION LOCAL URBANISTICA. En: Revista Electrónica CEMSI, N.° 3, Abril – Junio, 2009)/ / A mayor detalle, conviene señalar que la doctrina ha puntualizado cuatro elementos que nos permiten determinar que nos hallemos o no ante un interés directo, a saber: a.- Existe la posibilidad de que el regidor puede experimentar algún tipo de beneficio o perjuicio, b.- El interés es particular e individualizado, c.- El interés se sustenta en relaciones que se derivan de situaciones

distintas del mero cumplimiento de los deberes funcionales del regidor, y d.-El interés es actual e inmediato. (Ver FERNANDEZ RAMOS, SEVERIANO et. alt. LA IMPARCIALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: ABSTENCION Y RECUSACION. Aranzadi.2012, P. 85-86).//Luego, se ha señalado, en la literatura, que el mero interés cívico general o el interés que pueda tener un regidor en el buen desempeño de las funciones de la Municipalidad, no constituyen un interés directo, sino indirecto (…).
(Dictamen N° C-198-2014 del 19 de junio de 2014)

No hay deber de abstención por interés indirecto, eje: política o disposición de carácter general, normas reglamentarias, salvo que se establezca que puede incidir en forma especial sobre la situación jurídica de algún regidor.

(…) Luego, se ha señalado, en la literatura, que el mero interés cívico general o el interés que pueda tener un regidor en el buen desempeño de las funciones de la Municipalidad, no constituyen un interés directo, sino indirecto.//Por supuesto, debe insistirse en que la existencia de un interés indirecto no constituye causal de abstención. Verbigracia, en el dictamen C-387-2007 se indicó que cuando se trate de acuerdos relacionados con una política o disposición de carácter general que pudiere afectar al común de las personas, en principio, no nos encontraríamos ante un interés directo: (…) En efecto, debe insistirse en que por su carácter, las disposiciones generales – por ejemplo, las normas reglamentarias – son de interés de todos los miembros del municipio por lo que el regidor se encontraría – respecto de los acuerdos que las aprueben – en una situación de un interés simple que no puede ser, en principio, calificado de directo, salvo que en la norma reglamentaria que se discuta o apruebe existan disposiciones que pudiesen incidir de forma especial y personalizada - utisinguli – sobre la situación jurídica de algún regidor. Por supuesto, la determinación de la existencia de este interés directo debe hacerse caso por caso (…).
(Dictamen N° C-198-2014 del 19 de junio de 2014)

Funcionario debe abstenerse de conocer de asuntos relacionados con cuestionamientos hechos en su contra.

(…) De conformidad con lo anterior, consideramos que lo procedente para cualquier funcionario que se encuentre en las circunstancias indicadas, es abstenerse de participar y conocer de los asuntos relacionados con los cuestionamientos de los cuales él mismo ha sido objeto o se encuentra siendo objeto en ese momento (…).
(Dictamen N° C-181-2009 del 29 de junio de 2009)

Asuntos de interés directo del Alcalde Municipal no pueden ser conocidos por su esposa en su condición de regidora.

(…) Bajo ese contexto, en atención a lo consultado, no cabe duda que si el Alcalde pone en conocimiento del Concejo asuntos en los cuales tiene un interés directo, su esposa -en su condición de regidora- no podría intervenir en la discusión y votación de esos asuntos, por existir una expresa prohibición para ello en el inciso a) del artículo 31 del Código Municipal, y en vista de que le asisten los deberes de abstención, de probidad, de imparcialidad y de objetividad, los cuales surgen del artículo 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422 del 6 de octubre del 2004, como parte fundamental de la ética en el ejercicio de la Función Pública (…).
(Dictamen N° C-016-2013 del 11 de febrero de 2013)

Funcionario que es parte de la Junta Administrativa institucional debe abstenerse de conocer de los asuntos de su interés personal.

(…) Ahora bien, comprende esta representación la preocupación externada por la Directora del Colegio de San Luis Gonzaga al plantear esta consulta, en el sentido de que podrían existir algunas dificultades a la hora de tomar decisiones en la institución, por cuanto los profesores que integran la Junta Administrativa ostentan una doble condición de jefes y subalternos de

la Dirección. Es aquí donde debe tenerse presente la reiterada jurisprudencia administrativa y constitucional que respalda el deber de abstención de los funcionarios que integran una junta de la naturaleza aquí discutida, entendiendo que no podrían votar aquellos asuntos donde exista un conflicto de intereses, en la medida que los beneficie en su condición personal (…).
(Dictamen N° C-179-2008 del 29 de mayo de 2008)

Los funcionarios involucrados en una incompatibilidad sobreviniente por parentesco deben abstenerse de asuntos que le generen conflicto de intereses.

(…) En ese sentido, de presentarse esa incompatibilidad sobreviniente resulta obligatorio que ambos funcionarios se abstengan de intervenir y resolver aquellos asuntos en los que se pueda detectar un conflicto de intereses, que pueda comprometer la imparcialidad y objetividad de éstos en la toma de decisiones (artículos 31 inciso a) del Código Municipal y 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública).
(Dictamen N° C-093-2011 de 25 de abril de 2011)

CONFLICTO DE INTERESES

Definición conflicto de intereses.

(…) En cuanto a una definición del término conflicto de intereses, se ha señalado que el conflicto de intereses involucra un conflicto entre la función pública y los intereses privados del funcionario público, en el que el funcionario público tiene intereses de índole privada que podrían influir de manera inadecuada en la ejecución de sus funciones y la responsabilidad oficial. (definición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OECD). Asimismo, se advierten esfuerzos generalizados a nivel mundial en materia de fomento a la transparencia y la ética en la función pública, incluyendo desde luego acciones y regulaciones de carácter preventivo (…).
(Dictamen N° C-181-2009 del 29 de junio de 2009) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-181-2009 del 29 de junio de 2009, C-230-2011 del 14 de setiembre de 2011, C-093-2011 del 25 de abril de 2011, así como las Opiniones Jurídicas N° OJ-081-2012 del 29 de octubre de 2012 y N° OJ-020-2011 del 25 de abril de 2011)

La obligación de evitarlos es exigible a todo funcionario público, independientemente de la forma de su nombramiento y remuneración.

(…) De acuerdo con el texto legal transcrito, los miembros concejales en estudio, son funcionarios públicos, independientemente de la forma de su nombramiento y aun cuando en el desempeño de sus funciones no perciben ningún tipo de remuneración. Por consiguiente, deben actuar conforme el ordenamiento jurídico que les rige, aunado a los principios y cánones en orden a la función encomendada, acuñados, por ejemplo, en el deber de probidad a que hace referencia el artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (…).// Asimismo, debe evitar cualquier conflicto de interés en el ejercicio de su cargo. Por lo tanto, el hecho de que no se le aplique prohibición para el ejercicio de otros cargos públicos no impide la aplicación de que se apliquen los motivos de recusación e impedimento, y en general la prevención de conflictos de interés (…).
(Dictamen N° C-203-2012 del 21 de agosto de 2012)

Riesgo para la imparcialidad.

(…) El conflicto de intereses conlleva el eventual riesgo de sesgar la imparcialidad que debe tener todo funcionario público al momento de tomar decisiones, pudiendo este resultar inclinado por un interés personal que privaría sobre el público perdiendo de vista que es este último el que debe ser el norte de su conducta (…).
(Dictamen N° C-095-2011 del 25 de abril de 2011)

Durante el disfrute de vacaciones o un permiso sin goce de salario, el funcionario no puede realizar actividades privadas que luego podrían someterse a conocimiento de la institución donde labora.

(…) nótese que en ambos supuestos –permiso sin goce de salario y vacaciones- la relación laboral sigue subsistiendo. En este sentido, debe insistirse en lo inconveniente que resulta que un funcionario haga uso del permiso sin goce de salario o bien vacaciones para realizar estudios privados que deberán ser aprobados en el mismo lugar en el que desarrolla sus funciones, máxime que, como se indicó, dichas figuras no hacen desaparecer la relación laboral, y en consecuencia estaríamos en presencia de un situación de evidente conflicto entre los propios intereses y los de la Administración (…).
(Dictamen N° C-192-2008 del 4 de junio de 2008)

Aun cuando no exista prohibición para el ejercicio liberal de la profesión y esté fuera de la jornada laboral, el funcionario no puede desarrollar actividades privadas generadoras de conflictos de intereses.

(…) Finalmente no podemos descartar que existan casos muy puntuales en que el desempeño privado de la carrera de actor o director teatral por parte de quien ocupe el puesto de Director Ejecutivo del TPMS genere eventuales CONFLICTOS DE INTERESES, en cuyo caso deberá abstenerse (…).// Incluso si dicho funcionario en el ejercicio privado de su profesión de actor o director teatral no se encontrara sujeto a las limitaciones como las derivadas del régimen de prohibición, dedicación exclusiva o cualquier otra incompatibilidad legalmente establecida, ello no significa que en sus actividades privadas –aún fuera de su horario de trabajo habitual– estén exentos 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 –incluyendo el suyo propio– en detrimento del interés público, ni puede colocase en una situación semejante de manera que pueda dar motivo de duda razonable sobre la imparcialidad en la toma de decisiones que competen a la persona o a la institución que representa (…).
(Dictamen N° C-270-2013 del 29 de noviembre de 2013)

El ejercicio liberal de la profesión para los funcionarios sin prohibición ni limitación para hacerlo tiene como límite los conflictos de intereses.

(…) De todo lo hasta aquí expuesto se desprende con claridad que si el cargo público no está sujeto a ninguna limitación de carácter legal o contractual para ejercer en forma liberal la profesión, la persona que lo ocupa puede patrocinar clientes privados, con la limitación de que tal ejercicio liberal no puede entrañar, de ningún modo, un conflicto de intereses respecto de su condición de funcionario público (…).
(Opinión Jurídica N° OJ-094-2007 del 21 de setiembre de 2007)

Prohibición de crédito a ciertos funcionarios bancarios y sus familiares. Artículo 117 b) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

(…) conforme lo dispuesto en el artículo 117, inciso b) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, las sociedades mercantiles y cooperativas en las que los miembros de la junta directiva o funcionarios administrativos del banco, sus ascendientes, descendientes, cónyuges y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, ocupen un cargo de representación legal o posean acciones, cuotas u otras participaciones de capital, iguales o superiores al quince por ciento del que se acordare, no podrán acceder al crédito. Participación a la que se agrega la de sus ascendientes, descendientes, cónyuges y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive. (…) Estas restricciones tienden a asegurar una operación imparcial, transparente y objetiva del banco estatal, de manera tal que no incurra en favoritismos que afecten su estabilidad y solvencia y sobre todo su prestigio institucional y la confianza del público (…).
(Dictamen N° C-066-2013 del 23 de abril de 2013)

Las prohibiciones de la Ley de Zona Marítimo Terrestre, referidas al otorgamiento de concesiones a favor ciertos funcionarios municipales, aplican para el caso del vice intendente municipal o familiares de éste.

(…) el vice intendente distrital, en su condición de funcionario público, debe velar porque su actuación esté siempre orientada a ese deber de probidad e imparcialidad en la función pública, y por lo tanto no podría beneficiarse de una concesión en la zona marítimo- terrestre de su jurisdicción, por existir un evidente conflicto de interés. Lo mismo aplicaría para sus parientes hasta segundo grado de consanguinidad y afinidad, en los términos dispuestos en el artículo 46 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre (…).
(Dictamen N° C-085-2012 del 26 de marzo de 2012)

Imposibilidad de tener otro trabajo fuera del cargo ocupado cuando resulte incompatible con el desempeño de sus funciones en la municipalidad.

(…) Tales son, la prohibición de laborar en otras entidades públicas o privadas con evidente superposición horaria del cargo que ocupa en la Municipalidad, y la prohibición de participar en actividades vinculadas con empresas o intereses privados que puedan causar evidente perjuicio a las municipalidades o competir con ellos. Como se ha podido observar a través de todo este desarrollo jurídico, cualquier servidor o funcionario de esa Municipalidad, -incluso los que poseen funciones de seguridad y vigilancia- deben no sólo acatar lo dispuesto en los mencionados artículos 147, incisos b) y d), y 148, incisos c) y d) del Código Municipal, sino que deben actuar siempre apegados a los principios éticos y morales de la objetividad, neutralidad y probidad que demanda la función pública; pues de lo contrario se expondrían a la aplicación del régimen disciplinario correspondiente (…).
(Dictamen N° C-215-2010 del 29 de octubre de 2010)

En caso de nombrarse un abogado en una institución pública, que anteriormente 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.

(…) 1.- 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. 2. 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 del artículo 44 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho del Colegio de Abogados (…).
(Dictamen N° C-029-2007 del 29 de junio de 2007)

Para evitar conflictos de intereses se excluyen del ámbito de aplicación de las convenciones colectivas a ciertos funcionarios municipales.

(…) Igualmente, por incompatibilidad –eventual conflicto de intereses-, también se han excluido del ámbito de aplicación de las convenciones colectivas en el caso concreto de las corporaciones municipales, a funcionarios que en razón de su posición superior jerárquica, por la naturaleza misma de sus funciones o por su participación en las negociaciones como representantes patronales, tienen capacidad de configurar y expresar la voluntad de la Administración frente a los demás empleados. Por ello se consideran excluidos de la aplicación de la convención colectiva en el ámbito municipal, a quienes ocupen los cargos de Alcalde, Regidores propietarios y suplentes (Concejo Municipal), síndicos (propietarios y suplentes), directores y subdirectores, director y subdirector de la asesoría legal, asesores legales del Consejo y del Alcalde, auditor y subauditor, así como también a los representantes de la municipalidad ante fundaciones (…).
(Dictamen N° C-136-2010 del 8 de julio de 2010)

Las municipalidades deben tomar medidas para transparentar las donaciones en especie otorgadas para la elaboración de los planes reguladores costeros y evitar el conflicto de intereses.

(…) Para la Contraloría, las donaciones particulares deben ingresar y registrarse debidamente en el presupuesto municipal, sin condicionamientos ni contraprestaciones, de manera que no incidan en el proceso licitatorio, no siendo factible la donación en especie, como sería la entrega del propio plan regulador. Para ello, el gobierno local y las instituciones que lo aprueban deben implementar mecanismos preventivos para garantizar la transparencia de los fondos y evitar el conflicto de intereses (…).
(Dictamen N° C-091-2010 del 3 de mayo de 2010)

Médicos de la CCSS y otras instituciones deben evitar vínculos económicos con proveedores de medicamentos o instrumentos médicos que puedan comprometer su decisión al momento de hacer la prescripción médica.

(…) Ergo, los profesionales médicos de la Caja Costarricense del Seguro Social y de otras administraciones deben evitar colocarse en ninguna situación que implique un conflicto de interés. Particularmente, constituye un deber de probidad el evitar aquellas situaciones concretas y particulares en que la existencia de vínculos económicos – aún legítimos - con determinados proveedores de medicamentos o instrumentos médicos, pueda comprometer la decisión de un determinado profesional en el momento de prescribir un medicamento, se encuentre éste o no dentro de la Lista Oficial de Medicamentos (…).
(Dictamen N° C-306-2012 del 14 de diciembre de 2012)

El nombramiento de un regidor municipal como representante del sector de asociaciones de desarrollo en la Junta Vial Cantonal, genera una situación de conflicto de intereses.

(…) Es por lo anterior, que debemos señalar que no podría un miembro del Concejo Municipal votar en las sesiones de la Junta Vial Cantonal, aun cuando actúe representando los intereses del sector de asociaciones de desarrollo, pues no podría desdoblarse de su investidura de funcionario municipal. Consecuentemente, a criterio de esta Procuraduría, el representante de dichas asociaciones no podría ser nunca una persona que a la vez es integrante del Concejo Municipal, pues existiría un evidente conflicto de interés.//Es así como no es suficiente en este caso el deber de abstención en las votaciones de la persona que ostenta esa doble condición, pues cualquier asunto que se discuta en el seno de la Junta debe ser conocido con posterioridad por el Concejo Municipal del cual forma parte. Dado ello, lo que existe es una prohibición de los miembros del Concejo Municipal de participar en el seno de la Junta Vial Cantonal, si no es en condición de representante de dicho Concejo y con las limitaciones que la normativa le establece en cuanto a la imposibilidad de votar (…).
(Dictamen N° C-291-2012 del 3 de diciembre de 2012)

El desempeño simultáneo de un puesto gerencial en una empresa subsidiaria perteneciente al INS y el de directivo en dicha empresa pública no comporta un conflicto de intereses, porque hay identidad de intereses.

(…) Bajo esa óptica, si un funcionario ostenta simultáneamente un cargo en la junta directiva del INS, pero a su vez se desempeña como gerente en alguna de las empresas subsidiarias del instituto, no sólo debe cumplir fielmente las distintas funciones que demanda cada de esos puestos, en tutela y protección de los intereses, finalidades sustantivas de cada uno de ellos –que, como es obvio, apareja actividades y responsabilidades de diversa naturaleza–, sino que además debe prevalecer siempre una gestión que atienda ante todo a la coordinación y a la buena gestión de ambas.//Precisamente, como quedó visto, por esa razón es que ese desempeño simultáneo, por sus condiciones, se supone que no comporta un conflicto de intereses. (…).
(Dictamen N° C-153-2008 del 8 de mayo de 2008)

Artículo 173 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores pretende evitar conflicto de intereses de sujetos fiscalizadores respecto a los fiscalizados.

(…) Otro elemento que permite precisar el alcance del deber de comunicar los créditos contraídos es su finalidad. Entiende la Procuraduría que el deber se enmarca en los imperativos de imparcialidad y objetividad que rigen el accionar de los entes públicos y sus funcionarios. Se trata de evitar una situación de conflicto de intereses, motivada por la dependencia económica manifestada en el crédito entre un sujeto fiscalizado y un funcionario de la Superintendencia que debe fiscalizar. Este fin es particularmente relevante en orden a cuáles créditos se deben comunicar y a quién se da esa comunicación. Notamos, al efecto, que un conflicto de intereses solo puede tener lugar si una concreta Superintendencia, en este caso, la SUGEVAL es competente respecto de un sujeto fiscalizado que otorga créditos. Solo en ese supuesto puede presentarse una situación en que un funcionario de la SUGEVAL vea comprometida su independencia de criterio e imparcialidad para efectos del ejercicio de su función. La independencia e imparcialidad, la satisfacción del interés público son exigibles en el ejercicio de la función, es decir de la competencia y atribuciones correspondientes. Lo que tratándose de los funcionarios de la SUGEVAL implica el funcionamiento respecto de los sujetos fiscalizados por ese órgano (…).
(Dictamen N° C-122-2009 del 6 de mayo de 2009)

Incompatibilidad. Si es una situación sobreviniente no se puede aplicar la causal a menos que haya ley expresa que lo autorice.

(…) En apoyo de la posición esgrimida en los puntos anteriormente desarrollados, debemos mencionar que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado la improcedencia de aplicar a servidores ya nombrados causales sobrevinientes cuando éstas no han sido expresamente establecidas por ley (…)/ /Así las cosas, en criterio de esta Procuraduría el numeral 167 del Código Municipal establece una restricción para el nombramiento de miembros del Comité Cantonal de Deportes, más no regula expresamente el supuesto de una incompatibilidad por parentesco sobreviniente, de suerte tal que no podría considerarse que el nombramiento posterior del cónyuge o un familiar en un cargo de los enunciados en el mencionado artículo 167, implique la destitución o anulación del nombramiento del miembro del Comité Cantonal de Deportes realizado con anterioridad (…).
(Dictamen N° C-093-2011 de 25 de abril de 2011)

Los funcionarios involucrados en una incompatibilidad sobreviniente por parentesco deben abstenerse de participar en asuntos que les generen conflicto de intereses.

(…) En ese sentido, de presentarse esa incompatibilidad sobreviniente resulta obligatorio que ambos funcionarios se abstengan de intervenir y resolver aquellos asuntos en los que se pueda detectar un conflicto de intereses, que pueda comprometer la imparcialidad y objetividad de éstos en la toma de decisiones (artículos 31 inciso a) del Código Municipal y 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública).
(Dictamen N° C-093-2011 de 25 de abril de 2011)

Prohibición de crédito a ciertos funcionarios bancarios y sus familiares. Artículo 117 b) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, tutela la imparcialidad.

(…) conforme lo dispuesto en el artículo 117, inciso b) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, las sociedades mercantiles y cooperativas en las que los miembros de la junta directiva o funcionarios administrativos del banco, sus ascendientes, descendientes, cónyuges y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, ocupen un cargo de representación legal o posean acciones, cuotas u otras participaciones de capital, iguales o superiores al quince por ciento del que se acordare, no podrán acceder al crédito. Participación a la que se agrega la de sus ascendientes, descendientes, cónyuges y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive. (…) Estas restricciones tienden a asegurar una operación imparcial, transparente y objetiva del banco estatal, de manera tal

que no incurra en favoritismos que afecten su estabilidad y solvencia y sobre todo su prestigio institucional y la confianza del público (…).
(Dictamen N° C-066-2013 del 23 de abril de 2013)

NOMBRAMIENTO DE FAMILIARES

La costumbre de privilegiar la contratación de parientes de los empleados de una institución constituye nepotismo. Contradice el principio de moralidad administrativa, el deber de probidad y el principio de igualdad.

(…) no cabe duda que la práctica reiterada del consultante, respecto de privilegiar el nombramiento de parientes de sus empleados, constituye nepotismo. Tómese en cuenta que, si bien es cierto, el pariente del postulante no forma parte de su elección y este se ubica en un área distinta, lo es también que el simple hecho de que exista la relación filial le da preeminencia para obtener el puesto, sin que exista la posibilidad de que otras personas puedan participar y ni por asomo obtener el cargo. Nótese que incluso existe una normativa que establece los requisitos que debe cumplir el pariente que propugna por el puesto, cumplidos estos obtendrá el pretendido cargo. Tal costumbre evidentemente quebranta el principio constitucional de igualdad de acceso a los cargos públicos e impide que la empresa consultante pueda elegir a candidatos que reúnan mejores condiciones para la prestación del servicio público (…).
(Dictamen N° C-201-2010 del 4 de octubre de 2010)

Concepto de nepotismo. Repercute en la idoneidad de los nombramientos, en la eficiencia y transparencia de la actividad administrativa.

(…) Se infiere de la resolución transcrita que resulta legítima la imposición de limitaciones en la selección y el reclutamiento del personal cuando esas limitaciones procuren evitar el nepotismo –entendido como la desmedida preferencia que algunos funcionarios públicos dan a sus parientes para la obtención de un empleo, tal como lo expone la Sala Constitucional en su resolución n.° 3864-1996 de las 14:54 horas del 30 de julio de 1996–, lo que a su vez repercute en la idoneidad de los nombramientos, así como en la eficiencia y la transparencia en la actividad de la Administración Pública.//La razón de ser de ese tipo de limitaciones es evitar que quien ostente el poder influya en la contratación de sus familiares por consanguinidad o afinidad para que presten servicios en la misma institución para la cual labora, lesionando así la integridad de la función pública y la transparencia en el nombramiento de funcionarios (…).
(Dictamen N° C-275-2012 del 22 de noviembre de 2012)

Consecuencias del nepotismo.

(…) Precisamente, sobre este, hemos de indicar que este mal no solo afecta el sistema de escogencia con base en méritos, al darse una preferencia desmedida a algunos de los parientes del jerarca administrativo para los favores o empleos públicos, lo que viola la igualdad de trato de las personas que pretenden el acceso a los cargos públicos, sino que *" (…) incide negativamente la salud de los negocios públicos, y puede llegar a afectar la eficiencia de la administración, en el tanto permitiría seleccionar al funcionario no con base en parámetros de estricta idoneidad, sino a raíz de criterios subjetivos de parientes con poder de nombramiento, que implicarían dar indebidamente un trato ventajoso a determinadas personas en el acceso al empleo público, alterando así las exigencias de igualdad, transparencia, objetividad, eficiencia y probidad que deben permear en todo momento la función pública"*.
(Dictamen N° C-157-2009 del 1 de junio de 2009)

Parentesco con relación jerárquica impide el nombramiento en cargos públicos en forma absoluta. Fundamento.

(…) Como se desprende de los extractos citados, el máximo Tribunal Constitucional ha sido enfático en sostener, que el parentesco con relación jerárquica es una causal de inelegibilidad absoluta, basándose en el interés general que existe en el correcto ejercicio de la función pública, y en las graves consecuencias que conlleva para el adecuado e idóneo funcionamiento de la Administración Pública. Del fundamento expuesto por la Sala Constitucional en los extractos citados, además merece la pena rescatar, un par de argumentos que evidencian la incompatibilidad que existe entre la situación descrita y el correcto ejercicio de la función pública. En primer lugar, que es necesaria una independencia entre los funcionarios para evitar el nepotismo, y en segundo lugar, que cuando existe un ligamen jerárquico y directo se afecta el funcionamiento del órgano público al alterarse la línea de mando entre el superior e inferior, precisamente por las relaciones afectivas de parentesco y la inexistencia de la necesaria independencia que se requiere dentro de una relación de jerarquía, supervisión y subordinación (…).
(Dictamen N° C-157-2009 del 1 de junio de 2009)

Prohibición de contratar si va a existir relación de jerarquía. Pretende evitar los conflictos de intereses.

(…) Atendiendo razones ya no de nepotismo, sino de eventuales conflictos de interés, la Sala Constitucional ha considerado improcedente el nombramiento de familiares en una misma institución cuando entre ellos existan relaciones de jerarquía: (…) Evidentemente, uno de los objetivos que persiguen las restricciones para la contratación de familiares en una misma institución pública es evitar que se produzcan conflictos de interés. Cuando del todo no existe la posibilidad de que ese conflicto surja, no es razonable limitar el acceso de personas con cierto grado de parentesco a puestos de trabajo en una misma institución, menos aún si esa limitación no está contenida en una norma de rango legal (…).
(Dictamen N° C-275-2012 del 22 de noviembre de 2012)

Alcances de la restricción de contratar familiares en una misma institución.

(…) De los fallos de la Sala Constitucional que se han citado hasta el momento, se colige que la prestación de servicios en una misma institución por personas que tienen una relación de parentesco es posible siempre que se respete, en primer término, una prohibición de nepotismo (es decir, que quien nombra, no utilice sus influencias, o influencias ajenas, para permitir el acceso ilegítimo al puesto de un familiar); y, en segundo lugar, que no se propicien conflictos de interés, los cuales se presentarían de existir relaciones de jerarquía, de fiscalización o de vigilancia entre los familiares (…).
(Dictamen N° C-275-2012 del 22 de noviembre de 2012)

Artículo 127 del Código Municipal no impide el nombramiento de conviviente de funcionarios mencionados por la norma. Principio de reserva de ley no permite interpretación extensiva.

(…) Si realizamos la lectura del artículo 127 del Código Municipal en lo que se refiere al Alcalde, únicamente establece la prohibición para sus cónyuges o parientes en línea directa o colateral, hasta tercer grado inclusive. En otras palabras, no se establece expresamente el caso de la o el conviviente de hecho, motivo por el cual en virtud del principio de reserva legal ya comentado, no podrían hacerse extensivos los alcances de dicha norma a supuestos distintos a los contemplados (…).
(Dictamen N° C-057-2013 del 8 de abril de 2013)

Nombramiento de familiares. Prohibición de nombramiento de familiares en las municipalidades. Artículo 127 del Código municipal aplica a los regidores y síndicos propietarios y suplentes.

(…) De todo lo expuesto, se sigue sin mayor dificultad que, por imperio legal, los síndicos detentan las mismas condiciones que los regidores y por ende, resulta palmario que la prohibición dispuesta en el ordinal 127 del Código Municipal les aplica en igualdad de circunstancias. (…) En consecuencia, teniendo presente que los Síndicos suplentes les alcanzan las mismas prohibiciones que a los Regidores que detentan tal condición, no cabe duda que tanto los familiares de los primeros, cuanto los segundos, se encuentran en el presupuesto de inelegibilidad establecido en el ordinal 127 del Código Municipal. Lo anterior, evidentemente, bajo el entendido que los parientes de los funcionarios dichos se encuentren dentro de la línea de familiaridad dispuesta por la norma supra citada (…).
(Dictamen N° C-095-2011 del 25 de abril de 2011)

Nombramiento de familiares. Restricción del artículo 167 del Código Municipal pretende evitar el nepotismo.

(…) Conforme se puede apreciar, la norma transcrita establece restricciones para que ciertas personas puedan integrar el Comité Cantonal de Deportes, en virtud de ocupar cargos relevantes dentro de la estructura administrativa municipal o bien de su parentesco con quienes ocupan estos cargos de importancia. En ese sentido, el objetivo de la norma es evitar que en razón de la jerarquía o el poder de decisión de ciertos funcionarios, éstos busquen colocar en la misma municipalidad en la que trabajan, a sus familiares por consanguinidad o afinidad, es decir, pretende evitar el nepotismo (…).
(Dictamen N° C-093-2011 de 25 de abril de 2011)

Impedimento del artículo 127 del Código Municipal no aplica para parientes de los alcaldes suplentes. No obstante, están impedidos para influir en el nombramiento de un pariente en un puesto municipal.

(…) Si bien en el presente dictamen se ha establecido que el numeral 127 del Código Municipal no comprende a la parentela de los alcaldes suplentes, debe entenderse que sin embargo, estos funcionarios se encuentran efectivamente impedidos para influir indebidamente sobre el proceso de reclutamiento y nombramiento del personal municipal. Esto con el propósito de obtener un beneficio o ventaja para sus familiares (…).
(Dictamen N° C-55-2009 del 20 de febrero de 2009)

APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO PÚBLICO

Ningún funcionario debe prevalecerse del cargo público para obtener un provecho indebido para sí o para un tercero.

(…) Asimismo, por las delicadas características que ostentan los deberes de la función pública, que, como quedó visto, aparejan deberes éticos integrales –y que sujetan al individuo a un alto y comprometido grado de responsabilidad, lealtad y transparencia, todo derivado del omnicomprensivo deber de probidad– es también importante señalar que aún en actuaciones que se realicen fuera del cargo, el funcionario, por el solo hecho de ostentar ese puesto, debe observar en todo momento una conducta intachable, de tal suerte que nunca entre en contradicción con la posición que ocupa y con la lealtad que debe guardar hacia los intereses públicos en juego. / /En suma, ningún jerarca, directivo, gerente, jefe ni otro tipo de servidores de menor rango, debe prevalecerse –en ningún caso– del cargo en el que fue designado, para obtener un provecho indebido para sí o para terceros, tal como quedó visto líneas atrás en cuanto a los amplios alcances del deber de probidad (…).
(Dictamen N° C-283-2014 del 8 de setiembre de 2014)

El funcionario no debe prevalecerse de las potestades y de la posición conferida por el cargo para obtener o desarrollar actividades profesionales a nivel privado.

(…) Así las cosas, si el funcionario está llamado a actuar con rectitud en todo momento, así como a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, frente a la cual debe guardar una absoluta lealtad y transparencia, sus ocupaciones profesionales a nivel privado, aun cuando las desempeñe fuera de horas de trabajo, no pueden entrañar una situación incompatible en relación con los asuntos que se atienden en la institución, ni tampoco pueden ser obtenidas o desarrolladas prevaleciéndose indebidamente de las potestades y de la posición que le confiere el cargo público que ocupa (…).
(Dictamen N° C-391-2006 del 4 de octubre de 2006)

Durante permiso sin goce de salario. Funcionario no puede utilizar el vínculo que conserva con la Administración o bien de la posición, acceso a la información, influencias, amistades, poder de decisión o funciones que ostentaba, para favorecer los intereses de nuevo patrono o perjudicar indebidamente los intereses institucionales.

(…) Por otra parte, en caso de que el funcionario se separe temporalmente de su cargo público para trabajar en una empresa privada, en principio se advierte que en tales supuestos el servidor se encuentra en libertad de dedicarse a sus nuevas actividades y por ende a atender a los intereses de su patrono privado, por lo que técnicamente no existiría ningún conflicto de intereses en razón de que, durante ese período en que se suspende la relación de servicio, el funcionario deja su investidura en forma temporal precisamente para dedicarse a otras actividades fuera de la Administración Pública sin incurrir en un conflicto de esta naturaleza.// No obstante, tratándose de una empresa que mantenga relaciones contractuales con la propia municipalidad la situación se torna un tanto delicada, pues aun cuando la relación de servicio con la Administración se halla suspendida, en tanto la persona sigue conservando su plaza en la municipalidad puede considerarse que su labor al servicio del sector privado no ha de suponer un indebido aprovechamiento de ese vínculo que conserva con la Administración o bien de la posición, acceso a la información, influencias, amistades, poder de decisión o funciones que ostentaba dentro de la municipalidad, para favorecer de modo irregular los intereses de esa empresa, o bien, perjudicar indebidamente los intereses municipales en el contexto de ese vínculo contractual (…).
(Dictamen N° C-078-2008 del 14 de marzo de 2008)

Aprovechamiento indebido del cargo. Tráfico de influencias. Persigue la satisfacción de intereses particulares.

(…) En el caso del tráfico de influencias una persona, en forma directa o indirectamente, influye sobre un servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquier otra situación personal o jerárquica, para obtener un beneficio económico o una ventaja indebida a su favor o de un tercero. Esa actuación, de darse, afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública, con lo que se lesionan los principios de imparcialidad y objetividad, transparencia, eficiencia y eficacia, pues se dejan de lado los intereses públicos y se le da preeminencia a los intereses privados. En este casos, la influencia indebida no tiene como norte los intereses públicos, sino los privados; no está autoriza por el ordenamiento jurídico, todo lo contrario, asume un ropaje de legalidad, cuando, en el fondo, subyace una actuación arbitraria, la que lesiona el principio de la interdicción de la arbitrariedad. Responde a intereses subjetivos, y no a criterios técnicos y objetivos. Por último, busca una ventaja que, en condiciones normales de funcionamiento de la Administración Pública, es muy probable que no se hubiera obtenido. En síntesis, es una actuación de una persona tendiente a favorecer a otros o a sí misma, aprovechándose de las condiciones particulares en que se encuentra, lo que le permite influir sobre un funcionario público para obtener la ventaja o beneficio económico indebido. Se trata de una influencia suficiente sobre ciertos funcionarios públicos que adoptan importantes decisiones (…).
(Dictamen N° C-297-2007 del 27 de agosto de 2007)

Aprovechamiento indebido del cargo. Aunque no existe impedimento legal para el nombramiento de compañera sentimental del Alcalde, el funcionario debe abstenerse de conocer e interferir de cualquier forma en el asunto.

(…) No obstante lo anterior, debemos señalar que ello no significa que el Alcalde no tenga un deber de abstención y una prohibición expresa para interferir en el nombramiento de su compañera sentimental. Sin bien tal prohibición no está contemplada en los supuestos del artículo 127 del Código Municipal, lo cierto es que los principios constitucionales que informan la función pública, sea imparcialidad, objetividad, transparencia, eficiencia, eficacia y probidad, exigen que los funcionarios públicos actúen en protección del interés público. Por lo anterior, no es admisible que un Alcalde, aprovechándose de su posición, influya o intente influir para que se nombre a su compañera sentimental en un puesto municipal. Lo anterior, constituiría una violación del deber de probidad, regulado en el artículo 3 del Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (…).
(Dictamen N° C-057-2013 del 8 de abril de 2013) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-055-2009 del 20 de febrero de 2009 y C-074-2013 del 6 de mayo de 2013)

El deber de probidad impide a los médicos de la CCSS auto referenciarse pacientes a consulta privada o utilizar recursos institucionales para favorecerlos.

(…) Es decir que si bien no existe impedimento de orden legal para que el médico institucional pueda desarrollar una legítima práctica clínica privada, el artículo 84 CMM ha prescrito un deber de carácter prohibitivo que les impide utilizar su práctica institucional y por tanto los recursos públicos – consultorio, laboratorios clínicos, servicios de apoyo, etc., - en orden a favorecer a los pacientes de su consulta particular. Luego, tampoco debe utilizar el equipo y recursos institucionales para ejecutar procedimientos médicos que haya prescrito a un paciente atendido por él mismo en la consulta privada (…).
(Dictamen N° C-118-2013 del 1 de julio de 2013) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-273-2010 del 23 de diciembre de 2010 y C-311-2014 de 29 de setiembre de 2014)

PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES PRIVADAS INCOMPATIBLES

Aplicable a todo funcionario público. Opera aun y cuando el funcionario no esté sujeto a prohibición o dedicación exclusiva.

(…) Así, mediante el Dictamen Número C-128, de 27 de abril del 2007, y con base en la jurisprudencia tanto constitucional como administrativa, determinó que, aun cuando algún funcionario o servidor público no se encontrare afectado por alguna norma legal que le limite el ejercicio liberal de la profesión, o no se encontrare sujeto al régimen de la dedicación exclusiva de la profesión que ostenta, es precisamente por virtud del postulado del artículo 11 de la Constitución Política que está llamado a cumplir los deberes y obligaciones que la ley le impone como tal, derivándose de allí, los principios de objetividad, probidad, lealtad, imparcialidad y neutralidad, los cuales se acuñan en el deber de responsabilidad que tiene para con la Administración Pública, sea cual fuere el cargo ocupado o la institución o entidad pública para la cual presta su servicio (…).
(Dictamen N° C-215-2010 del 29 de octubre de 2010)

Durante el disfrute de vacaciones o permiso sin goce de salario, el funcionario no puede realizar actividades privadas que luego podrían someterse a conocimiento de la institución donde labora.

(…) nótese que en ambos supuestos –permiso sin goce de salario y vacaciones- la relación laboral sigue subsistiendo. En este sentido, debe insistirse en lo inconveniente que resulta que un funcionario haga uso del permiso sin goce de salario o bien vacaciones para realizar estudios privados que deberán ser aprobados en el mismo lugar en el que desarrolla sus funciones,

máxime que, como se indicó, dichas figuras no hacen desaparecer la relación laboral, y en consecuencia estaríamos en presencia de un situación de evidente conflicto entre los propios intereses y los de la Administración (…).
(Dictamen N° C-192-2008 del 4 de junio de 2008)

Siempre que la actividad privada genere conflicto de intereses opera la prohibición.

(…) Así las cosas, si bien es cierto hay casos en los que no existe una prohibición expresa para que sus funcionarios realicen actividades propias de su profesión de forma privada y fuera de las horas laborales –lo cual evita la superposición horaria-, es claro que en tanto dichas actividades puedan significar un conflicto entre el interés público y su interés particular –en los términos antes definidos-, al coincidir la actividad privada con las funciones propias de su cargo como funcionarios público, o bien, propias del órgano para el cual labora -en cuyo caso el formar parte de la estructura orgánica le permitiría tener una ventaja de toda índole que no tendrían terceras personas y la cual le podría eventualmente significar un provecho-, estamos en presencia de un claro conflicto de intereses.//Consecuencia de lo anterior, debe entenderse que siempre que exista la posibilidad de un conflicto de intereses, como ocurre en el supuesto antes referido, existe una prohibición para que el funcionario realice de forma privada actividades cuya naturaleza pueda comprometer la transparencia y apego a la legalidad de la función pública, prohibición que como hemos dicho, se deriva de los principios éticos que rigen la función pública (…).
(Dictamen N° C-192-2008 del 4 de junio de 2008)

Hay incompatibilidad si la actividad privada coincide con las funciones propias del órgano para el cual labora el funcionario, aún y cuando el asunto no debe ser resuelto directamente por el servidor.

(…) En el supuesto que se nos plantea, es evidente que la actividad privada del sujeto podría coincidir con las funciones propias de su cargo como funcionarios público, o bien, propias del órgano para el cual labora, aspecto este último altamente inconveniente, precisamente porque el hecho de que el funcionario forme parte de la estructura orgánica del órgano le permitiría tener una ventaja que no tendrían terceras personas –información, documentación o datos sobre la materia a los que sólo tienen acceso los funcionarios del MAG-INTA-, lo cual le podría eventualmente significar un provecho, o bien, podría colocar en una situación incómoda a otros funcionarios del MAG-INTA que tengan a su cargo la aprobación de los estudios presentados por el primer funcionario, todo lo cual pone en evidencia un alto riesgo de que se presente un conflicto de intereses (…).
(Dictamen N° C-192-2008 del 4 de junio de 2008)

Prohibición de desempeño de actividades privadas incompatibles aplica fuera de horas de trabajo.

(…) 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 –aun cuando sea fuera de horas de trabajo– no pueden entrañar un conflicto de intereses respecto de sus funciones como servidor público (…).
(Dictamen N° C-029-2007 del 29 de junio de 2007)

Patrono puede denegar permiso sin goce de salario solicitado para realizar actividades que generen conflicto de intereses.

(…) La jurisprudencia de la Sala Segunda ha sido enfática en reconocer la potestad del empleador de denegar el permiso sin goce de salario a un funcionario que desee realizar actividad privada que genere un conflicto de interés con la Administración. Así se evidencia en la sentencia N° 2004-492 de las 10:10 horas del 16 de junio de 2004 (…).
(Dictamen N° C-147-2011 del 29 de junio de 2011)

Funcionario no puede durante permiso sin goce de salario realizar actividades que generen conflicto de intereses.

(…) En el mismo sentido, en la sentencia N° 155-2008 de las 9:50 horas del 27 de febrero de 2008, nuevamente la Sala Segunda, estableció que a través de un permiso sin goce de salario, no puede un funcionario público realizar actividad liberal en el sector privado cuando exista un conflicto de interés o régimen de prohibición (…).
(Dictamen N° C-147-2011 del 29 de junio de 2011)

Laborar para empresa privada cuya actividad se relacione directamente con las funciones y actividades de la institución en que labora funcionario, es incompatible con la función pública.

(…) De esta manera, en caso que el permiso sin goce de salario sea solicitado por el funcionario público con el fin de laborar para una empresa privada cuya actividad se relacione directamente con las funciones y actividades propias de la institución pública para la cual labora, persiste la aplicación de la prohibición aun cuando –tal y como lo señala la jurisprudencia- cese el pago de su compensación económica y se encuentre suspendida temporalmente la relación laboral. Lo anterior, por cuanto existe un conflicto de interés que no se supera con el otorgamiento del permiso, a diferencia de cuando se trata de otras actividades que no son incompatibles con las realizadas en el puesto público (…).
(Dictamen N° C-147-2011 del 29 de junio de 2011)

En el momento en que sea identificada situación, debe ser resuelta por la Administración. Debe advertirse al funcionario que debe escoger entre puesto público o la actividad privada.

(…) A la luz de lo anterior, es claro que, por las razones expuestas en el dictamen arriba citado, el ostentar una concesión o permiso para la prestación del servicio remunerado de personas en modalidad taxi genera una situación de conflicto de intereses para los oficiales de tránsito. (…) Ahora bien, si ya existe alguna concesión o permiso otorgado a algún oficial de tránsito, lo correcto es proceder como en efecto lo hizo la Administración, investigando esta situación y previniendo a los funcionarios que se encontraren en tal supuesto, a optar por renunciar a su puesto para mantenerse como concesionarios o permisionarios, o bien, a conservar su cargo renunciando o cediendo la titularidad de la concesión o permiso (…).
(Dictamen N° C-307-2012 del 19 de diciembre de 2012)

Todo funcionario municipal tiene impedimento para laborar en otra entidad pública o privada si hay superposición horaria y para realizar actividades que causen conflicto de intereses.

(…) Tales son, la prohibición de laborar en otras entidades públicas o privadas con evidente superposición horaria del cargo que ocupa en la Municipalidad, y la prohibición de participar en actividades vinculadas con empresas o intereses privados que puedan causar evidente perjuicio a las municipalidades o competir con ellos. Como se ha podido observar a través de todo este desarrollo jurídico, cualquier servidor o funcionario de esa Municipalidad, -incluso los que poseen funciones de seguridad y vigilancia- deben no sólo acatar lo dispuesto en los mencionados artículos 147, incisos b) y d), y 148, incisos c) y d) del Código Municipal, sino que deben actuar siempre apegados a los principios éticos y morales de la objetividad, neutralidad y probidad que demanda la función pública; pues de lo contrario se expondrían a la aplicación del régimen disciplinario correspondiente (…).
(Dictamen N° C-215-2010 del 29 de octubre de 2010) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-163-2012 del 28 de junio de 2012 y C-215-2012 del 17 de setiembre de 2012)

Artículo 3

Ingenieros municipales no pueden figurar como responsables de una obra que, posteriormente, requerirá aprobación de la entidad para la que labora.

(…) Ahora bien, se debe tener presente que si bien no existe una prohibición expresa para que los ingenieros municipales (entre ellos los de la Municipalidad de Valverde Vega) realicen su actividades profesionales fuera de la jornada laboral, es claro que las acciones profesionales desplegadas por los ingenieros municipales en el ejercicio liberal de su profesión no pueden -de ninguna forma- comprometer los intereses público municipales, o sea, bajo ninguna circunstancia el ejercicio liberal de su profesión puede generar un conflicto de intereses que ponga en duda la objetividad e imparcialidad de la Administración Municipal respeto a una situación en concreto.//De conformidad con lo anterior, no es factible que un profesional -ingeniero municipal- de la corporación municipal figure como ingeniero responsable de una obra que, posteriormente, requerirá de aprobación de la entidad municipal para la cual labora.//De la lectura del texto se colige que, es posible que una municipalidad pueda solicitar la colaboración de un ingeniero de otra corporación municipal, únicamente cuando la Municipalidad que lo requiere, no tuviere ingenieros propios que resuelvan lo relativo a las solicitudes de construcción (…).
(Dictamen N° C-144-2014 del 7 de mayo de 2014) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-275-2014 del 5 de setiembre de 2014)

Aún y cuando el funcionario no se encuentre sujeto al régimen de prohibición o dedicación exclusiva, no puede realizar actividades privadas que le generen conflictos de intereses.

(…) Por consiguiente, en aplicación de tales principios, se le prohíbe participar en actividades vinculadas con empresas o intereses privados que puedan causar perjuicio a los intereses del Teatro; o donde medie una conflicto de intereses entre la función pública y la privada, incluso si esto ocurre en el ejercicio privado de su carrera de actor o director teatral.//Incluso si dicho funcionario en el ejercicio privado de su profesión de actor o director teatral no se encontrara sujeto a las limitaciones como las derivadas del régimen de prohibición, dedicación exclusiva o cualquier otra incompatibilidad legalmente establecida, ello no significa que en sus actividades privadas –aún fuera de su horario de trabajo habitual– estén exentos 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 –incluyendo el suyo propio– en detrimento del interés público, ni puede colocase en una situación semejante de manera que pueda dar motivo de duda razonable sobre la imparcialidad en la toma de decisiones que competen a la persona o a la institución que representa.//(…)//Como se desprende de lo anterior, a cualquier funcionario, por un mandato derivado de los principios éticos y morales del ejercicio de la función pública, 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 (…).
(Dictamen N° C-270-2013 del 29 de noviembre de 2013)

RESOLUCIONES JUDICIALES

Deber de probidad.

(…) Desde esta arista, como complemento de la orientación finalista del funcionario público que le exige potenciar la satisfacción de los intereses públicos por encima de los personales, incluso de los intereses de la Administración (113.2 ibídem), lo que es propio de la naturaleza servicial de sus competencias, el deber de probidad pretende aportar aspectos de mayor concreción que de alguna manera orientan las acciones del funcionario público (o son líneas que deben hacerlo), a fin de que su conducta responda a esa dimensión teleológica, ya no solo a nivel de resultado, sino mediante la incorporación de deberes morales y éticos que garantizan transparencia y objetividad en su proceder. Es decir, esa moral pública exige que

en caso de conflictos de intereses, deba separarse del conocimiento del asunto, a efecto de no polucionar o poner en riesgo la objetividad que ha de ser propia de la conducta, pero además, en sus acciones, ha de propender la satisfacción de aquel interés mayor. Más simple, 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, económico, y de otra naturaleza, por lo que en su desempeño debe demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley (…).
(Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución N° 2073 de las 11:42 horas del 25 de septiembre de 2009)

Deberes del funcionario público relacionados con la probidad.

(...) el funcionario público debe actuar con prudencia, integridad, honradez, seriedad, moralidad y rectitud tanto en el desempeño diario de su función como en el uso y protección de los fondos, bienes y recursos que le fueron confiados en razón de su cargo y acatar sus deberes y prohibiciones de carácter ético y probo, lo que nos lleva de seguido al tema del conflicto de intereses. Cuando en razón de las circunstancias el funcionario público debe separarse de los asuntos puestos a su conocimiento cuando pueda verse en riesgo su objetividad y sus acciones, sin que pueda resultar una justificación absoluta el deber de obediencia, (...). Lo que obliga al funcionario se encuentra sujeto al cumplimiento de deberes éticos, y entre estos el régimen de impedimentos que pueden ser aplicados de manera oficiosa o a gestión de parte, tal y como lo prevén los numerales 229, 230 y 237 de la Ley General de la Administración Pública respecto a la abstención y recusación, norma que remite a su vez a la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil a fin de evitar un eventual conflicto de intereses (…).
(Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución N° 380-2011 de las 11:00 horas del 22 de diciembre de 2011) (Véase en igual sentido la resolución N° 022-F-TC-14 de las 8:40 horas del 13 de marzo de 2014 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda)

Aplicación del deber de probidad y la Ley a los diputados y diputadas.

(…) El accionante cuestiona el artículo 2° de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública al incluir a los legisladores dentro del concepto de servidor público. Dicho numeral en su párrafo primero en forma específica, dispone lo siguiente: '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.' Sobre el particular, cabe acotar, desde una interpretación sistemática de la norma cuestionada, que el artículo 2° estima, también, como servidor público con entera independencia del carácter representativo de su cargo, de manera que un funcionario puede ser de elección popular y tal circunstancia no enerva la aplicación de la norma. De otra parte, el artículo 43 admite, explícitamente, que un sujeto infractor de las prohibiciones, lo sea un diputado o diputada. Adicionalmente, el inciso a) del artículo 2° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, es más explícita al indicar lo siguiente: "(…) Por 'funcionario público' se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo (…)" (Lo resaltado no corresponde al original). Así, tomando en cuenta que esa normativa internacional es de plena aplicación a nuestro ordenamiento jurídico interno –dado que oportunamente fue incorporada a éste, artículo 7° de la Constitución Política-, no le cabe la menor duda a este Tribunal el sentido amplio o lato que tanto la normativa nacional como la internacional, le han querido dar al concepto de servidor público, con el propósito de alcanzar, realmente, los fines previstos en las normativas citadas. Bajo esta inteligencia, tampoco puede estimarse que al aplicarse la normativa internacional e interna a los diputados y diputadas se haya infringido el principio y derecho fundamental a la igualdad (artículo 33 constitucional),

por cuanto, el fin propuesto y manifiesto de tales bloques normativos es garantizar la probidad, rectitud y honestidad de todo funcionario o servidor público, en sentido lato o amplio, en cuanto participa en la dirección, manejo y gestión de los asuntos públicos (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 7212 de las 16:00 horas del 30 de mayo de 2012)

Deber de probidad y su relación con los reglamentos institucionales.

(…) Por tratarse de un órgano estatal, los sujetos empleados por el Ministerio de Educación Pública son funcionarios públicos y al amparo de la legalidad administrativa deben observar los deberes de probidad (fidelidad y honradez) en el desempeño de sus cargos. Los Directores de Enseñanza General Básica 3 (I y II Ciclos)conforme al Manuel Descriptivo de Clases de Puestos Docentes del Servicio Civil; al asumir el puesto conforme al régimen de relación estatuaria del servicio civil, se comprometen y por ende asumen el deber de supervisión, custodia y control de los fondos y valores públicos que estén a su disposición cuentas de la institución que representa; demás órganos y entes estatales que directriz o reglamento coadyuvan a los cometidos Institucionales del Ministerio de Educación Pública, para el correcto desenvolvimiento de la competencia estatal asignada (…).
(Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 56-2011 de las 13:45 horas del 17 de febrero de 2010)

Aplicación del deber de probidad.

(…) Existe una clara violación al deber de probidad de parte del imputado, que le impone a él como funcionario público el deber de manejar o administrar con cuidado, transparencia y honradez los bienes puestos a su disposición. De acuerdo con nuestra normativa penal, el delito de peculado intenta proteger el *"concreto funcionamiento de la administración pública por medio de un adecuado actuar de parte de los funcionario públicos que tiene a su cargo la administración, percepción o custodia de bienes o dineros del estado. Se dice así, que el bien jurídico lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario, ... Se aclara así que, no es que se tutele la integridad del patrimonio público, sino, en lo esencial, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de Estado y la propia fidelidad de los funcionarios encargados de velar por el mismo, al punto que el patrimonio como tal puede verse afectado o no, según ya lo ha indicado también la jurisprudencia de esta Sala. Como se aprecia, los autores citados coinciden en que el bien jurídico a proteger en esta ilicitud lo es el adecuado, transparente y honrado manejo de los bienes, instrumentos o patrimonio de la administración pública para su funcionamiento"*. (Sala Tercera de la Corte, Voto 2007-149, de las 16:10 horas, del 27 de febrero del 2007).
(Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 461-2008 de las 16:10 horas del 29 de octubre del 2008)

Deber de probidad y el bloque de legalidad.

(…) Quien ha pasado por el ejercicio de la función pública conoce que es prohibido sacar al menos temporalmente los caudales o bienes públicos de la esfera de custodia administrativa donde están destinados a la consecución del interés público, cual bien jurídico fundamental de la probidad en el ejercicio de la función pública y no ha sido excluida esa conciencia por un error de antijuridicidad directo o indirecto puesto que, pese a defenderse en forma personal, nunca refiere antes de actuar como lo hizo haber consultado o solicitado dictámenes de la asesoría legal institucional o de la Procuraduría General de la República que rezaran que su comportamiento no estaba prohibido por el bloque de legalidad que regía su comportamiento en la gestión administrativa de funcionario público (…).
(Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 263-2009 de las 10:35 horas del 22 de julio de 2009)

Determinación de los delitos funcionales en referencia al deber de probidad.

(…) Por lo que para definir si se está en presencia de un delito contra los deberes de la función pública, es necesario determinar sí mediante la conducta tipificada se lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado *"deber de probidad"* propio de los delitos funcionales. Al respecto, en esa tarea es de utilidad el estudio del artículo 3 de la Ley Nº 8422 o Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que contiene la definición de *"deber de probidad"* como toda aquella actuación teniente 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* (…).
(Sala Tercera. Resolución N° 735-2014 de las 9:35 horas del 25 de abril de 2014)

Tutela del delito de concusión.

(…) El bien jurídico tutelado en el delito de concusión aquí establecido, son los deberes de la función pública, entendido en la actualidad como la infracción "al deber de probidad", según se expresa en el artículo tercero de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función Pública. Se tutela la correcta actuación de los servidores públicos en el ejercicio de su cargo, de tal forma que si los funcionarios violan el deber de probidad al que están obligados, como en el presente asunto, cometen abusos, aprovechando la condición de laborar para la institución pública para solicitar sumas de dinero para obtener un beneficio patrimonial indebido, extralimitando las competencias inherentes a su cargo, por lo que se da un abuso del mismo (…).
(Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 19-2012 de las 11:37 horas del 23 de enero de 2012)

Obligación del funcionario de cumplir con el deber de probidad.

(…) El artículo 11 de la Constitución Política establece como principio fundamental que Los funcionario públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Adicionalmente en el artículo 3 de la Ley No. 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito de la Función Pública, que el funcionario público deber cumplir con el principio de probidad: El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público «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 ajusten a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña (…).
(Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 548-2013 de las 16:00 horas del 14 de noviembre de 2013)

Quebranto del deber de probidad en el delito de concusión.

(…) Concusión, que es uno de los delitos contra los deberes de la función pública. Lo que se tutela mediante este tipo penal es la correcta actuación de los servidores públicos en el ejercicio de su cargo. La probidad a la que se refiere esta figura se quebranta si un servidor público comete abusos (su comportamiento extralimita las atribuciones propias del puesto, de modo que se hace algo no permitido) con ocasión del cargo que desempeña (sea que no cumple con las tareas asignadas, sino que aprovecha la condición de laborar para un ente público y así se incurre en la conducta abusiva). A su vez, el abuso del cargo consiste en obligar o inducir a una persona a dar o prometer, para el propio funcionario o para un tercero distinto del Estado, un bien o un beneficio patrimonial que no debe (así se configura la extralimitación de las competencias inherentes al cargo y se da el abuso del mismo, pues se hace algo que el

ordenamiento no permite). Es importante destacar que lo que pide el servidor (ya sea la entrega del bien o beneficio patrimonial, o la promesa de entregarlo) es algo que el ordenamiento jurídico no contempla como una de las obligaciones que debe cumplir el individuo a quien se le requiere tal cosa, pues si así fuera, desaparecería el carácter indebido de la entrega o compromiso de dar el bien o beneficio patrimonial (…).
(Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 485-2007 de las 18:00 horas del 19 de agosto de 2007)

Cómputo de la pena en los delitos funcionales y su relación con el deber de probidad.

(…) Para la aplicación de la pena se han tomado en cuenta que el imputado es una persona relativamente joven, con una fuerte obligación familiar y económica, que con su actuar se extralimitó en el ejercicio de las atribuciones propias del puesto que desempeñaba, induciendo al denunciante a darle un beneficio patrimonial indebido en provecho propio; además se aprovechó del estado de vulnerabilidad en que se encontraba el denunciante pues se encontraba cansado, incluso con una lesión producto del esfuerzo del trabajo del día para poder transportar la madera con la que construiría su vivienda, además que una vez que fue compelido por su superior para que devolviera el dinero al denunciante, el encartado procedió de manera amenazante a indicarle que con su accionar no le hacía un bien; faltando así el imputado a la probidad de su cargo como funcionario público, lo que lo hizo incurrir en una conducta delictiva (…).
(Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 456-2010 de las 12:10 horas del 9 de diciembre de 2010)

Constitucionalidad del deber de probidad.

(…) Como derivación de la normativa mencionada, se ha incluido en ésta el llamado deber de probidad, el cual, está definido en el artículo 3° de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Del contenido propio del artículo, la Sala no encuentra inconstitucionalidad alguna, pues siguiendo un lineamiento que corresponde al régimen de ética mencionado, el concepto de probidad establecido en la norma, si bien es amplio, responde a principios ya establecidos para la función pública, sea, a través de la imposición de una pauta de comportamiento, la rectitud en el desempeño de las funciones públicas atribuidas. (...) Así las cosas, el deber de probidad, como se ha indicado, no puede per se, considerársele inconstitucional, ya que, se trata de un concepto jurídico indeterminado inherente al servicio y la función pública. Por esto, si tal y como lo expresa la propia acepción de la Real Academia, la rectitud o integridad es parte integral de lo que se espera de un servidor público en ejercicio de sus funciones, aún los legisladores estarían sujetos a este concepto, sin que por ello, se pueda indicar afectación propia al desempeño de sus funciones. Este Tribunal estima que el deber de probidad intrínseco a la función pública, no puede considerarse una "autocensura", en el tanto, si bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, tal y como se ha dicho, la rectitud o integridad no se aparta de la idea general del servicio público y la función pública (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 18564 de las 14:44 horas del 17 de diciembre de 2008)

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.

CONCORDANCIAS

- Sobre la responsabilidad civil ver el artículo 114 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.
- En cuanto a la responsabilidad civil de particulares consúltese el numeral 117 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

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 sobre todo 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

Infracción al deber de probidad.

(…) Asimismo, resulta importante tener en cuenta que el artículo 4º de la citada Ley N°8422 dispone expresamente que "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". De igual modo, eventualmente puede resultar aplicable el artículo 38 inciso b) del mismo cuerpo normativo. 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 –aun cuando sea fuera de horas de trabajo– no pueden entrañar un conflicto de intereses respecto de sus funciones como servidor público. Por consiguiente, aun 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. Es decir, no debe en modo alguno comprometer su imparcialidad, generando conflictos de intereses al propiciar el favorecimiento del interés privado –incluyendo el suyo propio– en detrimento del interés público. Bajo este orden de ideas, si un funcionario ocupa el cargo de ingeniero municipal, en el ejercicio liberal de su profesión no podría asumir la dirección profesional de un proyecto que debe ser conocido y aprobado en la propia Municipalidad para la cual labora, situación que innegablemente lo colocaría en un evidente conflicto de intereses (…).
(Dictamen C-128-2007 de 27 de abril de 2007)

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

(…) En efecto, tal y como lo indicamos líneas atrás, la Ley Contrala 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)

RESOLUCIONES JUDICIALES

Pérdida de credencial de diputado o diputada.

(…) Es menester indicar que ninguna de las normas que son objeto de la acción de inconstitucionalidad establece que la sanción a imponer a un diputado o diputada que ha infringido el deber de probidad es la cancelación o pérdida de su credencial. En efecto, el numeral 4° de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito, dispone que la infracción de ese deber constituye justa causa para separar al funcionario del cargo público sin responsabilidad patronal. Es evidente que tal sanción no resulta aplicable a los legisladores, quienes son popularmente electos y no están sujetos a relación estatutaria o laboral alguna. Cuando el artículo 43 del mismo cuerpo normativo indica que cualquier infracción a esa ley debe ser comunicada al órgano competente "para que, conforme a derecho, se proceda a imponer las sanciones correspondientes", tampoco indica que la infracción al deber de probidad por un legislador implique como sanción la pérdida de la credencial. Dado que, las normas impugnadas no establecen como sanción a la infracción del deber de probidad la pérdida de la credencial, este Tribunal Constitucional se abstiene de pronunciarse si esa figura es numerus clausus o reserva de constitución. Bajo esta inteligencia, no puede estimarse que los artículos 4° y 43 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito establezcan una nueva causal para la pérdida de credenciales de un miembro de un supremo poder (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 18564 de las 14:44 horas del 17 de diciembre de 2008)

Finalidad de la protección del Deber de Probidad.

(…) También estas previsiones son tomadas para el sano desempeño de la función pública dado que las personas que despliegan esta labor, en principio, deben estar dotadas de diversas características y entre las más importantes, destacar por su probidad, en razón de los alcances de sus actos y de la importancia que éstos revisten para la sociedad. Sobre todo en cuanto a la sociedad civil, que al evaluar cómo se ejecutan dichas actividades, puede llegar a perder la credibilidad en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas y particularmente en el desempeño del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). En consecuencia, con la finalidad de proteger a la Administración Pública de personas que como el imputado han dado muestras de un actuar indebido y de un manejo ilegal de los servicios confiados a su administración, procede su inhabilitación absoluta por el plazo fijado (…).

(Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 344-2011 de las 14:00 horas del 10 de agosto de 2011)

Transgresión del Deber de Probidad.

(…) Se ofende el deber de probidad del funcionario cuando éste como órgano de la administración mantiene relaciones o sufre influencias de particulares, fuera de los casos permitidos por las leyes, o se somete por ánimo de lucro, acción realizada por el aquí acusado deviniendo en exigible, sin lugar a dudas, una actuación de acuerdo al conjunto de normas que rigen la función pública en Costa Rica (…).
(Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 586-2007 de las 14:50 horas del 16 de octubre de 2007)

Delitos contra la función pública y el deber de probidad.

(…) Delitos contra los deberes de la función pública", siendo ambos delitos pluriofensivos, pues, aparte de la probidad, tutelan como bien jurídico el patrimonio estatal. Como se expuso líneas atrás, fue acusado por los delitos de peculado, concusión y falsedad ideológica en concurso ideal. Nótese que se trata de hechos que jurídicamente son considerados y valorados como una sola acción y por ende no son escindibles. Finalmente, con respecto al delito de falsedad ideológica, se tiene que, a pesar de que el bien jurídico que protege es la fe pública, en el caso concreto, la comisión de este delito se llevó a cabo en función del peculado y de la concusión por lo que al poseer éstos un contenido patrimonial la reparación integral del daño se ajustó a los requerimientos establecidos por la normativa procesal vigente (…).
(Sala Tercera. Resolución N° 1087-2010 de las 11:20 horas del 15 de octubre de 2010)

Artículo 5º-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

- Con relación al concepto de fraude de ley ver el artículo 1 inciso 21) del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Contenido del fraude de ley.

(...) La figura del fraude de ley contenida en los artículos 5º y 6º 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 (…).
(Oficio N° 6395 (DAGJ-1469) del 3 de junio de 2005)

Aplicación para sujetos de derecho privado.

(…) llevando la figura al derecho administrativo, en el caso del artículo 5° de la Ley No 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-1469-2005) del 3 de junio de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

En el fraude de ley la conducta en apariencia es legal porque se actúa al amparo de una norma pero el resultado e ilegítimo.

(…) Es claro que la conducta deberá realizarse al amparo de una norma, por lo que la acción sería legal, pero para determinar el fraude de ley lo que interesa sobre todo es el resultado, así aunque la conducta sea amparada a una norma, por lo tanto legal, si con el resultado se evade una norma prohibitiva o imperativa, podría estarse ante una fraude de ley. Es importante aclarar el punto con algunos ejemplos, así en el caso de los matrimonios por conveniencia, principalmente realizados por extranjeros, donde el fin es el de obtener una residencia o nacionalidad, cuando su estatus no se los permite, se recurre a la estructura legal del matrimonio, que luego se hace valer para efectos de cambiar su estatus migratorio, que de otra forma no se podría (…).
(Dictamen N° C-156-2009 del 1 de junio de 2009)

Sesiones virtuales en órganos colegiados. Únicamente se admite la videoconferencia bajo ciertos parámetros. Lo contrario constituye fraude de ley.

(…) Por otra parte, como la sesión virtual debe ser excepcional, no puede constituirse en un medio para burlar lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de la ARESEP. De lo contrario devendría en un fraude a la ley, en tanto se estaría realizando al amparo de la norma, pero para obtener un resultado contrario al ordenamiento (artículo 5 de la Ley 8422 de 6 de octubre de 2004, Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública), en relación con los numerales 6 y 58 que sancionan tal proceder, que lo configura como un delito (…).
(Dictamen N° C-298-2007 del 28 de agosto de 2007)

Se configura el fraude de ley cuando se busca evadir las restricciones que impone una norma legal para ejercer una determinada actividad.

(…) Tomando en cuenta la naturaleza de BICSA y la limitación para que los bancos públicos participen en el mercado de seguros, no puede sino concluirse que permitir que BICSA SA cree una sociedad anónima para ejercer actividad aseguradora implica la obtención de un fin legal prohibido por el legislador. Lo que configura un fraude de ley, en los términos de los artículos 20 del Código Civil, 5 y 58 de la Ley (…).
(Dictamen N° C-269-2009 del 2 de octubre de 2009)

Si existe superposición horaria entre dos cargos públicos, uno de ellos de directivo, no resulta legalmente válido utilizar la figura de las vacaciones para burlar la prohibición, acudir a las sesiones del órgano colegiado y cobrar la dieta. Fraude de ley.

(…) A la luz de las anteriores consideraciones, queda claro que, al igual que lo manifestamos en relación con los permisos con o sin goce de salario, no es procedente que se otorguen vacaciones para asistir a sesiones del Concejo que se celebren en horas hábiles dentro de las

cuales el funcionario normalmente se encontraría laborando en la otra Administración en la que ocupa una plaza ordinaria (…).
(Dictamen N° C-069-2009 del 10 de marzo de 2009)

Si existe superposición horaria entre dos cargos públicos, uno de ellos de directivo, no resulta legalmente válido pretender un permiso con o sin goce de salario para acudir a la sesión del órgano colegiado y cobrar la dieta. Fraude de ley.

(…) Únicamente resulta conveniente agregar que si –tal como quedó visto– no resulta legalmente válido pretender el otorgamiento de un permiso sin goce de salario para acudir a una sesión del Concejo y cobrar así la dieta respectiva, por supuesto que deviene aún más improcedente la concesión de un permiso con goce de salario para acudir a la sesión del Concejo y cobrar la dieta respectiva en la Municipalidad (…).
(Dictamen N° C-069-2009 del 10 de marzo de 2009)

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, Nº 6227, de 2 de mayo de 1978, en cuyo caso deberá actuarse de conformidad con lo allí establecido.

CONCORDANCIAS

- Respecto al régimen de nulidades véanse los artículos 158, 159, 160, 161, 162, 163 y 164 Ley General de la Administración Pública.
- En cuanto a las clases de nulidades consúltense los artículos 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174 y 175 de la Ley General de la Administración Pública.
- Sobre la declaración de nulidad que puede realizar la Contraloría General de la República, téngase presente lo dispuesto en el ordinal 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- En cuanto al concepto de Hacienda Pública consúltese lo dispuesto por el numeral 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- Sobre el proceso de lesividad véase el artículo 34 del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

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.

CONCORDANCIAS

- Ver artículos 24 y 30 de la Constitución Política.
- Sobre el acceso a la información consultar el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- Respecto a la transparencia de la información consúltese el numeral 48 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.
- En cuanto a la aplicación del principio de transparencia en el mercado financiero véase el cardinal 2 del Reglamento a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.
- Con relación al suministro de información necesaria para la elaboración de programación macroeconómica ver el ordinal 12 del Reglamento a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.
- Sobre el deber de la Tesorería Nacional de suministrar información a las Administraciones Tributarias ver el artículo 91 del Reglamento a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.
- Respecto al deber de Contabilidad Nacional de proporcionar información sobre la gestión financiera, patrimonial y presupuestaria de la Administración Central, consúltese el numeral 122 del Reglamento a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.
- En cuanto a la obligación de todo funcionario, entidad u órgano público de proveerle a los administrados, información sobre los trámites y requisitos que presenten en las distintas entidades públicas ver el artículo 5 de la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos (Ley N° 8220 de 4 de marzo de 2002 del 04 de marzo de 2002)
- Respecto de las responsabilidades por no suministrar información consúltese el artículo 10 de la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos.
- En cuanto a la definición de los conceptos de datos personales, datos personales de acceso irrestricto, datos personales de acceso restringido, datos sensibles y deber de confidencialidad, ver los artículos 3, 9 y 11 de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales (Ley N° 8968 del 7 de julio de 2011).
- Sobre el principio del consentimiento informado y la obligación de informar, véase el artículo 5 de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales.
- En cuanto al principio de calidad de la información consúltese el numeral 6 de la Ley

de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales.
- En lo relativo al acceso a la información como derecho de toda persona ver el artículo 7 de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Transparencia y publicidad administrativas.

(…) En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación-, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 136 de las 15:22 horas del 15 de enero de 2003)

El derecho de acceso a la información administrativa.

(…) El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público", derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio

democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados –bases de datos ficheros-; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 136 de las 15:22 horas del 15 de enero de 2003)

Artículo 8º- Protección de los derechos del denunciante de buena fe y confidencialidad de la información que origine la apertura del procedimiento administrativo.

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.
(Así reformado su título por el artículo 2° inciso a) de la ley N° 8630 del 17 de enero de 2008)

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. Las personas que, de buena fe, denuncien los actos de corrupción descritos en el Código Penal, Ley N° 4573, y en esta Ley, serán protegidas por las autoridades policiales administrativas, conforme a los mecanismos legales previstos para tal efecto, a petición de parte.
(Así adicionado el párrafo anterior por el artículo 2° inciso a) de la ley N° 8630 del 17 de enero de 2008)

CONCORDANCIAS

- En cuanto al denunciante y su protección ver los artículos 33 y 39 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción así como el numeral III inciso 1 y 8 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.
- Sobre la confidencialidad del denunciante ver artículo 18 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito.
- Con relación a la confidencialidad de los denunciantes véase el artículo 6 de la Ley General de Control Interno.

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 Nº 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 Nº 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 Nº 8422 publica en el diario oficial La Gaceta Nº 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 Nº 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 Nº 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 (…).
(Oficio Nº 5161 (DAGJ-1156) del 6 de mayo de 2005)

Principio de confidencialidad.

(...) podemos extraer que el principio de confidencialidad ahí consagrado, protege por un lado, a todas aquellas personas que presenten una denuncia, pero adicional a ello, este principio cobija en algunos momentos procesales de la investigación, toda la documentación que se genere y que efectúen los órganos competentes, entre ellos, las auditorías internas. Por su importancia, pasaremos a detallar los alcances del principio de confidencialidad en ambos supuestos. (...) No establecen límites temporales con respecto a la confidencialidad del denunciante. Precisamente en protección del denunciante, este órgano asesor ha reconocido que el deber de confidencialidad no se extingue con la emisión del informe por parte de la Auditoría Interna, y por el contrario, no tiene límites temporales (…).
(Dictamen C-114-2013 del 25 de junio de 2013)

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

(…) 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.

(…) 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 auditoria. //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)**

RESOLUCIONES JUDICIALES

La confidencialidad debe guardarse tanto para el denunciante de buena fe como para el funcionario investigado.

(...) el ordenamiento jurídico ha previsto -con el propósito de proteger los derechos del servidor cuestionado, del denunciante de buena fe y la objetividad en el desarrollo de las averiguaciones pertinentes- que en el procedimiento investigatorio existan diversos momentos procesales con diferentes niveles de acceso a los expedientes. En este sentido, los párrafos segundo y tercero del artículo 6 de la Ley General de Control Interno número 8292 del 31 de julio de 2002, establecen que "la información, documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúan las auditorías internas, la administración y la Contraloría General, 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 obren en el expediente administrativo. Para todos los casos, la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de las facultades contenidas en el inciso 23) del artículo 121 de la Constitución Política, podrá acceder a los informes, la documentación y las pruebas que obren en poder de las auditorías internas, la administración o la Contraloría General de la República". Asimismo, el artículo 8 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, ley número 8422 del 6 de octubre de 2004, estatuye que 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." Con base en esas normas, la Sala interpreta que existen, al menos, tres etapas en una investigación administrativa, cada una de las cuales se caracteriza por un grado distinto de acceso a la información. La primera se refiere al inicio de la denominada investigación preliminar, que puede comenzar con una denuncia, como en este caso, o con una actuación de oficio del Estado. Esta fase se relaciona con las primeras averiguaciones y pesquisas que realiza la Administración con el fin de determinar si en efecto hay mérito para iniciar un procedimiento administrativo formal. En este momento, la documentación recopilada y los dictámenes al efecto resultan confidenciales para cualquier persona, incluso para el denunciante y el denunciado, en la medida que, por un lado, se deben garantizar los resultados de la investigación y proteger tanto la honra del denunciado como la confidencialidad del denunciante de buena fe y, por otro lado, no existe certeza aún sobre la

procedencia de lo denunciado. La segunda fase comprende el momento desde que empieza un procedimiento administrativo, por lo general a partir de una investigación preliminar, hasta que se comunica la resolución final del mismo. En esta etapa, resulta obvio que las pruebas e informes relativos a lo indagado tienen que estar a disposición de las partes involucradas, a fin de que las autoridades públicas investiguen lo concerniente y los cuestionados ejerzan efectivamente su derecho de defensa. El denunciante no se puede tener técnicamente como parte en un procedimiento administrativo de este tipo por el mero hecho de la denuncia interpuesta, sino que éste debe apersonarse y demostrar que ostenta algún derecho subjetivo o interés legítimo que pudiera resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho por un acto administrativo final, según lo contemplado en el artículo 275 de la Ley General de Administración Pública. Con excepción de las partes, durante esa segunda etapa ninguna otra persona puede tener acceso al expediente administrativo correspondiente, puesto que aún la Administración no ha concluido si el acto investigado efectivamente sucedió y de qué forma, o si existe mérito para una sanción. En la última etapa, que no termina sino con la notificación de la resolución final de la investigación a las partes, cesa la confidencialidad de la información contenida en el expediente administrativo correspondiente, que por versar sobre cuestiones relacionadas con el desempeño de los servidores estatales resulta de evidente interés público y debe estar a disposición de todo ciudadano. No obstante, en cualquier fase, las autoridades judiciales pueden requerir la información pertinente, ante la posible existencia de un delito contra el honor de la persona denunciada. Las diversas facetas expuestas no implican, sin embargo, que el denunciante carezca de todo derecho a información en lo relativo a su gestión. En efecto, el Estado siempre estará en la obligación de suministrarle a él datos generales sobre la tramitación brindada a su denuncia, tales como los órganos responsables de su diligenciamiento, la fase procesal en la que se encuentra o el plazo prudencial para su conclusión. 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 (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 1464 de las 11:52 horas del 10 de febrero de 2006)

Constitucionalidad de la norma.

(…) Los accionantes consideran que esta norma conlleva una flagrante violación del debido proceso y al derecho de defensa, por cuanto se faculta que la Administración guarde confidencialidad sobre la identidad de la persona que ha decidido denunciar actos de corrupción en la función pública. Para los denunciantes no existe razón para fomentar el anonimato en una investigación administrativa. La redacción del artículo los lleva a cuestionar la forma en que una eventual denuncia se incorporará a un expediente administrativo, pues la única forma de garantizar la confidencialidad de quien suscriba una denuncia por actos de corrupción sería no incluir el documento original en el expediente, o bien, incluir una copia alterada, en cuyo caso se estaría negando el acceso al investigado a dicho elemento probatorio esencial. Por otra parte, indican que al mantener confidencial la denuncia por actos de corrupción, sería el caso de una prueba anónima, respecto a la cual la propia Sala ya se ha pronunciado. También explican que al imponer a las auditorías internas de la Administración Pública y a la Contraloría General de la República el deber de guardar la confidencialidad de quienes se han presentado a formular una denuncia oral o escrita, se irrespeta el principio de inocencia. (...) este Tribunal ha sido conteste en el sentido de que en las investigaciones preliminares no se aplica el debido proceso y el derecho de defensa contenidos en el artículo 39 de la Constitución Política, sino que será en el procedimiento administrativo iniciado con todos los elementos probatorios y la inclusión de los posibles involucrados que éstos tendrán derecho a ejercer su defensa y donde el principio de inocencia los acompañara hasta que una resolución definitiva establezca su responsabilidad administrativa (ver entre otras la sentencia número 7259-94). Nótese que el artículo en cuestión permite que una vez notificado el informe correspondiente y hasta la resolución final del procedimiento (procedimiento administrativo propiamente dicho) las partes, incluye obviamente al denunciado, tendrán libre acceso a todos los documentos y las pruebas que consten en el expediente administrativo (...) De manera que en esta fase, el inculpado podrá ejercer todos los derechos del debido proceso. Por otra parte,

no es conveniente que frente a un fenómeno de abuso de poder, se ponga en una posición de vulnerabilidad a quien denuncia actos de corrupción, identificándolo desde su inicio, pues podrá ser objeto de represalias, presiones de diversa índole, sin darle a la Administración la oportunidad de establecer si aquellos actos denunciados son ciertos o no. La denuncia anónima sólo se refiere a una "notitia criminis" que no puede catalogarse, según las reglas de un proceso justo, como prueba. El ciudadano asume una función social de denuncia, que ejercida con ética es básica para el correcto ejercicio de la función pública. En todo caso, el inculpado en el procedimiento administrativo al tener acceso a todo el material probatorio podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional la apertura de un proceso contra el honor, en caso de que se demuestre la falsedad de las imputaciones para limpiar su nombre, causa en la cual recaería condena, y se controlaría así el ejercicio irresponsable de la libertad de opinar o expresarse, conciliándose dos intereses: la verdad como interés público, y por el otro el honor del ofendido como interés público: (...) En suma, la norma admite, a juicio de esta Sala, una lectura que la absuelve de los vicios de inconstitucionalidad que pretenden los recurrentes atribuirle. La protección de la identidad de quien denuncia los hechos, de buena fe, tampoco lo convierte en una prueba, pues si los hechos se someten a juicio, rigen todas las garantías que aseguran la defensa del funcionario acusado. Ninguno de los elementos que sustentan la posible imputación, en caso de que se determine su pertinencia, puede sustentarse en pruebas o testimonios que deben examinarse conforme a los principios del contradictorio y de igualdad de armas entre las partes (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 7689 de las 14:52 horas del 7 de mayo de 2008)

Artículo 9º-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

- Con relación al deber de confidencialidad de la identidad del denunciante véase el artículo 6 de la Ley General de Control Interno.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Las denuncias de los administrados son parte del derecho de petición consagrado en el artículo 27 de la Constitución Política.

(…) Sobre el tema de las denuncias. 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. En todo caso, no se puede negar que las denuncias, al igual que las peticiones de información, los reclamos administrativos y las solicitudes de otorgamiento de ciertos derechos, se encuentran incluidas dentro del concepto genérico de petición establecido en el artículo 27 constitucional, con su correlativo derecho de obtener respuesta como complemento del ejercicio del derecho

de pedir. Ahora bien, tanto el plazo para tramitar y resolver una denuncia, como lo que se debe informar y el acceso al expediente, están supeditados al particular régimen jurídico que caracteriza a ese instituto. En lo que concierne al primer aspecto, la razonabilidad del tiempo demorado en oficiar y decidir, depende del grado de complejidad del asunto por investigar, circunstancia que sólo puede ser valorada casuísticamente (ver sentencia número 2002-06858 de las 9:08 horas del 12 de julio de 2002). En lo relativo al segundo aspecto, la Administración está en la obligación de comunicarle al denunciante el estado de la tramitación en que se encuentra su queja, así como el resultado de la misma, lo que sí resulta de interés público, 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 (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 1464 de las 11:52 horas del 10 de febrero de 2006)

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 peligra un secreto cuya revelación sea castigada penalmente.

CONCORDANCIAS

- Ver artículos 24 y 30 de la Constitución Política.
- Ver artículos 272, 273 y 274 de la Ley General de la Administración Pública.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Derecho de acceso a la información administrativa ad intra.

(…) Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra –fuera- y (b) ad intra –dentro- de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico. Este derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado "Del acceso al expediente y sus piezas", Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274. El numeral 30 de la Constitución Política, evidentemente, se refiere al derecho de acceso ad extra, puesto que, es absolutamente independiente de la existencia de un procedimiento administrativo. Este derecho no ha sido desarrollado legislativamente de forma sistemática y coherente, lo cual constituye una seria y grave laguna de nuestro ordenamiento jurídico que se ha prolongado en el tiempo por más de cincuenta años desde la vigencia del texto constitucional. La regulación de este derecho ha sido fragmentada y sectorial, así, a título de ejemplo, la Ley del Sistema

Nacional de Archivos No. 7202 del 24 de octubre de 1990, lo norma respecto de los documentos con valor científico y cultural de los entes y órganos públicos –sujetos pasivos- que conforman el Sistema Nacional de Archivos (Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y demás entes públicos con personalidad jurídica, así como los depositados en los archivos privados y particulares sometidos a las previsiones de ese cuerpo legal).
(Sala Constitucional. Resolución N° 136 de las 15:22 horas del 15 de enero de 2003)

Límites intrínsecos y extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa.

(…) En lo relativo a los límites intrínsecos al contenido esencial del derecho de acceso a la información administrativa, tenemos, los siguientes: 1) El fin del derecho es la 'información sobre asuntos de interés público', de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder. 2) El segundo límite está constituido por lo establecido en el párrafo 2º del ordinal 30 constitucional al estipularse 'Quedan a salvo los secretos de Estado'. El secreto de Estado como un límite al derecho de acceso a la información administrativa es reserva de ley (artículo 19, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), empero, han transcurrido más de cincuenta años desde la vigencia de la Constitución y todavía persiste la omisión legislativa en el dictado de una ley de secretos de estado y materias clasificadas. Esta laguna legislativa, obviamente, ha provocado una grave incertidumbre y ha propiciado la costumbre contra legem del Poder Ejecutivo de calificar, por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunas materias como reservadas o clasificadas por constituir, a su entender, secreto de Estado. Tocante el ámbito, extensión y alcances del secreto de Estado, la doctrina es pacífica en aceptar que comprende aspecto tales como la seguridad nacional (interna o externa), la defensa nacional frente a las agresiones que atenten contra la soberanía e independencia del Estado y las relaciones exteriores concertadas entre éste y el resto de los sujetos del Derecho Internacional Público (vid. artículo 284 del Código Penal, al tipificar el delito de 'revelación de secretos'). No resulta ocioso distinguir entre el secreto por razones objetivas y materiales (ratione materia), referido a los tres aspectos anteriormente indicados (seguridad, defensa nacionales y relaciones exteriores) y el secreto impuesto a los funcionarios o servidores públicos (ratione personae) quienes por motivo del ejercicio de sus funciones conocen cierto tipo de información, respecto de la cual deben guardar un deber de sigilo y reserva (vid. artículo 337 del Código Penal al tipificar y sancionar el delito de 'divulgación de secretos'). El secreto de Estado se encuentra regulado en el bloque de legalidad de forma desarticulada, dispersa e imprecisa (v. gr. Ley General de Policía No. 7410 del 26 de mayo de 1994, al calificar de confidenciales y, eventualmente, declarables secreto de Estado por el Presidente de la República los informes y documentos de la Dirección de Seguridad del Estado –artículo 16-; la Ley General de Aviación Civil respecto de algunos acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil –artículo 303-, etc.). El secreto de Estado en cuanto constituye una excepción a los principios o valores constitucionales de la transparencia y la publicidad de los poderes públicos y su gestión debe ser interpretado y aplicado, en todo momento, de forma restrictiva. En lo concerniente a las limitaciones o límites extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa tenemos los siguientes: 1) El artículo 28 de la Constitución Política establece como límite extrínseco del cualquier derecho la moral y el orden público. 2) El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho, de tal forma que aquellos datos íntimos, sensibles o nominativos que un ente u órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, por constar en sus archivos, registros y expedientes físicos o automatizados, no pueden ser accedidos por ninguna persona por suponer ello una intromisión o injerencia externa e inconstitucional. Obviamente, lo anterior resulta de mayor aplicación cuando el propio administrado ha puesto en conocimiento de una administración pública información confidencial, por ser requerida, con el propósito de obtener un resultado determinado o beneficio. En realidad esta limitación está íntimamente ligada al primer límite intrínseco indicado, puesto que, muy, probablemente, en tal supuesto la información pretendida no recae sobre asuntos de interés público sino privado. Íntimamente ligados a esta limitación se encuentran el secreto bancario, entendido como el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre

todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis, y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas acerca de determinadas ideas, productos o procedimientos industriales y de sus estados financieros, crediticios y tributarios. Habrá situaciones en que la información de un particular que posea un ente u órgano público puede tener, sobre todo articulada con la de otros particulares, una clara dimensión y vocación pública, circunstancias que deben ser progresiva y casuísticamente identificadas por este Tribunal Constitucional. 3) La averiguación de los delitos, cuando se trata de investigaciones criminales efectuadas por cuerpos policiales administrativos o judiciales, con el propósito de garantizar el acierto y éxito de la investigación y, ante todo, para respetar la presunción de inocencia, el honor y la intimidad de las personas involucradas (…)

(Sala Constitucional. Resolución N° 136 de las 15:22 horas del 15 de enero de 2003)

Constitucionalidad de la norma.

(…) En relación con el artículo 10, los recurrentes llaman la atención en su párrafo final que dispone que en los procedimientos administrativos que instruya la Administración por infracciones al régimen de hacienda pública las comparecencias serán orales y públicas, invirtiendo la regla prevista en el artículo 309 de la Ley General de la Administración Pública. Sostienen que al convertir estas comparecencias en orales y públicas, se crea una desigualdad injustificada y discriminatoria, irrespetando el ámbito de intimidad del investigado y el principio de igualdad. Además, aducen que dicha medida es desproporcionada e irrazonable, pues en aras de proteger la hacienda pública se afecta el ámbito de intimidad del funcionario investigado y el principio de inocencia, siendo que se le exhibe innecesariamente en una etapa en la que ni siquiera existe resolución administrativa firme que le responsabilice por cualquier hecho. No llevan razón los recurrentes en sus confrontaciones de la norma cuestionada con los principios de igualdad y razonabilidad constitucional. Primeramente hay que mencionar la función controladora y fiscalizadora de la Hacienda Pública que la propia Constitución le ha encomendado a la Contraloría General de la República, que entre otras funciones y competencias, debe encargarse del control de la eficiencia de la Administración en los funcionarios que manejen fondos públicos. Es decir, en el caso específico de la norma, se trata de una clase especial de funcionarios públicos que cometan infracciones al régimen de la Hacienda Pública. De modo que, no se está en una situación de igualdad ante los demás funcionarios públicos. (...) Y segundo, en cuanto posibilita establecer situaciones diferenciadas entre desiguales, bajo la condición de que éstas sean razonables y proporcionadas. Al respecto los recurrentes dicen que la medida adoptada por el legislador es irrazonable y desproporcionada, pues en aras de proteger la Hacienda Pública, no solo se afecta el ámbito de intimidad del funcionario investigado sino el principio de inocencia, ya que se le exhibe en una etapa en la que ni siquiera existe resolución firme que lo responsabilice de cualquier hecho. (...) De esta manera, surgen dos elementos para determinar o no la violación del principio de igualdad: el primero de ellos, consistente en el parámetro de comparación que permite establecer que entre dos o más personas existe una situación idéntica, y que por lo tanto, produce un trato discriminatorio desprovisto de toda justificación objetiva y razonable; y el segundo, la razonabilidad de la diferenciación, con lo que se estatuye el principio de razonabilidad como parámetro de constitucionalidad. De esta suerte, no basta que la diferenciación no sea contraria a la dignidad humana, o que esté justificada en la protección de otros bienes constitucionales o en la tutela de otros derechos fundamentales, sino que debe estar determinada en la relación medio-fin de la norma. Existe entonces, un nexo entre la igualdad y razonabilidad. Entre otros desarrollos jurisprudenciales, este tribunal ha dicho que se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad: la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad del acto o disposición jurídica. (...) Todo ello, nos lleva a concluir que existe una necesidad, (primer elemento) en que se realice una investigación administrativa para determinar la correcta o incorrecta actividad del funcionario público en el manejo de fondos públicos, como depuración para una eficiente prestación del servicio público. El hecho de que el funcionario comparezca a una audiencia pública, como parte de un procedimiento administrativo, no solo se justifica en aquella necesidad, sino también en la transparencia que debe tener la Administración ante la ciudadanía en lo referente a hechos de corrupción o enriquecimiento ilícito. Pero esta audiencia pública, no solo funciona como

un medio idóneo (segundo elemento) para que la Administración pueda dar a conocer ante la colectividad lo que acontece a su interno con sus funcionarios, sino también una manera de que éstos, si a bien lo tienen, demuestren también ante la ciudadanía que no son responsables de esos hechos. El principio de inocencia en esta fase permanece incólume, pues contrario a lo que dicen los recurrentes, al servidor no se le ha impuesto ninguna sanción ni se le ha dado un trato que presuma su culpabilidad. Finalmente, se evidencia la proporcionalidad (tercer elemento) de la norma en el beneficio que con la audiencia pública se pretende obtener para la colectividad. Ahora bien, en cuanto a la intimidad reclamada, la misma normativa establece una excepción a la publicidad de la audiencia, por cuanto por razones de decoro o del mismo derecho a la intimidad, el órgano director podrá declararlas privadas. De modo que tampoco existe inconstitucionalidad alguna. Los valores que se tutelan en este caso y la condición del sujeto sometido a enjuiciamiento, justifica, como se expuso, que en estos casos la audiencia sea pública, admitiéndose también las excepciones que justifiquen las circunstancias (…)
(Sala Constitucional. Resolución N° 7689 de las 14:52 horas del 07 de mayo de 2008)

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

- Ver artículo 24 de la Constitución Política.
- Sobre el acceso a la información consultar el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- Respecto al tema del acceso a la información confidencial véase el artículo 6 de la Ley General de Control Interno.

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 auditorías 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 Nº 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

- Ver artículo V de la Convención Interamericana contra la Corrupción.
- En cuanto a los sujetos pasivos con oficina fuera del país ver lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

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

- En cuanto a la libertad de empresa y el derecho al trabajo consúltese los artículos 46 y 56 de la Constitución Política.
- Con relación a la responsabilidad administrativa del funcionario que incumple el régimen de dedicación exclusiva véase el artículo 38 incisos a) y b) de la Ley.
- Respecto del régimen de incompatibilidades véase el artículo 18 de la Ley.
- En cuanto a las actividades que realiza el funcionario público fuera de su jornada ordinaria véase el artículo 3 de la Ley.
- Respecto a los directores y subdirectores generales de los órganos desconcentrados véase el artículo 27 del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función Pública.
- En cuanto a la prohibición del ejercicio liberal de la profesión de los funcionarios de la Contraloría General de la República consúltese el ordinal 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- En cuanto a la prohibición del ejercicio liberal de la profesión de los abogados de las municipalidades puede consultarse el artículo 148 inciso j) del Código Municipal.
- En cuanto a la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión en el caso de auditores y subauditores internos véase el artículo 34 inciso c) de la Ley General de Control Interno.
- Sobre las limitaciones al ejercicio de otras funciones de los jerarcas de los subsistemas de la Administración Financiera puede consultarse el numeral 123 de la Ley de la

Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

- Sobre las actividades realizadas fuera de la jornada laboral véanse las denominadas "Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jerarcas, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República, auditorías internas y servidores públicos en general", resolución N° D-2-2004-CO de las 09:00 horas del 12 de noviembre de 2004, emitida por el despacho de la Contralora General de la República y publicada en el diario oficial La Gaceta N° 228 del 22 de noviembre de 2004.
- En cuanto a la prohibición al ejercicio de la profesión para los directores generales, subdirectores, jefes o subjefes de departamento y de sección de las dependencias de la Administración Tributaria y de los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo, consúltese el ordinal 118 del Código de Normas y Procedimiento Tributarios (Ley N° 4755 del 3 de mayo de 1971)
- Respecto a la compensación económica sobre el salario del personal de la Administración Tributaria sujeto a la prohibición contenida en el numeral 118 del Código de normas y procedimientos Tributarios, véase lo establecido en la Ley de compensación por pago de prohibición (Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975).
- En lo atinente a la prohibición al ejercicio de la profesión de los abogados que fungen como servidores públicos mediante nombramiento en propiedad, dentro del Poder Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República y las municipalidades ver el ordinal 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley N° 8 del 29 de noviembre de 1937).

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 Nº 8422 de conformidad con su numeral segundo (...).
(Oficio Nº 6395 (DAGJ-1469) del 3 de junio de 2005)

Aplicación de la prohibición.

(…) Asimismo y desde el punto de vista de su contenido, debe tomarse en cuenta que la prohibición entraña una limitación a una libertad fundamental, ya que impide el ejercicio de la profesión en el ámbito privado así como en cualquier otra institución pública distinta a la que se labore, rasgo que se pierde de vista cuando se le toma como un mero incentivo económico o se intenta aplicar a cargos públicos sin fundamento legal alguno, pasando por alto la naturaleza restrictiva de la figura y que, tanto su interpretación como aplicación, deben darse en términos igualmente restrictivos. De lo dicho hasta ahora y, por implicar una limitación a una libertad fundamental, se tiene que la prohibición –y su respectiva compensación- corresponden a un régimen legal, de manera que quien ocupe un cargo público tendrá prohibición –sí y solo sí- cuando una norma legal así lo establezca de manera expresa, salvedad hecha de sentencias judiciales definitivas que así pudieran establecerlo y que resultan de obligado acatamiento de conformidad con los artículos 152 y 153 de la Constitución Política. (…) Amén de lo indicado,

no basta la existencia de esa norma legal y que el cargo respectivo se encuentre alcanzado por la prohibición (requisito funcional), ya que también deben verificarse los requisitos académicos y profesionales que correspondan en cada caso, todos los cuales deben cumplirse de manera simultánea como requisito indispensable para que el eventual reconocimiento resulte conforme con el bloque de legalidad. Huelga mencionar, que el reconocimiento de prohibición a un servidor público implica un acto de disposición de recursos públicos, de manera que las Administraciones Públicas incluida su representada desde luego, deben ser especialmente cuidadosas en verificar que los requisitos correspondientes se cumplan a cabalidad, amén de ejercer acciones concretas frente a reconocimientos ilegales, todo esto sin demérito –claro está- de las potestades de fiscalización posterior de esta Contraloría General.(…)Bajo esta tesitura, únicamente quedan comprendidos dentro de la categoría de marras, los puestos de jerarquía máxima administrativa de cada entidad, no así otros puestos -aun siendo de jefatura- que lleven a cabo funciones administrativas en otras áreas, unidades o departamentos diversos, o incluso, en el área administrativa pero que jerárquicamente se encuentren subordinados a esos puestos máximos.(…)Resta mencionar, que la posibilidad de realizar un pago retroactivo de prohibición, se encuentra supeditada a verificar que la prohibición alcance realmente el cargo respectivo (para lo cual debe identificarse una norma legal que así lo establezca de manera puntual) y que la persona que lo ocupe cumpla con los requisitos académicos y de incorporación profesional arriba indicados (…).
(Oficio N°10518 (DJ-0780-2013) del 2 de octubre de 2013)

Cargos públicos sujetos al régimen de prohibición.

(…) a los efectos de determinar si un cargo público en particular se encuentra o no sujeto al régimen de prohibición a que se refiere la Ley No. 8422, se debe utilizar un criterio material y no formal, es decir, el solo hecho de que la nomenclatura utilizada en un órgano u ente público para un cargo público en particular no coincida con el cargo expresamente referenciado en la norma, no implica que el mismo no queda sujeto a dicha prohibición, sino que lo procedente es analizar si resulta posible o no, hacer una asimilación entre ambos, para lo cual necesariamente deberá acreditarse que existe identidad con las características, funciones, labores y responsabilidades inherentes al cargo referenciado. Bajo ese mismo orden de ideas, no podría interpretarse que cualquier cargo público que coincida con la nomenclatura de "director" o "subdirector" se encuentra cubierto por la norma de marras, pues tal y como se señaló anteriormente, para que un cargo de dirección o subdirección se entienda sujeto a la prohibición, debe tratarse del director o subdirector administrativo, del director o subdirector de proveeduría o del director o subdirector general de los órganos desconcentrados. Ahora bien, cabe señalar que esta Contraloría General ha interpretado que también se encuentran incluidos dentro del mencionado régimen de prohibición los directores ejecutivos de las instituciones autónomas, semiautónomas, entidades descentralizadas y empresas públicas, lo anterior en virtud de una asimilación que se puede hacer entre tales cargos y el cargo de "presidente ejecutivo" referenciado en la norma (…).
(Oficio N° 12358 (DAGJ-1413-2006) del 29 de agosto de 2006)

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 Nº 9318 (DAGJ-2228) del 4 de agosto de 2005)

La prohibición como parte del régimen preventivo tendiente a preservar el correcto ejercicio de la función pública.

(…) La Ley contiene -en su capítulo II- un amplio desarrollo del régimen preventivo tendiente a preservar el ejercicio de la función pública de la corrupción, 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). 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 suprema (…).
(Oficio N° 5794 (DJ-2404-2010) del 17 de junio de 2010)

El ejercicio liberal de la profesión como libertad fundamental puede ser objeto de regulación en resguardo del interés público.

(...) 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 prohibición implica una limitación a una libertad fundamental.

(…) Asimismo y desde el punto de vista de su contenido, debe tomarse en cuenta que la prohibición entraña una limitación a una libertad fundamental, ya que impide el ejercicio de la profesión en el ámbito privado labore, rasgo que se pierde de vista cuando se le toma como un mero incentivo económico o se intenta aplicar a cargos públicos sin fundamento legal alguno, pasando por alto la naturaleza restrictiva de la figura y que, tanto su interpretación como aplicación, deben darse en términos igualmente restrictivos. De lo dicho hasta ahora y, por implicar una limitación a una libertad fundamental, se tiene que la prohibición –y su respectiva compensación- corresponden a un régimen legal, de manera que quien ocupe un cargo público tendrá prohibición –sí y solo sí- cuando una norma legal así lo establezca de manera expresa, salvedad hecha de sentencias judiciales definitivas que así pudieran establecerlo y que resultan de obligado acatamiento de conformidad con los artículos 152 y 153 de la Constitución Política. Lo recién indicado tiene una especial relevancia, ya que necesariamente debe identificarse una norma legal que de manera expresa la establezca (…).
(Oficio N° 5834 (DJ-0608-2012) del 14 de junio de 2012) (En similar sentido véase el oficio N° 7854 (DAGJ-1795-2005) del 30 de junio de 2005)

Los servidores públicos tienen la libertad de ejercer de manera privada la profesión que ostentan salvo que estén sujetos a prohibición.

(…) 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, salvo en aquellos casos en que la ley impone la prohibición de dicho 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, tal y como lo ha advertido la Contraloría General en anteriores oportunidades, este tipo de restricción está dirigida a asegurar la prevalencia del interés público sobre cualquier interés privado sea personal o de un tercero. (...) Por lo que, esa prohibición para el ejercicio de las profesiones liberales innegablemente implica una limitación a un derecho fundamental, como lo es la libertad profesional. Por ello, 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 constituye un régimen que impone limitaciones al ejercicio de una libertad fundamental, de ahí que su interpretación necesariamente deba ser de corte restrictivo y por consiguiente, no puede pretenderse extender su aplicación a situaciones que no se encuentran cubiertas por la ley que la regula. Lo recién indicado tiene una especial relevancia, ya que necesariamente debe existir una norma legal que de manera expresa establezca dicha limitación (así como también el reconocimiento económico respectivo), y en ese sentido pueden citarse –entre otras- la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Compensación Económica sobre el Salario Base de Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública, la Ley General de Control Interno, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el Código de Normas y Procedimientos Tributarios (…).
(Oficio N° 7943 (DJ-584-2013) del 1 de agosto de 2013)

La prohibición no es un incentivo salarial sino una restricción a un derecho fundamental.

(…) En el marco de lo indicado en el apartado anterior, importa tener presente que la prohibición ejercicio liberal de la profesión, constituye una restricción impuesta legalmente a quienes ocupen determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación completa del servidor a las labores y responsabilidades públicas que le han sido encomendadas y evitar que su interacción con el ámbito privado ponga en riesgo su atención efectiva, merced al surgimiento -real o potencial- de conflictos de intereses.(...)Asimismo y desde el punto de vista de su contenido, debe tomarse en cuenta que la prohibición entraña una limitación a una libertad fundamental, habida cuenta que impide el ejercicio de la profesión en el ámbito privado, rasgo que se pierde de vista cuando se le toma como un mero incentivo económico o se intenta aplicar a cargos públicos sin fundamento legal alguno, pasando por alto la naturaleza restrictiva del instituto y que tanto su interpretación, como aplicación, deben darse en términos igualmente restringidos. De lo dicho hasta ahora y por implicar una limitación a una libertad fundamental, se tiene que la prohibición –y su respectiva compensación- corresponden a un régimen legal, de manera que quien ocupe un cargo público tendrá prohibición –sí y solo sí- cuando una norma legal así lo establezca de manera expresa, salvedad hecha de sentencias judiciales definitivas que así pudieran establecerlo y que resultan de obligado acatamiento, de conformidad con los artículos 152 y 153 de la Constitución Política (…).
(Oficio N° 1074 (DJ-0141-2010) del 7 de febrero de 2010)

Concepto de prohibición.

(...) que la prohibición al ejercicio liberal de la profesión constituye, una restricción impuesta legalmente a quienes ocupen determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación completa del servidor a las labores y responsabilidades públicas que le han sido encomendadas, evitando que su interacción con el ámbito privado ponga

en riesgo su atención efectiva, merced al surgimiento de conflictos de intereses reales o potenciales (…).
(Oficio N° 5834 (DJ-0608-2012) del 14 de junio de 2012)

Sobre el ejercicio de la profesión liberal y sus limitaciones.

(…) aun y cuando el ejercicio a la profesión liberal, es reconocida como una libertad jurídica a nivel constitucional, lo cierto del caso es que ningún derecho fundamental es irrestricto y por tanto, está sujeto a límites y limitaciones, entendiendo por los primeros aquellas fronteras propias del contenido de cada derecho que impiden otorgarle a aquel una mayor amplitud de la que le corresponde, mientras que las segundas son obstáculos o restricciones al contenido de los derechos fundamentales que vienen impuestas por el ordenamiento jurídico para todos o algunos. Las limitaciones a los derechos fundamentales solamente pueden imponerse por medio de una norma con rango de ley -en sentido formal y material-, en virtud del Principio de Reserva de Ley que se impone en esta materia; y la justificación de la existencia de limitaciones al ejercicio de la actividad profesional -y en general a otros derechos fundamentales- reside en la no afectación a terceros, la protección de la moral y el orden público (Artículo 28 de la Constitución Política). De especial interés -en lo referente al tema de limitaciones a los derechos fundamentales- resulta ser el ordinal 19 de la Ley General de la Administración Pública que dispone, en lo que nos interesa, que: "1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes. 2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia." Es decir, la norma claramente desarrolla el contenido del principio de reserva de ley confirmando que las limitaciones a las garantías y libertades constituciones solamente pueden realizarse válidamente a través de la ley, prohibiéndose expresamente regular esa materia a través de reglamentos autónomos. Una de las limitaciones, constitucionalmente válidas, al ejercicio liberal de la profesión es la prohibición que estable el artículo 14 de la Ley (…).
(Oficio N° 5655 (DJ-0432-2014) del 10 de junio de 2014)

Definición de profesión susceptible de ser ejercida de manera liberal.

(…) esta División ha señalado en varios de sus pronunciamientos que 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. La prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, entraña una limitación a la libertad individual, de lo cual se deriva como lógica consecuencia, que tanto su lectura como su aplicación deben darse de manera restrictiva. Debe tomarse en cuenta, que la prohibición de mérito impide el desempeño de todas las profesiones que posea la persona, lo anterior pese a que la profesión respectiva no haya sido o sea requisito para el ejercicio del cargo respectivo (…).
(Oficio N° 11543 (DAGJ-1335-2006) del 15 de agosto de 2006)

Objetivo de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión.

(...) 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-2228-2005) 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 Nº 7176 (DAGJ-1680) del 20 de junio de 2005) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 489 (DAGJ-91) del 10 de enero de 2006) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 9874 (DAGJ-2370) del 16 de agosto de 2005)

Un funcionario podría dedicarse a otro tipo de actividad privada fuera de su horario de trabajo, siempre que esa actividad comercial no involucre en modo alguno el ejercicio de la profesión.

(…) Ahora bien, teniendo claro que el régimen lo que impide es ejercer liberalmente la profesión, restaría por analizar el asunto consultado, cual es si un funcionario, fuera de su horario de trabajo en ese Centro Cultural, podría dedicarse a otro tipo de actividad privada como la que se menciona en su consulta que es abrir una boutique. En cuanto al supuesto de que se trate del ejercicio de una actividad comercial, debemos señalar que si ese desempeño

implica una actuación que no involucre en modo alguno el ejercicio de la profesión, no veríamos que se configure una lesión al régimen de prohibición señalado. Por el contrario, podría generarse una posible violación al régimen de prohibición en caso que con esa actividad comercial deba ejercer o contar con la profesión que ya ejercer en la Administración bajo el régimen de prohibición, es decir, que la facilidad para ejercer esa actividad comercial se haya dado atendiendo específicamente a que cuenta con determinado grado académico, pues bajo tal hipótesis pareciera que el desempeño de esa actividad requeriría precisamente de su ejercicio profesional, lo que estaría prohibido en razón del régimen comentado. Por otra parte, tratándose de algún otro tipo de empleo, lo prohibido sería únicamente el ejercicio profesional, de tal suerte que si el funcionario en su tiempo libre ocupara algún otro tipo de empleo privado desempeñando labores técnicas, manuales, comerciales, etc., que nada tengan que ver con su grado profesional, igualmente se trataría de actividades personales privadas que el régimen de prohibición no podría impedirle realizar, en ejercicio de sus derechos fundamentales (…).
(Oficio N° 7943 (DJ-0584-2013) del 1 de agosto de 2013)

La prohibición no es renunciable.

(...) 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 Nº 6396 (DAGJ-1470-2005) del 3 de junio de 2005)

Requisitos de configuración.

(...) 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 Nº 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 Nº 3790 (DAGJ-854) del 5 de abril de 2005)

La ocupación y desempeño interino de un cargo alcanzado por 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 Nº 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 Nº 10443 (DAGJ-2518) del 26 de agosto de 2005)

Posibilidad que un funcionario público afectado por prohibición pueda desempeñarse en otros cargos habiéndosele concedido un permiso sin goce de salario.

(…) En muchas ocasiones la Administración Pública debe 'mover' a sus servidores de un puesto a otro con el objeto de solventar algunas necesidades, o atender algunos requerimientos específicos durante un periodo de tiempo determinado. Esa movilización temporal es un fenómeno muy usual dentro de las instituciones públicas y para realizarla, generalmente se echa mano de las figuras de 'traslado', 'permuta' o 'reubicación'. Si bien, las anteriores figuras son las que normalmente se aplican para mover a un funcionario de un puesto a otro, ello no es óbice para que puedan darse casos como los que se exponen en esta consulta, donde el funcionario pida un permiso sin goce de salario para ejercer otro cargo. La prohibición al ejercicio liberal de la profesión no es un plus salarial, como erróneamente algunos la han tratado de entender -si bien- se otorga una suma de dinero que se ve reflejada en el salario del funcionario, la naturaleza de ese monto pecuniario es indemnizatoria, razón por la cual no se le puede tratar como un incentivo-. Esta restricción a derechos fundamentales, surge de una relación particular que tienen determinados servidores públicos con el Estado y cuyos objetivos son: primero, evitar posibles conflictos de intereses, entre las labores que realice la persona en el sector público y en el ámbito privado; y segundo, que el funcionario público se dedique completamente a su función, abstrayéndose de otras actividades -sean del sector público o del privado- que puedan comprometer la dedicación que debe primar en el ejercicio de su cargo. (…) De ahí que es importante aclarar, para los efectos de esta consulta que la imposibilidad de ejercer cargos públicos radica en el ejercicio simultáneo de aquellos, mientras que la imposibilidad de laborar en el sector privado es absoluta. En efecto, en ese sentido conviene dilucidar que el impedimento debe ser entendido en cuanto al ejercicio simultáneo de esos cargos públicos, pues pensar que la limitación es absoluta significaría que el servidor en cuestión sería inamovible del cargo que ocupa y por ello no podría ejecutar temporalmente otras funciones o cargos necesarios para la buena administración del ente o del órgano al que presta sus servicios. (…) Bajo esa inteligencia, podemos concluir que un funcionario cuyo cargo en propiedad se encuentra afectado por el régimen de prohibición sí puede ser nombrado en otro puesto de la misma institución o de otra distinta por un tiempo determinado. Sin embargo, deberá la Administración cerciorarse si corresponde indemnizarlo o no por la limitación al ejercicio liberal de la profesión que dependerá de si el puesto nuevo se encuentra o no también afectado al indicado régimen y si está prevista dicha compensación económica en ese supuesto (…).
(Oficio N° 5655 (DJ-0432-2014) del 10 de junio de 2014)

Situación del funcionario que recibe por recargo funciones de un titular que se encuentra sujeto a prohibición.

(…) Ha sido criterio de esta Contraloría General, que en el supuesto señalado no resulta posible hacer el pago de prohibición a un funcionario que asume funciones de recargo de un titular afecto a la prohibición establecidas en el cardinal 14 de la Ley N° 8422, toda vez que aquel carece del elemento funcional, que analizamos en el acápite primero. En efecto, recordemos que dentro de los requisitos que se establecen para el pago de prohibición al ejercicio liberal de la profesión está el funcional, según el cual, el funcionario debe ostentar uno de los cargos

que expresamente contemplados en la normativa. El funcionario que asume por recargo, no está ejerciendo un puesto o cargo afectado a prohibición -como si sucedería en caso de una sustitución o suplencia- sino que además de las funciones propias de su cargo, ejecuta otras de forma simultánea, en aras de brindar un mejor servicio público, continuo y eficiente. (…) Así las cosas, la respuesta en este punto es negativa, ya que el funcionario que asume por recargo otras tareas no cumple con el requisito funcional para la procedencia del pago de prohibición al ejercicio liberal de la profesión (…).
(Oficio N° 5655 (DJ-0432-2014) del 10 de junio de 2014)

Pérdida de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión.

(…) en el hipotético caso que se nos consulta donde un funcionario público desempeña un puesto sujeto a prohibición y es reubicado o trasladado a otro cargo (o puesto) que no está cubierto por tal prohibición, el criterio del despacho es que no se le debe pagar prohibición. Esto en virtud de un sencillo razonamiento a partir de los requisitos ya analizados: el funcionario que se reubica aún mantiene la profesión que estudió (requisito académico) y se mantiene incorporado en su colegio profesional (requisito profesional); sin embargo, su nuevo puesto no está afectado por el régimen de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión. De ahí que en ausencia de uno de los requisitos esenciales (requisito funcional) no resulta posible aplicarle la prohibición y consecuentemente tampoco podría pagársele monto indemnizatorio alguno, pues aquel podría ejercer su profesión después de finalizada su jornada laboral y siempre que no se encuentre afectado por alguna otra prohibición derivada de otra norma imperativa. Más sencillo, un funcionario público estará sujeto al régimen de prohibición al ejercicio liberal de la profesión cuando converjan los tres requisitos a los que hemos hecho alusión y se pagará la prohibición cuando así lo disponga la norma legal; por otro lado, dejará de existir la prohibición y por ende se deja de pagar el monto indemnizatorio, si se traslada o reubica -entendiéndose tales conceptos en el sentido de que ha pasado a ocupar otro puesto o cargo y no en el sentido técnico que otros órganos especializados en materia de función pública le pudieran otorgar- al funcionario en algún puesto o cargo que no esté expresamente cubierto por régimen de prohibición alguno (pérdida de requisito funcional).
(Oficio N° 11560 (DJ-850-2013) del 24 de octubre de 2013)

Suspensión de la prohibición.

(…) Por otro lado, una vez que se identifica que un determinado funcionario público está sujeto a la prohibición establecida en el ordinal 14, aquella resulta irrenunciable y no se suspende mientras el sujeto siga vinculado con la administración en virtud del cargo o puesto que ocupe. (...)Excepcionalmente podría suspenderse cuando un funcionario público, afectado por la prohibición, solicita a la Administración un permiso sin goce de salario para ocupar otro puesto o cargo dentro del sector público que no esté afectado por la prohibición al ejercicio de la profesión. Evidentemente, en ese supuesto se dejaría de ostentar -aunque sea temporalmente- el requisito funcional, por lo que el servidor público no se encontraría inmerso dentro del régimen de prohibición y consecuentemente tampoco tendría derecho a recibir indemnización alguna; lo anterior sin perjuicio de las incompatibilidades éticas que pudieran existir en cada caso particular y que podrían ocasionar algún choque de interés en relación al cargo que anteriormente ocupaba el servidor público, respecto al nuevo puesto en el que se desempeña. Recordemos que el permiso por su propia naturaleza es una tolerancia concedida unilateralmente por la Administración Pública, en exclusivo interés del permisionario, que en virtud de su precariedad resulta esencialmente revocable mediante el ejercicio de una facultad discrecional sin generar derecho a una indemnización. Por tal razón, el permiso sin goce de salario, viene a ser una excepción en virtud de la cual un funcionario que presta sus servicios en una institución pública y que está sujeto a la prohibición del ejercicio liberal de su profesión puede trasladarse a otro órgano o ente del sector público para laborar en otro puesto o cargo (…).
(Oficio N° 11560 (DJ-850-2013) del 24 de octubre de 2013)

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 Nº 9874 (DAGJ-2370) del 16 de agosto de 2005)

Los sujetos alcanzados por la prohibición no necesariamente deben rendir también declaración jurada de bienes 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 Nº 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 Nº 8299 (DAGJ-1961) del 11 de julio de 2005) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 6722 (DAGJ-1531) del 10 de junio de 2005)

Diferencia entre dedicación exclusiva y prohibición.

(…) En cuanto a la dedicación exclusiva, conviene de previo recordar que, ésta a diferencia del régimen de prohibición no es impuesta por una ley sino que es de naturaleza contractual dado que surge por el acuerdo de voluntades entre la administración y el funcionario a efectos de lograr una mayor eficiencia en el servicio público (…).
(Oficio N° 29 (DJ-0014-2010) del 5 de enero de 2010)(En similar sentido véanse los oficios N° 7630 (DAGJ-1751-2005) del 28 de junio de 2005 y N° 8305 (DAGJ-1118-2008) del 13 de agosto de 2008)

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 Nº 7854 (DAGJ-1795) del 30 de junio de 2005) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 2377 (DAGJ-506) del 1º 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 Nº

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 Nº 2375 (DAGJ-505) del 1º de marzo de 2005) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 8939 (DAGJ-2115) del 26 de julio de 2005) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 8768 (DAGJ-2086) del 21 de julio de 2005)

Aplicación de la prohibición en caso de existir un contrato de dedicación exclusiva.

(…) En cuanto a esta interrogante, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, independientemente del régimen de prohibición que vino a establecer la Ley Nº 8422 para determinados puestos del sector público, es evidente que si un funcionario de la CCSS o de cualquier otra institución ha suscrito un contrato de dedicación exclusiva con la Administración, legalmente está impedido para ejercer liberalmente la profesión, toda vez que el objeto de tal contrato es justamente establecer la obligación y el compromiso del servidor de ejercer su profesión únicamente para la institución en la cual labora, de ahí que no puede dedicarse a labores profesionales en forma liberal. Justamente como compensación económica por esa dedicación exclusiva es que en el contrato respectivo se pacta expresamente el monto del plus salarial con el cual se verá retribuida tal limitación, de ahí que resulta más que evidente que el profesional sometido a este régimen no puede continuar con un ejercicio liberal de la profesión, pues lo contrario significaría no sólo una violación a las obligaciones del contrato, sino un enriquecimiento incausado, al estar percibiendo un pago estando ausente el motivo para recibirlo (…).
(Oficio N° 8768 (DAGJ-2086-2005) 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 exige la observancia de las garantías del debido proceso legal.

(...) en atención a las inquietudes planteadas por esa unidad de auditoria 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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.

(…) 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 Nº 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 currículo 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 aun 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 prohibición no dispensa la observancia necesaria del deber de probidad, imparcialidad y evitar la realización de actividades capaces de generar conflictos de intereses.

(...) 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 aun 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)

Descartar la aplicación de la prohibición con relación a un cargo determinado al amparo de la Ley 8422, 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 suspensión con goce de salario de un funcionario cubierto por la prohibición, subsiste tanto el pago de la compensación 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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)

ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

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 el listado).

(...) la lista de cargos referenciados en los artículos 14 de la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 10771 (DAGJ-2555) del 25 de agosto de 2005) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 6343 (DAGJ-669) del 18 de junio de 2007)

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.

(...) aun 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 Nº 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 Nº 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)

El análisis respecto a la aplicación del régimen de prohibición corresponde a cada Administración.

(...) corresponde a la Administración consultante el análisis respectivo de cada caso concreto, que aunque es de índole taxativo, puede verse lo dicho por este órgano contralor, tomando en cuenta la diversidad de nomenclaturas de cargos, puestos y estructuras orgánicas existentes en el sector público, se reconoce la posibilidad que en una entidad determinada, exista un cargo que pese a no coincidir en su nomenclatura con la utilizada en las normas de mérito, dadas sus funciones, tareas y responsabilidades, su ocupante se encuentre alcanzado por la prohibición al ejercicio de profesiones liberales. (...) Nótese que esa sujeción a la prohibición se plantea en términos potenciales y no definitivos, pues es la Administración y no la Contraloría General, quien tiene que llevar a cabo esa determinación, sin pasar por alto que, tal y como lo ha señalado este órgano contralor de manera reiterada, para que la prohibición pueda ser compensada económicamente se requiere, además de desempeñar uno de los cargos públicos alcanzados (requisito funcional), cumplir con los requisitos académicos y profesionales que correspondan en cada caso. En ese sentido, los requisitos académicos y de incorporación profesional deben ser analizados a luz de las particularidades de la rama del conocimiento que se trate, ya que existen profesiones cuyo ejercicio demanda un grado académico específico que podría ser insuficiente para otras, y profesiones en las cuales la colegiatura no es obligatoria o del todo no existe incorporación, todo lo cual habrá de examinarse frente a cada caso específico (…).
(Oficio N° 531 (DJ-38-2012) del 25 de enero de 2012) (En similar sentido véase el oficio N°5834 (DJ-0608-2012) del 14 de junio de 2012)

Cada Administración es la llamada a verificar el cumplimiento de los requisitos asociados con la prohibición.

(…) Nótese que esa sujeción a la prohibición se plantea en términos potenciales y no definitivos, pues es la Administración y no la Contraloría General, quien tiene que llevar a cabo esa determinación, sin pasar por alto que, tal y como lo ha señalado este órgano contralor de manera reiterada, para que la prohibición pueda ser compensada económicamente se requiere, además de desempeñar uno de los cargos públicos alcanzados (requisito funcional), cumplir con los requisitos académicos y profesionales que correspondan en cada caso. En ese sentido, los requisitos académicos y de incorporación profesional deben ser analizados a luz de las particularidades de la rama del conocimiento que se trate, ya que existen profesiones cuyo ejercicio demanda un grado académico específico que podría ser insuficiente para otras, y profesiones en las cuales la colegiatura no es obligatoria o del todo no existe corporación, todo lo cual habrá de examinarse frente a cada caso específico (…).
(Oficio N° 1954 (DJ-0126-2013) del 22 de febrero de 2013) (En igual sentido véase el oficio N° 1957 (DJ-0206-2012) del 28 de febrero de 2012)

Es responsabilidad de cada Administración determinar cuáles de sus funcionarios están sujetos a prohibición.

(…) importa agregar que la definición del ámbito de aplicación subjetivo de la prohibición, es decir, determinar cuáles son los servidores alcanzados por tal restricción, es un aspecto que compete y es responsabilidad exclusiva de cada Administración, ejercicio que implica tener por acreditado que los funcionarios respectivos cumplen los requisitos funcionales, académicos y profesionales que correspondan según el caso, pues en caso contrario pagos eventuales de prohibición que lleguen a darse en tales condiciones podrían generar responsabilidad administrativa e incluso penal. De igual manera, tener certeza de la legalidad de los contratos y los pagos por concepto de dedicación exclusiva, actuales o futuros de funcionarios de

dicha corporación municipal, es un extremo que compete a esta última bajo su exclusiva responsabilidad (…).
(Oficio N° 8709 (DJ-0659-2013) del 22 de agosto de 2013)

La conformación de los servidores sujetos a prohibición debe darse siguiendo los parámetros normativos establecidos en la Ley 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 Nº 8422) por autorizar un pago en contravención a lo dispuesto en ese cuerpo normativo. (…) Siempre sobre ese particular, 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 Nº 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 Nº 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)

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 Nº 7854 (DAGJ-1795) del 30 de junio de 2005)

Aplicación de la prohibición a los magistrados suplentes.

(…) de la lectura del numeral 14 de la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 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-2009-2005) del 13 de julio de 2005)

Aplicación de la prohibición a los Alcaldes Municipales. 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 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 Nº 8292 del 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 auditoria 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 jerarcas de las auditorias, es decir, el auditor y subauditor internos (...).
(Oficio Nº 11498 (DAGJ-2722) del 12 de setiembre) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 2375 (DAGJ-505) del 1 de marzo de 2005 y Nº 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 jerarcas 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) (En igual sentido puede verse el oficio N° 4698 (DJ-0533-2012) del 24 de mayo de 2012)

La referencia a contralores y subcontralores internos corresponde en estricto a cargos de auditoria interna.

(...) 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 Nº 16090 (DAGJ-3421) del 14 de diciembre de 2004)

Reconocimiento de prohibición a los contadores privados.

(…) el hecho de desempeñar uno de los cargos referenciados en las normas de cita, no basta por sí solo para determinar la aplicación de la prohibición, toda vez que las disposiciones atinentes de la Ley Nº 8422 y de su Reglamento Ejecutivo, parten del supuesto que las personas que ocupan tales cargos, cuentan con un título académico que los acredita como profesionales en determinada rama del conocimiento, de manera tal que en ausencia de esta condición, tanto la aplicación de la prohibición como el pago de la retribución económica resultan jurídicamente improcedentes.(…)Ahora bien en torno al concepto de profesión y la eventual incorporación a un colegio o corporación profesional determinada cuando así corresponda, tal y como lo ha indicado la Contraloría General, debe tenerse un especial cuidado de advertir las particularidades de cada caso concreto, pues además de atender las características específicas que pueden tener las distintas ramas del conocimiento, en nuestro ordenamiento se detecta la presencia de normas jurídicas que catalogan como profesionales a quienes se desempeñen en algunas de estas ramas, lo anterior pese a no contar con un título académico superior universitario. (…) Ahora bien, bajo el mandato de la nueva Ley Nº 8422, como regla de principio tampoco le corresponde el pago del 65% sobre el salario base a aquellos funcionarios que no poseen un grado académico superior universitario que les permita el ejercicio liberal de la profesión de que se trate. No obstante, 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 (…).
(Oficio N° 9055 (DAGJ-2149-2005) del 28 de julio de 2005)

Cargos públicos sujetos a 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 Sub Jefe de la Proveeduría Institucional. Ahora bien, esclarecido el tema del ámbito de aplicación subjetiva de la norma, resulta necesario señalar 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° 6762 (DAGJ-1550-2005) del 10 de junio de 2005) (En similar sentido véase el oficio N° 2786 (DAGJ-0582-2005) del 8 de marzo de 2005)

Categorías de Directores y Subdirectores.

(…) Como se puede desprender de las normas transcritas, y para los efectos de la consulta que ahora nos ocupa, existen tres supuestos que eventualmente podrían cubrir un cargo de "director" o de "subdirector". Así, un primer caso, sería el de directores y subdirectores a nivel administrativo, un segundo supuesto sería el de los directores o subdirectores (jefes o encargados) de las proveedurías del sector público, y un último escenario estaría conformado por los directores y subdirectores generales de los órganos desconcentrados. De tal manera, que la normativa de marras no cubre a cualquier puesto de "dirección o subdirección" que se desempeñe en la Administración Pública, sino que por el contrario, únicamente se incluyen a aquellos puestos relacionados con la función administrativa, de proveeduría o, de mayor jerarquía en el caso de los órganos desconcentrados. Ahora bien, resulta importante aclarar

que una interpretación literal de lo dispuesto por artículo 14 de la Ley No. 8422 en cuanto a que: "No podrán ejercer profesiones liberales (...) así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público" podría llevar a confusión en cuanto al espíritu del legislador, por cuanto los directores y subdirectores de departamento están referidos exclusivamente a las proveedurías y no a cualquier otra dependencia (…).
(Oficio N° 9023 (DAGJ-2139-2005) del 28 de julio de 2005) (En similar sentido véase el oficio N° 9505 (DAGJ-2270-2005) del 9 de agosto de 2005)

Categoría de directores administrativos.

(…) 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 –director y subdirector o sus equivalentes–, pero relativos a la función administrativa, por lo que bajo esa tesitura 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 podrían existir 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. 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° 484 (DAGJ-88-2006) del 10 de enero de 2006) (En similar sentido véase el oficio Nº7854-2005 (DAGJ-1795-2005) del 30 de junio de 2005)

Supuestos que podría cubrir un cargo de director o subdirector.

(…) para los efectos de la consulta que ahora nos ocupa, existen tres supuestos que eventualmente podrían cubrir un cargo de 'director' o de 'subdirector'. Así, un primer caso, sería el de directores y subdirectores a nivel administrativo, un segundo supuesto sería el de los directores o subdirectores (jefes o encargados) de las proveedurías del sector público, y un último escenario estaría conformado por los directores y subdirectores generales de los órganos desconcentrados. De tal manera, que la normativa de marras no cubre cualquier puesto de 'dirección o subdirección' que se desempeñe en la Administración Pública, sino que por el contrario, únicamente se incluyen a aquellos puestos relacionados con la función administrativa, de proveeduría o, de mayor jerarquía en el caso de los órganos desconcentrados. Ahora bien, resulta importante aclarar que una interpretación literal de lo dispuesto por artículo 14 de la Ley No. 8422 en cuanto a que: 'No podrán ejercer profesiones liberales (...) así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público' podría llevar a confusión en cuanto al espíritu del legislador, por cuanto los directores y subdirectores de departamento están referidos exclusivamente a las proveedurías y no a cualquier otra dependencia (…).
(Oficio N° 484 (DAGJ-88-2006) del 10 de enero de 2006) (En similar sentido véase el oficio N° 8212 (DAGJ-1935-2005) del 7 de julio de 2005)

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

(...) 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 Nº 7176 (DAGJ-1680) del 20 de junio de 2005) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 7854 (DAGJ-1795) 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 les 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)

Directores y subdirectores generales de órganos desconcentrados.

(…) Ahora bien, siempre con relación a esa referencia a 'los directores y subauditores generales de los órganos desconcentrados' -la cual pretende sujetar a prohibición a los cargos máximos jerárquicos de los órganos desconcentrados-, y producto de esa descripción -si se quiere- en términos genéricos, cada Administración (en este caso SETENA) debe determinar, en primer término, si ésta constituye –o no- un órgano desconcentrado. Luego, si así lo fuera y como bien lo planteó el Departamento Legal en el oficio N° AJ- 0027-2012-SETENA, debe examinarse si las labores, atribuciones y responsabilidades del puesto que se trate (por ejemplo el Secretario General de SETENA) encuadran –o no- con la categoría de interés, al punto de tener certeza

que ese cargo –aun con una nomenclatura diversa- corresponde al puesto máximo jerárquico de un órgano desconcentrado. Así las cosas, según el resultado que arroje el examen anterior, la Administración podrá determinar si el reconocimiento de prohibición resulta o no procedente. Para tal efecto, no debe perderse de vista que en los términos arriba indicados, se requiere el cumplimiento no solo del requisito funcional (desempeño de uno de los cargos alcanzados por tal limitación), sino también los requisitos académicos y profesionales que correspondan según el caso (…).
(Oficio N° 755 (DJ-66-2012) del 27 de enero de 2012)

Aplicación de la prohibición al Director y Subdirector del Centro Nacional de la Música.

(…) En el caso de marras, nos encontramos frente al supuesto del Coro Sinfónico Nacional, el cual, de conformidad con lo establecido por el artículo 3 de la Ley de Creación del Centro Nacional de la Música, No. 8347, del 19 de febrero de 2003, es una unidad técnica especializada del Centro Nacional de la Música, el cual por su parte, ostenta la naturaleza jurídica de un órgano de desconcentración mínima del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes. 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 Nº 7873 (DAGJ-1811-2005) del 30 de junio de 2005)

Aplicación de la prohibición a los directores médicos de Hospitales, Clínicas y Áreas de Salud de la CCSS desconcentrados al amparo de la Ley Nº 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 Nº 7852, se encuentran cubiertos por la prohibición de marras. Concretamente debe advertirse que de conformidad con el artículo 7º del Reglamento a la Ley Nº 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 Nº 7852 y no de otras normas infralegales (...).
(Oficio Nº 7471 (DAGJ-1737) del 24 de junio de 2005) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 7639 (DAGJ-1757) del 28 de junio de 2005 y Nº 7872 (DAGJ-1810) del 30 de junio de 2005)

La referencia a directores y subdirectores administrativos exclusivamente 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 Nº 6398 (DAGJ-1471) del 3 de junio de 2005) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 9054 (DAGJ-2148) del 28 de julio de 2005)

En cuanto a los directores y subdirectores administrativos la extensión de su cobertura abarca a 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 Nº 10443 (DAGJ-2518) del 26 de agosto de 2005)

Prohibición aplicable a Directores Ejecutivos, Subdirectores Ejecutivos, Gerentes y Subgerentes.

(…) la norma de marras no contempla la prohibición para el cargo de "subdirector ejecutivo", sino únicamente para el caso de los "directores ejecutivos", en el tanto puedan ser asimilados a los "presidentes ejecutivos" a que se refiere el artículo, pero ello únicamente con respecto a las entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas. Por otra parte, en lo que atañe a los cargos de "gerente" y "subgerente", es preciso tomar en cuenta que el artículo 27 del Reglamento a la Ley No. 8422 vino a delimitar que únicamente se encuentran cubiertos por el régimen de prohibición, los gerentes generales y los gerentes y subgerentes que orgánicamente dependan de éstos. Así las cosas, al igual que sucede con los cargos de "directores y subdirectores" a que hicimos referencia anteriormente, no cualquier cargo de "gerencia" resulta cubierto por la norma de marras, sino que únicamente recaería la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales sobre los cargos de la gerencia general y de las gerencias y subgerencias que orgánicamente dependan de ésta, de las empresas públicas, instituciones autónomas, semiautónomas, entidades descentralizadas, y de aquellos otros entes u órganos de la Administración Pública que contemplen dentro de su estructura organizativa las nomenclaturas mencionadas. De tal manera, que el solo hecho de que en una determinada institución existan cargos públicos que se denominen "gerente" o "subgerente", no implica necesariamente la aplicabilidad del mencionado régimen de prohibición, sino que debe estarse ante una estructura administrativa que se encuentre organizada con una gerencia general, y en su caso, ciertos gerentes o subgerentes que orgánicamente dependan de esa gerencia general (…).
(Oficio N°12358 (DAGJ-1413-2006) del 29 de agosto de 2006)

Funcionario cubierto por prohibición puede ser miembro de una junta directiva de una empresa que pertenece a la misma entidad en la que no devenga dietas.

(…) Partiendo de un supuesto en el que una persona cuenta con prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, en lo que toca al artículo 14 de la Ley Nº 8422, pareciera que el ser miembro de una junta directiva de una empresa que pertenece a la misma entidad en la que presta sus servicios, no representa ninguna lesión a la norma antes relacionada. Asimismo partiendo de la base que este desempeño como miembro de una junta directiva de una empresa (entendemos aquí una empresa pública), no trae consigo una remuneración para el funcionario alcanzado por prohibición, además de no estar frente a un desempeño simultáneo de cargos públicos remunerados salarialmente al tenor del párrafo primero del artículo 17 de la Ley Nº 8422, habría que descartar también una eventual afectación a las restricciones establecidas en el párrafo cuarto de dicho numeral, pues si bien se trataría de una persona que ya cuenta con un cargo público remunerado salarialmente, ésta no estaría devengando dietas como miembro de una junta directiva perteneciente a un ente de la Administración Pública, de lo cual en todo caso –y en virtud de la reciente modificación legal publicada en el diario oficial La Gaceta Nº 99 del 24 de mayo de 2005-, resultaría imposibilitada únicamente cuanto exista superposición horaria entre su jornada laboral y las sesiones de junta directiva (…).
(Oficio N° 7154 (DAGJ-1675-2005) del 20 de junio de 2005

Pago de prohibición a gerentes y sub-gerentes.

(…) La consultante pregunta si los gerentes que dependen orgánicamente de la Gerencia General se encuentran sujetos a la prohibición referida en el artículo 14 de la Ley N° 8422. A efectos de dar respuesta a la interrogante, debemos remitirnos a lo dispuesto por el ordinal 27 del reglamento a la ley N° 8422, norma de aplicación y la cual resulta sumamente clara al disponer que están cubiertos por el régimen de prohibición "los gerentes generales y los gerentes y subgerentes que orgánicamente dependan de éstos". Así las cosas, es la propia institución consultante la que debe verificar si esos "gerentes de área" a los que hace alusión en su consulta, verdaderamente dependen o no de algún gerente general. En caso afirmativo deberá la institución aplicar literalmente lo establecido en el numeral 27 del reglamento a la Ley N° 8422. En caso de que aquellos no dependan orgánicamente de una gerencia general, no estarían sujetos al régimen de prohibición, salvo que la propia administración determine que en virtud de las competencias que les son asignadas, esas gerencias en realidad tienen funciones de gerencia general, sin importar la nomenclatura que se les haya dado (…).
(Oficio N° 5655 (DJ-0432-2014) del 10 de junio de 2014)

Sobre el reconocimiento de prohibición a la categoría de jefe de departamento.

(…) Resulta de capital importancia indicar que la prohibición establecida en el artículo anterior tiene como destinatarios exclusivos a los funcionarios que ocupan la lista taxativa de puestos que indica el numeral citado. En efecto, la norma transcrita resulta ser una limitación legal al ejercicio de un derecho fundamental que como tal debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio hermenéutico de asidero constitucional, denominado "in dubio pro libertate". Bajo esa línea de pensamiento, es importante recalcar que ha sido criterio reiterado de este órgano fiscalizador de la Hacienda Pública que, por la vía de interpretación normativa, no es posible incluir otros puestos diferentes a los que expresamente establece el articulado, salvo que el cargo guarde identidad con las características, funciones, labores y responsabilidades inherentes a uno de los puestos incorporados en dicho listado y que por aspectos propios de la nomenclatura utilizada por el ente u órgano tenga una denominación jurídica diferente. (…) Bajo esa línea de pensamiento, si un funcionario ocupa alguno de los cargos a los que hace alusión el artículo 14 de la Ley 8422, no podrá ejercer la profesión o profesiones liberales que ostente, pese a que no sea aquella requisito indispensable para ejercer el puesto que ocupa en el ente u órgano de la Administración Pública, y en virtud de esa limitación a ese derecho fundamental es que el ordinal 15 de ese mismo cuerpo normativo otorga una indemnización de un 65% que se calcula sobre el salario de servidor público afectado, con el objeto de paliar las consecuencias adversas que pueda sufrir con ocasión a la limitación de esa libertad fundamental. En el caso

que nos ocupa, resulta importante advertir que el ordinal 14 de la Ley N° 8422 no prohíbe a los jefes de departamentos, áreas o procesos, ejercer libremente su profesión; regla cuya única excepción recae en los jefes -o titulares- de proveeduría. En efecto, los jefes de las proveedurías de toda la Administración Pública y de las empresas públicas están afectos a la prohibición del ejercicio liberal de la profesión. Así está dispuesto en la norma indicada en el párrafo anterior y está más claramente señalado en el numeral 27 del reglamento a la Ley N° 8422 (…) Así las cosas, debemos destacar que cualquier otro puesto administrativo de jefatura, como podrían ser a nivel financiero, legal, de recursos humanos, etc. quedaría excluido del régimen de prohibición establecido en el ordinal 14 de la Ley N° 8422 y del artículo 27 de su reglamento, toda vez, que tales puestos no están contemplados en la normativa señalada. No obstante lo anterior, es importante dejar claro a la consultante que ha sido criterio reiterado de nuestra parte, afirmar que son las autoridades de cada Administración -y no este Órgano Contralor-, a quienes les corresponde, bajo su exclusiva y entera responsabilidad, determinar, en cada caso, cuáles de sus funcionarios se encuentran cubiertos o no por dicha restricción (…).
(Oficio N° 5655 (DJ-0432-2014) del 10 de junio de 2014)

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.

(...) 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 afectos 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)

En lo que a las proveedurías la prohibición se extiende a sus titulares en todo el Sector Público.

(…) 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)

Tratándose de las proveedurías del Sector Público la prohibición resulta extensiva a todos los 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 Nº 8213 (DAGJ-1936) del 7 de julio 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 Nº 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 Nº 10421 (DAGJ-2506) del 26 de agosto de 2005)

La referencia en torno a directores y subdirectores de departamento y titulares de proveeduría cubre exclusivamente a quienes ocupen un puesto de jefatura como encargados o titulares 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 Nº 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. (…).
(Oficio Nº 9315 (DAGJ-2225) del 4 de agosto de 2005)

Reconocimiento de prohibición a los puestos de jefatura de las proveedurías.

(…) la aplicación de la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, resulta aplicable a quienes ostenten el cargo de jefatura en las proveedurías del sector público, motivo por el cual al resultar incluidos dentro de dicho sector los entes públicos no estatales como lo es su representada, la restricción de mérito alcanzaría a quienes se desempeñen como los titulares -siguiendo la nomenclatura utilizada en las normas a las que se viene haciendo referencia- de la proveeduría, lo anterior independientemente de que esa proveeduría dependa o no de algún otro órgano, sea administrativo, administrativo-financiero, etc. (...) Por otra parte, debe advertirse que las disposiciones atinentes de la Ley No 8422 y de su Reglamento Ejecutivo, parten del supuesto que las personas que ocupan los cargos allí referenciados, cuentan con un título académico que los acredita como profesionales en determinada rama del conocimiento, de manera tal que en ausencia de esta condición, tanto la aplicación de la prohibición como el pago de la retribución económica resultan jurídicamente improcedentes. A tono con lo anterior, en cuanto al concepto de profesión y la eventual incorporación a un colegio o corporación profesional determinada cuando así corresponda, tal y como lo ha indicado la Contraloría General, debe tenerse un especial cuidado de advertir las particularidades de cada caso concreto, pues además de atender las características específicas que pueden tener las distintas ramas del conocimiento, en nuestro ordenamiento se detecta la presencia de normas jurídicas

que catalogan como profesionales a quienes se desempeñen en algunas de estas ramas pese a no contar con un título académico superior universitario (…).
(Oficio N° 1822 (DAGJ-0306-2006) del 8 de febrero de 2006)

Los regidores no están sujetos al régimen de prohibición.

(…) En el caso del régimen de incompatibilidades que establece la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, se advierte que los señores regidores propietarios si bien están dentro de los funcionarios del más alto rango y jerarquía del país, no tienen prohibición expresa para el ejercicio privado de la profesión liberal, al tenor de lo dispuesto en el numeral 14. Esta norma es omnicomprensiva 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 (…).
(Oficio N° 5794 (DJ-2404-2010) del 17 de junio de 2010)

Aplicación de la prohibición a los Alcaldes Municipales.

(…) como parte de ese régimen especial de remuneración, el alcalde tiene derecho a percibir el 65% sobre el salario base, en virtud de la compensación económica por la aplicación del artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, No. 8422 del 6 de octubre de 2004, siempre y cuando cumpla con los supuestos del ordenamiento jurídico. En ese sentido, se requiere que los servidores que ocupen los puestos de alcalde, cumplan con las condiciones indispensables dispuestas para el ejercicio de las profesiones liberales, a saber, aquellas que se ejercen en el mercado de servicios, para lo cual se requiere contar un grado académico universitario que otorga la condición de profesional en determinada rama del conocimiento, así como la incorporación al colegio profesional respectivo, lo anterior cuando éste exista y siempre que sea exigida como condición necesaria y suficiente para su ejercicio. Por su parte, el artículo 14 de la Ley de cita enuncia de manera taxativa quiénes no podrán ejercer profesiones liberales, entre los que se encuentran comprendidos los alcaldes municipales. Lo relevante del caso, es que en el párrafo segundo de esa norma, se establece que de dicha prohibición 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 (…).
(Oficio N° 6130 (DJ-0740-2011) del 7 de julio de 2011)

Al primer vicealcalde le aplican las mismas reglas que al alcalde titular en cuanto al pago de prohibición.

(…) Dos precisiones conviene hacer sobre los Vicealcaldes: una, que solamente el primer Vicealcalde tiene derecho a un cargo remunerado a tiempo completo, ya que el segundo vicealcalde sólo puede recibir remuneración en caso de que deba sustituir en forma temporal o permanente, al Alcalde, siempre y cuando éste último falte y tampoco el primer Vicealcalde lo sustituya; dos, que conforme a la reforma introducida por la Ley No.8611 al numeral 20 in fine del Código Municipal en cuanto a la remuneración del primer Vicealcalde *"su salario base será equivalente a un ochenta por ciento (80%) del salario base del alcalde municipal. En cuanto a la prohibición por el no ejercicio profesional y jubilación, se le aplicarán las mismas reglas que al alcalde titular, definidas en el párrafo anterior"* (sobre la forma de calcular el 80% véase el oficio 10726-2010 /DJ-3926 de 3 de noviembre de 2010).En este sentido, este Despacho ha señalado que *"dado que el cargo de primer vicealcalde por disposición expresa de ley le aplican las mismas reglas que al alcalde titular en punto al pago de prohibición y jubilación"* y vista la derogación tácita parcial por el numeral 14 de la Ley No.8422 que creó en su lugar un régimen de naturaleza y características distintas como lo es el de prohibición (…) *el cargo de primer vicealcalde municipal no puede estar sujeto ni recibir pago alguno a título de dedicación exclusiva, toda vez que el régimen aplicable al servidor que ocupe dicho cargo es el de prohibición, la*

cual será compensada de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 8422…" (Véanse, al respecto, los oficios 10726-2010 /DJ-3926 de 3 de noviembre de 2010; 1980-2011 /DJ-224 de 28 de febrero de 2011; 4158-2011 /DJ-0502 de 11 de mayo de 2011 y 04590-2011 /DJ-0560 de 24 de mayo de 2011).Lo anterior "(…) *siempre que reúna tres tipos de requisitos cuya configuración simultánea debe verificarse, como son el funcional, el académico, y el profesional. El primero, apunta al nombramiento y desempeño de uno de los cargos alcanzados por prohibición, mientras que los dos últimos atañen –respectivamente- al cumplimiento de los requerimientos académicos y de incorporación profesional que así correspondan, esto según las particularidades de la rama del saber que se trate, ya que existen profesiones cuyo ejercicio demanda un título académico específico que podría ser insuficiente para otras y profesiones en las cuales la colegiatura no es obligatoria o del todo no existe corporación gremial, todo lo cual habrá de examinarse frente al caso específico que se llegue a presentar* (…).
(Oficio N° 7180 (DJ-0537-2014) del 16 de julio de 2014)

Intendente municipal no es un cargo que esté expresamente mencionado en el artículo 14 de la Ley.

(…) Tome nota la consultante que la normativa transcrita no contempla el puesto de "intendente de concejo municipal de distrito" como uno de los cargos sujetos a prohibición. Lo anterior reviste especial importancia, toda vez que la prohibición establecida en el artículo mencionado, tiene como destinatarios exclusivos a los funcionarios que ocupan la lista taxativa de puestos que indica el numeral citado. En efecto, la norma transcrita resulta ser una limitación legal al ejercicio de un derecho fundamental que como tal debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio hermenéutico de asidero constitucional, denominado *"in dubio pro libertate"*. Bajo esa línea de pensamiento, es importante enfatizar que ha sido criterio reiterado de este órgano fiscalizador superior de la Hacienda Pública que, por la vía de interpretación normativa, no es posible incluir otros puestos diferentes a los que expresamente establece el articulado.(…)En el caso que nos ocupa, lo primero que se observa con total claridad es que el puesto de "intendente municipal de distrito" no es uno de los cargos contemplados en el ordinal 14 de la Ley N°8422. Tenga presente la consultante que la ausencia de uno solo de esos requisitos es suficiente para que el funcionario quede excluido de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión, lo cual implica que puede ejercer libremente su profesión, siempre que tal ejercicio no le coloque en un conflicto de intereses o que exista superposición horaria (…).
(Oficio N° 8125 (CGR/DJ-1060-2015) del 10 de junio de 2015)

Procedencia de la prohibición en el caso de la Administración Tributaria Municipal.

(…) partiendo del hecho que los cargos de jefatura de órganos que formen parte de la Administración Tributaria Municipal, resultan alcanzados -supeditado desde luego al cumplimiento riguroso de los requisitos y condiciones abordados en este memorial- por prohibición y no por dedicación exclusiva, interesa formular algunas consideraciones en punto al régimen de prohibición vinculado con la materia tributaria. Sobre el particular, en el caso específico de la prohibición por reconocer en los términos y condiciones establecidos en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios y la Ley de Compensación Económica sobre el Salario Base de Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública, debe tenerse presente que las labores, atribuciones y responsabilidades del cargo respectivo deben estar vinculadas directamente con el proceso tributario municipal, sea con la determinación, fijación, control, fiscalización, –etc.-, de las obligaciones tributarias municipales. Lo anterior implica, que esa vinculación -además de directa- debe ser habitual, permanente, regular y ordinaria, examen que esa municipalidad debe llevar a cabo en cada caso concreto, tomando en cuenta -amén de los requisitos señalados líneas atrás-las atribuciones sustantivas y responsabilidades del servidor respectivo a la luz del manual descriptivo de puestos o bien, más allá de lo que en éste se establezca, a partir de las labores y tareas que el funcionario realice en la práctica (…).
(Oficio N° 8709 (DJ-0659-2013) del 22 de agosto de 2013)

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 tratare 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)

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)

ÁMBITO DE APLICACIÓN SEGÚN EL ENTE, ÓRGANO O EMPRESA PÚBLICA

Cargos cubiertos por la prohibición en un ministerio de Gobierno.

(...) 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 Proveeduría Institucional (...).
(Oficio Nº 6762 (DAGJ-1550) del 10 de junio de 2005)

Cargos cubiertos por la prohibición en una municipalidad.

(...) 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 Proveeduría Institucional (...).
(Oficio Nº 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 Proveeduría Institucional (...).
(Oficio Nº 9512 (DAGJ-2274) del 9 de agosto de 2005)

Prohibición para que funcionarios de las federaciones municipales ejerzan profesiones liberales.

(…) se impone determinar si las Federaciones se enmarcan –o no- dentro de las categorías antes referidas, ejercicio para el cual tiene una especial importancia el criterio de la Procuraduría General de la República, quien en el ejercicio de su potestad consultiva ha definido la naturaleza jurídica de los órganos, entes y empresas que conforman el Sector Público. Ahora bien, considerando que la Procuraduría General se ha referido en varios pronunciamientos sobre la naturaleza jurídica de las Federaciones, se impone dar una respuesta afirmativa a su primera inquietud, en el sentido que estas organizaciones se encuentran incorporadas dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la prohibición al ejercicio de profesiones liberales (artículo 14 de la Ley N° 8422), de manera que algunos de sus cargos podrían estar sujetos a dicha restricción. Así las cosas, corresponde a la Administración consultante el análisis respectivo de cada caso concreto, que aunque es de índole taxativo, puede verse lo dicho por este órgano contralor, tomando en cuenta la diversidad de nomenclaturas de cargos, puestos y estructuras orgánicas existentes en el sector público, se reconoce la posibilidad que en una entidad determinada, exista un cargo que pese a no coincidir en su nomenclatura con la utilizada en las normas de mérito, dadas sus funciones, tareas y responsabilidades, su ocupante se encuentre alcanzado por la prohibición (…).
(Oficio N° 13186 (DJ-1398-2011) del 23 de diciembre de 2011)

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 Nº 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 Nº 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 Nº 2025 (DAGJ-433) del 21 de febrero de 2005)

El incumplimiento del requisito académico trae consigo la improcedencia en el pago de la compensación 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 Nº 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 Nº 8422 (...).
(Oficio Nº 1261 (DAGJ-296) del 3 de febrero de 2005)

La tenencia de un grado académico que acredite la condición de un servidor como profesional debe analizarse 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 Nº 10440 (DAGJ-2515) del 26 de agosto de 2005)

La contaduría privada como un caso de excepción a la tenencia del grado 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 Nº 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 Nº 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 Nº 3135 (DAGJ-665) del 15 de marzo de 2005) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 6721 (DAGJ-1530) del 10 de junio de 2005)

Requisitos y alcances del régimen de prohibición.

(…) en torno a la naturaleza de la prohibición debe advertirse que se trata de una limitación a una libertad fundamental, rasgo que a veces se pierde de vista en la práctica cuando se le toma como un mero incentivo económico y a través de interpretaciones ligeras y complacientes se

pretende generalizar y extender a cargos sin fundamento legal alguno, proceder que resulta jurídicamente incorrecto y obliga a examinar con detalle la forma y los términos en los que viene siendo aplicada la figura, pues no debe perderse de vista que, en virtud de su naturaleza restrictiva, tanto su interpretación, como aplicación, deben darse en términos igualmente restrictivos. (…) Cabe apuntar que en las normas antes relacionadas como -por ejemplo- la Ley General de Control Interno y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, se encuentra un listado de cargos públicos sujetos a prohibición (que, en todo caso, debe tomarse como taxativo, esto es no extensivo a ningún otro cargo no referenciado) y en otras normas, la prohibición no se impone siguiendo un listado sino una categoría (por ejemplo, los cargos de jefatura de la administración tributaria). Sin embargo, el denominador común es que en uno u otro caso la limitación de marras debe aplicarse siempre de manera restrictiva, lo cual prohíbe interpretaciones amplias que lleven a desbordar el número y tipo de cargos alcanzados más allá del interés y el mandato normativo respectivo. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que se está frente a un régimen cuya imposición y regulación está reservado a la ley, de manera que normas infralegales, acuerdos contractuales, *"políticas institucionales"*, o decisiones unilaterales de las municipalidades -a instancia de éstas o sus servidores- no pueden constituir fundamento válido para su aplicación, salvedad hecha de sentencias judiciales firmes y definitivas que así pudieran establecerlo y que resultan de obligado acatamiento de conformidad con los artículos 152 y 153 de la Constitución Política. De igual forma, cabe acotar que se trata de una restricción impuesta al servidor y en esa medida resulta irrenunciable e indisponible, la cual se integra, a su vez, dentro de su débito funcional, de lo que se deriva su plena vigencia en todo momento, sea en el desempeño diario de sus atribuciones e incluso durante el disfrute de vacaciones.(…) Este último extremo entraña una especial relevancia, el hecho de la compensación económica se da a favor de quienes están en posibilidad de ejercer una profesión de manera liberal, por lo que si el servidor respectivo no reúne los requisitos académicos universitarios y profesionales necesarios para ser considerado profesional y estar en capacidad de ejercer los conocimientos adquiridos, no podrá ser acreedor a dicha compensación.(…) De igual forma, es fundamental tener claro que la procedencia de la compensación económica amerita la existencia no solo de la norma legal que establece la prohibición al libre ejercicio de una determinada profesión para un puesto en particular, sino también de una norma que reconozca jurídicamente el derecho a dicha compensación (…).
(Oficio N° 7875 (DJ-0423-2009) del 28 de julio de 2009)

Requisitos para que se aplique la prohibición.

(…) es importante señalar que -en otras oportunidades- este órgano contralor, ha indicado que para la aplicación y posterior reconocimiento económico del instituto de la prohibición al ejercicio de la profesión, es necesario cumplir con tres requisitos: primero, el requisito funcional, esto es, estar nombrado mediante formal acto de nombramiento en propiedad, de forma interina o de suplencia en el cargo que se encuentra afectado por la prohibición; segundo, el requisito académico, es decir, que la persona debe poseer un título académico universitario que le acredite como profesional en determinada área del conocimiento -lo cual debe valorarse en cada caso en particular, pues cada disciplina científica establece el grado académico que necesita la persona para ser considerado profesional-; tercero, el requisito profesional, que consiste en la incorporación de la persona en el colegio profesional respectivo, lo anterior en caso que dicha corporación exista y que su incorporación sea exigida como condición necesaria y suficiente para el ejercicio profesional (…).
(Oficio N° 11560 (DJ-850-2013) del 24 de octubre de 2013)

Régimen de prohibición y requisitos por cumplir.

(…) importa -en primer orden- indicar que dicho régimen constituye una restricción impuesta legalmente a quienes ocupan determinados cargos públicos con la finalidad de asegurar una dedicación completa del servidor a las labores y responsabilidades públicas que le han sido encomendadas, evitando que su interacción con el ámbito privado ponga en riesgo su atención efectiva, merced al surgimiento de conflictos de intereses reales o potenciales. Es decir, tal y como lo ha advertido la Contraloría General en anteriores oportunidades, este

tipo de restricción está dirigida a asegurar la prevalencia del interés público sobre cualquier interés privado sea personal o de un tercero (oficio Nº 9318 (DAGJ-2228) del 4 de agosto de 2005).Asimismo y desde el punto de vista de su contenido, debe tomarse en cuenta que la prohibición entraña una limitación a una libertad fundamental ya que impide el ejercicio de la profesión en el ámbito privado, rasgo que se pierde de vista cuando se le toma como un mero incentivo económico, pasando por alto la naturaleza restrictiva de la figura y que, tanto su interpretación como aplicación, deben darse en términos igualmente restrictivos. De lo dicho hasta ahora y, por implicar una limitación a una libertad fundamental, se tiene que la prohibición y su respectiva compensación corresponden a un régimen legal, de manera que quien ocupe un cargo público tendrá prohibición –sí y solo sí- una norma legal así lo establece de manera expresa. En punto al Alcalde Municipal, las reglas aplicables son las dispuestas en los artículos 14 y 15 de la Ley, siempre que el funcionario respectivo reúna tres tipos de requisitos cuya configuración debe verificarse de manera simultánea, como son *el funcional, el académico, y el profesional*. El primero, apunta al nombramiento y desempeño de uno de los cargos alcanzados por prohibición, mientras que los dos últimos atañen, respectivamente, al cumplimiento de los requerimientos académicos y de incorporación profesional que así correspondan, esto según las particularidades de la rama del conocimiento que se trate, ya que existen profesiones cuyo ejercicio demanda un grado académico específico que podría ser insuficiente para otras y profesiones en las cuales la colegiatura no es obligatoria o del todo no existe colegio profesional, todo lo cual habrá de examinarse frente a cada caso específico (…).
(Oficio N° 1442 (DJ-0108-2014) del 11 de febrero de 2014)

Requisitos para el reconocimiento de la prohibición.

(…) Importa resaltar que este órgano contralor, en otras ocasiones, ha indicado que para la aplicación y posterior reconocimiento económico del instituto de la prohibición al ejercicio de la profesión, es necesario cumplir con tres requisitos: primero, el requisito funcional, esto es, estar nombrado mediante formal acto de nombramiento en propiedad, de forma interina o de suplencia en el cargo que se encuentra afectado por la prohibición; segundo, el requisito académico, es decir, que la persona debe poseer un título académico universitario que le acredite como profesional en determinada área del conocimiento -lo cual debe valorarse en cada caso en particular, pues cada disciplina científica establece el grado académico que necesita la persona para ser considerado profesional-; tercero, el requisito profesional, que consiste en la incorporación de la persona en el colegio profesional respectivo, lo anterior en caso que dicha corporación exista y que su incorporación sea exigida como condición necesaria y suficiente para el ejercicio profesional. Bajo esa inteligencia, es importante advertir que la compensación económica se da solamente a favor de quienes están en posibilidad de ejercer una profesión de manera liberal, por lo que si el servidor respectivo no reúne los requisitos anteriormente señalados, no podrá ser acreedor a dicha compensación (…).
(Oficio N° 5655 (DJ-0432-2014) del 10 de junio de 2014) (En similar sentido véanse los oficios N° 8152 (DAGJ-1914-2005) del 6 de julio de 2005 y N° 8212 (DAGJ-1935-2005) del 7 de julio de 2005)

COMPENSACIÓN ECONÓMICA

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 Nº 16193 (DAGJ-3433) del 15 de diciembre de 2004) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 6916 (DAGJ-1608) del 14 de junio de 2005)

El pago compensatorio solo puede ser hecho a favor de 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 8422 y su Reglamento Ejecutivo, necesariamente habría que practicar los ajustes correspondientes (...).
(Oficio Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 6913 (DAGJ-1606) del 14 de junio de 2005)

Procedencia del pago de bonificaciones o compensaciones no asociadas con la prohibición.

(…) 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)

Compensación económica asociada con la prohibición.

(…) quien ocupe alguno de los cargos públicos referenciados en el numeral 14 de la Ley No. 8422, se encuentra impedido para ejercer no una sino todas las profesiones que posea, tanto en el sector privado como en el público y, por ende, la compensación económica del 65% sobre el salario base corresponderá en el tanto dicho funcionario se haya limitado a ejercer el cargo público sujeto al régimen de prohibición, cubriendo esta prohibición el ejercicio de todas las profesiones liberales que ostente y no solo aquella por la cual se cancela la prohibición. Cabe recordar que el estar sujeto a dicho régimen no es facultativo, es obligatorio por disposición legal, por lo que no queda librado a la voluntad del funcionario como sucede en el caso del régimen de la dedicación exclusiva. El reconocimiento de este plus o la justificación del pago de la prohibición se fundamenta en que es una limitación para el ejercicio del derecho al trabajo, que repercute en la esfera patrimonial de los mencionados servidores, justificada únicamente, en los casos en los cuales la prohibición de ejercer profesiones liberales traiga aparejada la posibilidad de ocasionar algún perjuicio, constituyéndose por tanto en el justo reconocimiento para quienes, en razón de la función que desempeñan, se vean imposibilitados para ejercer su profesión fuera del órgano o ente público para el cual laboran. También con esta prohibición se pretende disponer de determinados funcionarios públicos y profesionales que estén al servicio del Estado, desvinculándose estrictamente de otras actividades a nivel profesional, que pudieran comprometer esa dedicación, evitando así colocar al funcionario ante un potencial conflicto de intereses público-privado y, 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 (...).
(Oficio N° 9120 (DAGJ-1197-2008) del 3 de setiembre de 2008)

EXCEPCIONES

Los directores de junta administrativa de una fundación no están sujetos al régimen de prohibición.

(…) la totalidad de cargos que se enumeran en estas normas –y por ende los únicos sujetos a su aplicación, tratándose de normas prohibitivas, que deben interpretarse restrictivamente– corresponden a puestos del Sector Público, por lo que debe entenderse que los directores de la Junta Administrativa de esa fundación no se encuentran en modo alguno 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 prohibición ni el de incompatibilidad. A mayor abundamiento, nótese que la naturaleza de estas regulaciones incluso apareja la creación de obligaciones patronales –como la compensación económica del 65% por concepto de prohibición– que la ley puede cargar al Estado en virtud de las relaciones de servicio público, pero que no caben respecto de una organización estrictamente privada, que, en esta materia, goza de plena libertad para establecer los términos y condiciones de sus relaciones laborales o de servicios profesionales (…).
(Oficio N° 5909 (DJ-1334-2005) del 23 de mayo de 2005)

No aplicación de la prohibición a los contralores financiero-contables.

(…) la referencia legal incluye dentro de la prohibición para el ejercicio de las profesiones liberales, a los que ejercen una labor auditora en las entidades y órganos públicos respectivos,

disposición de la cual no resultan comprendidos en lo que aquí interesa los contralores financiero-contables. A mayor abundamiento el artículo 27 del Reglamento Ejecutivo a la Ley Nº 8422 (publicado en el Alcance Nº 11) a La Gaceta Nº 82 del 29 de abril de 2005), hace mención de los "auditores y subauditores internos –sin importar la nomenclatura que éstos reciban siempre que realicen funciones y tareas como tales- de la Administración Pública", lo cual en nuestro criterio no viene sino a aclarar la referencia que aquí nos ocupa (…).
(Oficio N° 7294 (DAGJ-1713-2005) del 22 de junio de 2005) (En términos similares véase el oficio N° 16090 (DAGJ-3421-2004) del 14 de diciembre de 2004)

Centros de educación y formación que no están dentro de los supuestos de excepción.

(…) no cabría concederle la autorización a que se refiere el primer párrafo del artículo 17 de la mencionada Ley, debido a que no se ha logrado acreditar la existencia de características similares a las que presentan las excepciones previstas en la Ley. 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-1715-2005) del 22 de junio de 2005)

Concepto de institución universitaria y parauniversitaria.

(…) Sobre la aplicación de la excepción relativa a la docencia, hemos venido señalando que su correcto alcance se circunscribe a la educación superior universitaria y parauniversitaria. En cuanto a esta segunda hipótesis, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley Nº 6541 (Ley de Regulación, Creación y Funcionamiento de las Instituciones de Educación Superior Parauniversitaria) en virtud del cual se califican como tales aquellas instituciones reconocidas por el Consejo Superior de Educación, que tengan como objetivo principal impartir carreras cortas completas, de dos o tres años de duración, a personas egresadas de la educación diversificada (…).
(Oficio N° 8769 (DAGJ-2087-2005) del 21 de julio de 2005)

Participación en actividades docentes.

(…) nótese que el numeral 14 de la Ley Nº 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, aun 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 (…).
(Oficio N° 8769 (DAGJ-2087-2005) del 21 de julio de 2005)

La docencia como excepción a la prohibición.

(…) 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 (…).
(Oficio N° 9317 (DAGJ-2227-2005) 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 por centros de educación superior u otras entidades vinculadas a dichos centros.

(...) Ahora bien, nótese que el numeral 14 de la Ley Nº 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, aun 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 caber dentro de los supuestos de excepción contenidos en el numeral 14 de la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 9733 (DAGJ-2335) del 12 de agosto de 2005)

Opiniones en medios de comunicación o centros y actividades académicos.

(...) mientras la actividad de opinión en medios de comunicación o académicos se haga a título estrictamente personal, en las que la función pública de auditoria 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 o 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 Nº 9733 (DAGJ-2335) del 12 de agosto de 2005)

Ejercicio de la docencia por parte de un Alcalde Municipal dentro y fuera de la jornada laboral.

(…) Conforme a lo dispuesto en los artículos 14, 15 y 29 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, No. 8422 y el artículo 28 su reglamento, y como premisa general, es posible que los alcaldes ejerzan la docencia universitaria (público o privado) fuera de la jornada de trabajo. En casos de excepción, podría llevarse a cabo esa docencia en horas que coinciden con el horario de trabajo de cada institución, única y exclusivamente en aquéllas corporaciones municipales que cumplan con las condiciones siguientes: i.- De previo a conceder el permiso al alcalde para que ejerza la docencia en horas que coincidan con el horario de trabajo, el ayuntamiento deberá contar con las regulaciones internas respectivas, dictadas por el concejo municipal, que así lo autorice. ii.- Dichas regulaciones internas, deberán contener al menos los mecanismos idóneos, los cuales permitan comprobar que el alcalde cumplirá con la jornada ordinaria, entendida esta última, como el lapso de tiempo efectivo en que realiza su trabajo, sin ajustarse al horario regular institucional. iii.- En aras de no afectar el buen funcionamiento de la prestación de los servicios locales, el tiempo autorizado al alcalde para que ejerza la docencia en horas que coinciden con el horario de trabajo, deberá ser razonable y racional, motivado en la propia autorización. Asimismo, deberán tomarse las acciones correspondientes para que en su ausencia se designe a un funcionario responsable a cargo de la alcaldía municipal, conforme lo dispone el Código Municipal (…).
(Oficio N° 6130 (DJ-740-2011) del 7 de julio de 2011)

Aplicación de la prohibición. El caso de los músicos.

(…) ese ejercicio de verificación de los requisitos académicos y profesionales, supone un examen previo en punto a que la actividad respectiva resulte comprendida bajo el concepto de profesión liberal, lo cual no es ocioso mencionar, adquiere especiales connotaciones tratándose de quienes se identifican como músicos, máxime cuando se admite la posibilidad que una persona tenga un título académico superior en música, sin que por ello dicha actividad se repute como una profesión liberal. Sobre el particular, y a fin de no entrar en divagaciones conceptuales o

filosóficas, este Despacho considera especialmente ilustrativas las consideraciones esbozadas por la Procuraduría General en el dictamen N° C-196 del 17 de mayo de 2006, las cuales este órgano contralor hace suyas para concluir que la música, aun ejercida dicha actividad por personas con un título académico superior, no puede ser considerada como una profesión liberal. Bajo esta tesitura, si la música no encaja dentro del concepto de profesión liberal, el ejercicio de dicha actividad en el ámbito privado -aún por quienes cuenten con un título académico superior-, no podría considerarse como un ejercicio liberal de la profesión, y en esa medida, no podría tomarse como una práctica prohibida para quienes ocupen uno de los cargos alcanzados por prohibición de conformidad con el artículo 14 de la Ley N° 8422. Lo anterior, allana el camino para contestar en términos afirmativos sus inquietudes tercera y cuarta, ya que nada impide (pues se reitera, ello no constituye un ejercicio liberal de la profesión ni una violación a dicho régimen legal), que fuera de su jornada ordinaria puedan dar conciertos y percibir alguna remuneración, incluida a la que puedan ser acreedores por la venta de discos, quedando el tema del cobro de derechos de autor y conexos sujeto, desde luego, a la normativa especial que exista en dicha materia, respecto a la cual se omite pronunciamiento por escapar a nuestro ámbito funcional de competencias (…).
(Oficio N° 7137 (DJ-2974-2010) del 26 de julio de 2010)

MOMENTO DEL PAGO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

La claridad de las disposiciones atinentes a la prohibición determina el momento de pago de la retribución económica correspondiente.

(...) En ese sentido, advirtiendo que la Ley Nº 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 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 Nº 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 el pago procede a partir de la emisión del Reglamento 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 subjefes 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, entendiendo 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 Nº 9504 (DAGJ-2264) del 9 de agosto de 2005)

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

(...) 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 Nº 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)

Requisitos asociados con la remuneración de la prohibición.

(…) para que la prohibición y la consecuente compensación económica resulten aplicables, existen tres tipos de requisitos cuya configuración simultánea debe verificarse, como son el funcional, el académico, y el profesional. El primero, apunta al nombramiento y desempeño en uno de los cargos alcanzados por prohibición, mientras que los dos últimos atañen –respectivamente- al cumplimiento de los requerimientos académicos y de incorporación profesional que así correspondan, esto según las particularidades de la rama del conocimiento que se trate.(...) Amén de lo indicado, no basta la existencia de esa norma legal y que el cargo respectivo se encuentre alcanzado por la prohibición (requisito funcional), ya que también deben verificarse los requisitos académicos y profesionales que correspondan en cada caso, todos los cuales deben cumplirse de manera simultánea como requisito indispensable para que el eventual reconocimiento resulte conforme con el bloque de legalidad. Huelga mencionar, que el reconocimiento de prohibición a un servidor público implica un acto de disposición de recursos públicos, de manera que esa municipalidad debe ser especialmente cuidadosa –y por demás celosa- en verificar que los requisitos fácticos y jurídicos requeridos para tal efecto se cumplan a cabalidad (…).
(Oficio N° 8709 (DJ-0659-2013) del 22 de agosto de 2013)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

PROHIBICIÓN AL EJERCICIO LIBERAL DE LA PROFESIÓN

El régimen de prohibición debe interpretarse de forma restrictiva por constituir una limitación a un derecho fundamental.

(…) no es procedente interpretar extensivamente el artículo 14 para aplicarlo al cargo del Jefe del Departamento Técnico de la Oficina Nacional de Semillas. Esto en el tanto el operador del Derecho no se encuentra autorizado a extender una limitación de una libertad fundamental a supuestos no contemplados en la Ley. (…) Lo anterior es de gran importancia tratándose de la compensación prevista en el artículo 15 Ley contra la corrupción, pues evidentemente por disposición del artículo 117 de la Ley General de la Administración Pública, la Ley no le otorga al funcionario de hecho por solo esa condición un derecho a percibir una remuneración salvo la posibilidad de recuperar el costo de su conducta cuando haya habido enriquecimiento sin causa de parte de la Administración y de no devolver lo pagado por la administración en caso de recibir alguna remuneración. Es decir que si bien los funcionarios de hecho están sometidos al régimen preventivo de la Ley contra la Corrupción, esto no les otorga un derecho a recibir una remuneración (…).
(Dictamen N° C-186-2013 del 9 de setiembre de 2013) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-145-2013 del 31 de julio de 2013 y C-269-2014 del 4 de setiembre de 2014)

Ámbito de aplicación está determinado en razón del cargo público respectivo.

(…) El ámbito de aplicación del artículo 14 LCEIFP está determinado en razón del cargo que ocupe el funcionario. Efectivamente, la prohibición para ejercer profesiones liberales, prevista en la norma en comentario, se aplica en función del cargo (…).
(Dictamen N° C-186-2013 del 9 de setiembre de 2013)

El listado de cargos públicos sujetos a prohibición es taxativo.

(…) Ahora bien, como es sabido, el primer párrafo del artículo 14 LCEIFP – desarrollado por el artículo 27 del respectivo reglamento ejecutivo, Decreto N ° 32333 de 12 de abril de 2005-, establece, de forma taxativa, los cargos sujetos a la prohibición impuesta por dicha norma (…).
(Dictamen N° C-067-2013 del 29 de abril de 2013)

Categoría de directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público.

(…) Al respecto, en el dictamen C-67-2013 se analizó determinadamente el alcance de la frase "directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público" que utiliza la Ley.//En este orden de ideas, se indicó que, de acuerdo con el desarrollo reglamentario del artículo 14 – sea el Reglamento Ejecutivo a dicha Ley -, se ha puntualizado que bajo esa categoría se comprende exclusivamente a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público. Lo anterior ha sido establecido en forma expresa en el artículo 27 del Reglamento citado (…).
(Dictamen N° C-186-2013 del 9 de setiembre de 2013) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-140-2010 del 15 de julio de 2010)

La prohibición está concebida para puestos de alta jerarquía y algunos cargos estratégicos.

(…) 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)

El régimen de prohibición es exclusivo para profesionales liberales.

(…) Por otra parte, en razón de que en el oficio de consulta se afirma que el régimen de la Ley N° 8422 está concebido para cualquier profesión que posea el funcionario, es necesario recalcar que, tal como dispone expresamente el artículo 14 del citado cuerpo normativo, y como ha sido reiterado en diversas ocasiones por este Órgano Asesor, se trata de un régimen que opera única y exclusivamente tratándose de profesiones liberales, y no de cualquier grado académico profesional (…).
(Dictamen N° C-346-2014 del 20 de octubre de 2014) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-287-2006 del 18 de julio de 2006)

Los requisitos académico y de incorporación profesional -cuando corresponda- aplican aun y cuando la profesión liberal no sea requisito para acceder al puesto.

(…) para los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la Ley N° 8422, el grado académico -así como su incorporación al colegio profesional, cuando así corresponda, agregamos nosotros- es un requisito indispensable para la aplicación del régimen de prohibición, de ahí que no es posible jurídicamente extender este régimen a los funcionarios que no estén habilitados para el ejercicio liberal de una profesión. (…) 4.- Si bien 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 (…).
(Dictamen N° C-414-2007 del 21 de noviembre de 2007) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-072-2010 del 19 de abril de 2010)

La categoría de directores y subdirectores de áreas, unidades, departamentos o dependencias refiere a puestos netamente administrativos.

(…) cuando el numeral 14 Ibidem, (en relación con el artículo 27 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública) señala que no podrán ejercer profesiones liberales, entre otros funcionarios, aquellos que ocupen cargos de directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencia – según la nomenclatura interna que corresponda- se refiere aquellos puestos netamente administrativos, y no de otro carácter (…).
(Dictamen N° C-348-2007 del 3 de octubre de 2007 (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-067-2013 del 29 de abril de 2013)

La categoría de directores y subdirectores de departamento refiere a titulares de los puestos de proveeduría.

(…) cuando el numeral 14 Ibidem, (en relación con el artículo 27 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública) señala que no podrán ejercer profesiones liberales, entre otros funcionarios, (…); y por otro lado, cuando esa normativa extiende la aludida prohibición a los directores y subdirectores de departamento y a los titulares de proveeduría del Sector Público, se circunscribe propiamente a los encargados o titulares de los puestos de la proveedurías, aun cuando en la práctica de la Administración puedan denominarse bajo otros nombres, terminología que ha permitido abarcar la utilizada por las municipalidades en su organización interna. De manera que sería la Administración la que bajo los términos indicados, puede sopesar puntualmente los funcionarios que teniendo a cargo los departamentos, unidades o estamentos administrativos, o bien los departamentos de proveeduría, se encontrarían impedidos para ejercer liberalmente la profesión que ostentan, y por ende acreedores del reconocimiento salarial a que hace referencia el artículo 34 in fine de la Ley General de Control Interno (…).
(Dictamen N° C-348-2007 del 3 de octubre de 2007) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-067-2013 del 29 de abril de 2013)

La prohibición no pretende cubrir a todas las jefaturas sino únicamente las de áreas administrativas y de proveeduría.

(…) 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 (…).
(Dictamen N° C-412-2007 del 19 de noviembre de 2007)

La prohibición aplica al ejercicio de todas las profesiones que ostente el funcionario.

(…) 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 públicos, 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-270-2013 del 29 de noviembre de 2013)

Las profesiones no liberales no están cubiertas por el régimen de prohibición.

(…) tal y como ya se ha indicado el régimen de prohibición resulta aplicable al caso de funcionarios que ostentan una profesión liberal, por lo que resulta de gran importancia tener claro que existen ramas del saber en las que puede alcanzarse un grado profesional en razón de una determinada formación académica universitaria, pero, ello no implica necesariamente que estemos en presencia de una profesión liberal (…).
(Dictamen N° C-270-2013 del 29 de noviembre de 2013)

La profesión de sociología no queda cubierta por el régimen de prohibición porque no es una profesión liberal.

(…) debe indicarse que la sociología no constituye una profesión de carácter liberal. Esto, en tanto, esa disciplina profesional no podría ser catalogada como una de aquellas cuya tarea esencial sea aplicar el conocimiento de su especialidad al servicio concreto y particular de los intereses de una persona. Es decir que no existiría la relación de confianza concreta que tiene el profesional liberal con su cliente y que conduce a aquel a utilizar sus conocimientos en pro de los intereses de éste (…).
(Dictamen N° C-249-2014 del 14 de agosto de 2014)

Las profesiones artísticas no quedan cubiertas por la limitación al no ser profesiones liberales.

(…) esta Procuraduría ha indicado que las profesiones artísticas no constituyen profesiones liberales en razón de su naturaleza y de las especiales características de las actividades que realizan, por lo que no están incluidas en la prohibición establecida por el artículo 14° de la Ley N°8422 y 27° de su Reglamento (…).
(Dictamen N° C-270-2013 del 29 de noviembre de 2013) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-196-2006 del 17 de mayo de 2006 y C-190-2010 del 1 de setiembre de 2010)

La docencia se encuentra excluida del alcance de la prohibición no es una profesión liberal.

(…) aunque es claro que los docentes son profesionales, es también evidente que pertenecen a una especie distinta de los profesionales liberales, a saber son profesionales de erudición. Nuevamente, la función y tarea principal del docente es la transmisión del conocimiento, incluso en orden a la formación de los otros profesionales, incluyendo los liberales. Por el contrario, el profesional liberal tiene por tarea aplicar dicho conocimiento al servicio de los intereses de una persona (…) la prohibición del artículo 14 LCEIFP impide solamente al ejercicio de las profesiones liberales. A contrario sensu, en el caso de las personas que ostenten una profesión de naturaleza distinta – sea, con carácter no liberal -, su práctica no se encuentra obstaculizado por el artículo 14, sin perjuicio de que se le apliquen las incompatibilidades previstas en los artículos 17 y 18 LCEIFP. Ergo, siendo que el artículo 14 LCEIFP no ha abarcado dentro de la prohibición la práctica de las profesiones académicas o de erudición, incluyendo la docencia, debe entenderse que su supuesto se encuentra excluido del alcance de la norma (…).
(Dictamen N° C-145-2013 del 31 de julio de 2013) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C 205-2014 del 25 de junio de 2014)

La titulación en administración educativa es una profesión liberal sujeta al régimen de prohibición.

(…) 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 Máster en esa profesión, le corresponde la compensación económica que establece el numeral 15 de la Ley (…).
(Dictamen N° C-371-2006 del 18 de setiembre de 2006) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-205-2014 del 25 de junio de 2014 y C-226-2014 del 30 de julio de 2014)

Los contralores y subcontralores de servicios se encuentran afectados por el régimen de prohibición.

(…) en atención concreta a la segunda interrogante planteada, respecto a si le alcanza el régimen de prohibición al Contralor de Servicios, concordamos con el criterio externado por el Departamento de Auditoría al indicar que sí le alcanza la prohibición ordenada en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.//(…). Ya la norma había hecho referencia a los puestos del contralor y el subcontralor general, razón por la cual se deduce sin mayor complejidad, que al indicar posteriormente al contralor y subcontralor interno se está haciendo alusión a cualquier tipo de funcionario que ejerza en forma específica ese tipo de funciones, dentro de los cuales estarían contemplados obviamente los contralores o subcontralores de servicios (…).
(Dictamen N° C-168-2013 del 26 de agosto de 2013)

El cargo de proveedor municipal está afecto al régimen.

(…) El puesto de Proveedor Municipal sí se encuentra contemplado en el ordinal 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito que enuncia un catálogo taxativo de funcionarios públicos sometidos al régimen de prohibición para ejercer una profesión liberal. Es condición sine qua non para percibir el otorgamiento del plus salarial previsto por el no ejercicio de la profesión liberal contar con el grado académico necesario que le habilite ejercer dicha profesión; así como también, estar debidamente incorporado al colegio profesional respectivo, en los casos en que la colegiatura es obligatoria para el ejercicio de dicha profesión (…).
(Dictamen N° C-221-2009 del 20 de agosto de 2009)

A partir de entrada en vigencia de Ley a los alcaldes y vice alcaldes les aplica el régimen de prohibición y no el de dedicación exclusiva. Dichas figuras son excluyentes entre sí.

(…) En el caso particular del Alcalde Municipal, tenemos que señalar que el régimen de incompatibilidad aplicable es el régimen de prohibición, y no el régimen de dedicación exclusiva, como se señala en la consulta. En efecto, a partir de la promulgación de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el artículo 20 del Código Municipal y que contenía la posibilidad de sujetar al Alcalde Municipal al régimen de dedicación exclusiva, fue modificado tácitamente por el artículo 14 de aquel cuerpo normativo. (…) 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 (…).
(Dictamen N° C-152-2011 del 7 de julio de 2011) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-342-2008 del 23 de setiembre de 2008; C-121-2011 del 1 de junio de 2011; C-163-2011 del 11 de julio de 2011; C-025-2012 del 26 de enero de 2012; C-125-2012 del 23 de mayo de 2012 y las opiniones jurídicas N° OJ-200-2003 del 21 de octubre de 2003 y OJ-136-2005 del 16 de setiembre de 2005)

Al vicealcalde primero le aplica el régimen de prohibición. El vicealcalde segundo estará sometido sólo si sustituye al alcalde titular.

(…) En relación con los vicealcaldes, debemos indicar que el artículo 20 del Código Municipal señala que en cuanto al régimen de incompatibilidad para el vicealcalde primero se aplicaran las mismas reglas aplicables al Alcalde titular. En este caso, al ser el régimen de prohibición establecido por los artículos 14 y 15 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito el aplicable para el Alcalde titular, es criterio de este Órgano Asesor que el mismo régimen debe aplicarse al vicealcalde primero, en razón de la referencia expresa que establece la ley al régimen de incompatibilidad del Alcalde a efectos de establecer el régimen de incompatibilidad del vicealcalde primero. Cabe advertir, no obstante, que el Código Municipal no establece un régimen de prohibición o dedicación exclusiva para el vicealcalde segundo. Recordemos que la figura de los vicealcaldes es introducido al Código Municipal por una reforma efectuada al artículo 14 (…) Se desprende de lo expuesto que, al no existir una norma jurídica que someta

al Vicealcalde Segundo al régimen de prohibición establecido en los artículos 14 y 15 de la Ley de contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en relación con el artículo 20 del Código Municipal, no es posible sostener que sea jurídicamente procedente el someter al Vicealcalde Segundo al régimen señalado, máxime si se considera que el Vicealcalde Segundo no ostenta la condición de funcionario regular y permanente de la municipalidad, como sí lo ostenta el vicealcalde primero. Ahora bien, es claro que en aquellos supuestos en los cuales el Vicealcalde Segundo se encuentre sustituyendo al Alcalde Municipal y en ejercicio del cargo, estará sometido al régimen de prohibición establecido para el Alcalde Municipal, incluyendo el régimen de remuneración por este concepto (…).
(Dictamen N° C-163-2011 del 11 de julio de 2011) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-342-2008 del 23 de setiembre de 2008; C-025-2012 del 26 de enero de 2012; C-125-2012 del 23 de mayo de 2012 y C- 252-2012 del 29 de octubre de 2012)

A los alcaldes municipales les aplica la prohibición y la compensación respectiva sólo si ostenten una profesión liberal y están incorporados al colegio profesional respectivo.

(…) Con la promulgación de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, los alcaldes municipales fueron incluidos dentro de la prohibición establecida en los artículos 14 y 15 (…). La prohibición establecida en el artículo 14 antes transcrito, está dirigida a aquellos funcionarios que tengan una profesión liberal, es decir, que ostenten el grado académico que les permita ejercer una profesión liberal (…). Se desprende de lo expuesto, que aquellos funcionarios que ocupen el cargo de Alcalde Municipal pero que no ostenten una profesión liberal, no podrían ser sujetos al régimen de prohibición establecido en el artículo 14 antes señalado (…). Como se desprende de la extensa cita, la incorporación al colegio profesional respectivo, constituye un requisito indispensable para la aplicación del régimen de prohibición, requisito que deberá ser cumplido siempre que la incorporación al colegio respectivo resulte indispensable para ejercer la profesión liberal (…).
(Dictamen N° C- 252-2012 del 29 de octubre de 2012) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-449-2008 del 18 de diciembre de 2008 y C-270-2012 del 19 de noviembre de 2012)

No procede el reconocimiento de prohibición al segundo vicealcalde suplente si no ostenta ninguna profesión liberal.

(…) En relación con lo anteriormente expuesto, es oportuno resaltar que cuando en el salario que devenga el alcalde municipal se integra el rubro por concepto de prohibición al ejercicio liberal de la profesión, en virtud de la profesión que éste ostenta, debe sopesarse la situación profesional del segundo vicealcalde, para los efectos del pago de ese rubro salarial, pues de no contar este funcionario con los presupuestos que para ese efecto se extraen de los artículos 14 y 15 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública – Ley No. 8422 de 06 de octubre del 2004, no sería procedente el pago del porcentaje salarial respectivo, si no es en contravención con el principio de legalidad, regente en todo actuar de la Administración, según artículos 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública. (…) pues de lo contrario se incurriría en un pago indebido sin justa causa (…).
(Dictamen N° 122-2011 del 6 de junio de 2011)

El caso de los educadores y la prohibición.

(…) No queda la menor duda de que si bien no es lo más habitual, un profesional en educación que ocupe alguno de los cargos a que refiere el artículo 14 de la Ley N° 8422 de 6 de octubre de 2004, puede perfectamente ejercer su profesión de forma liberal, siempre y cuando este posea un título académico que le permita ejercer dicha actividad y se encuentre incorporado al Colegio profesional respectivo, y que los servicios sean prestados fuera de la jornada laboral (…).
(Dictamen N° C-059-2013 del 10 de abril de 2013) (Este dictamen fue reconsiderado por el dictamen C-145-2013 del 31 de julio de 2013 pero no en el punto citado)

SOBRE LA FIGURA DE LA PROHIBICIÓN

Tutela la eficiencia y efectividad en la gestión pública a partir de los principios de neutralidad, objetividad e imparcialidad de la función pública.

(…) Se infiere del texto jurisprudencial transcrito, que la finalidad que se persigue con esta clase de norma en nuestro ordenamiento jurídico, es indudablemente tutelar la eficiencia y efectividad de la gestión pública bajo los principios de neutralidad, objetividad e imparcialidad que deben prevalecer en todo actuar del servidor o funcionario público, tal y como lo ordenan los artículos 11 de la Constitución Política y, 4 y 11 de la Ley General de la Administración Pública. Pues de lo contrario, permitir la simultaneidad de ambos conceptos en la Administración Pública, puede conllevar a un eventual enfrentamiento entre el interés público y el interés particular del abogado con las consecuencias que ello ocasionaría en perjuicio del interés general (…).
(Dictamen N° C-187-2012 del 30 de julio de 2012) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-320-2001 de 22 de noviembre del 2001; C-209-2002 de 21 de agosto del 2002 y C-270-2013 de 29 de noviembre de 2013)

Pretende asegurar una dedicación integral del funcionario a las labores de su cargo público y evitar los conflictos de intereses.

(…) 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) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-150-2008 del 6 de mayo de 2008, C-147-2011 del 29 de junio de 2011 y C-269-2014 de 4 de setiembre de 2014)

Tanto la prohibición para el ejercicio liberal como la dedicación exclusiva tutelan los principios de objetividad, lealtad, imparcialidad, transparencia y neutralidad que rigen la función pública.

(…) en virtud del carácter que tiene la función pública en nuestro ordenamiento jurídico, se ha intentado regular en alguna medida la incompatibilidad de intereses que pudieran surgir entre aquellos propios del cargo que ocupa un funcionario público y los derivados del ejercicio de la profesión que ostenta como tal, pues de darse una confrontación entre ambos conceptos, podría contravenirse con los principios de la objetividad, lealtad, imparcialidad, transparencia y neutralidad. Mismos que derivan de la máxima constitucional del artículo 11, según la cual todo funcionario público, una vez sometido al régimen jurídico que le rige, se encuentra obligado a cumplir a cabalidad con cada uno de los deberes y obligaciones que su puesto le demanda. De este modo y con el fin de prevenir cualquier colisión de estos intereses, se han desarrollado los institutos jurídicos de la dedicación exclusiva y la prohibición para el ejercicio particular de la profesión (…).
(Dictamen N° C-193-2008 del 4 de junio de 2008)

La prohibición implica una incompatibilidad de la función pública con otras funciones.

(…) la Sala Constitucional ha especificado que lo que normalmente se denomina como prohibición es en realidad una incompatibilidad de la función pública con otras funciones, incompatibilidad que se fundamenta en los artículos 9, 11 y 191 de la Constitución Política, y que tiene como finalidad proteger la función pública e impedir las situaciones en las que el funcionario pueda verse afectado o imposibilitado para realizar sus deberes

con eficiencia, imparcialidad e independencia, o aquéllas en donde haya un conflicto de intereses (…).
(Dictamen N° C-301-2011 del 6 de diciembre de 2011)

La prohibición tiene un fundamento ético.

(…) la Sala Segunda ha indicado que la prohibición tiene un fundamento ético, "… pues lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades en el campo privado, cuando resultan inconvenientes, porque puede afectar la necesaria intensidad de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una indeseable confusión de intereses en detrimento de la objetividad que debe privar siempre en la función pública. Como puede notarse de este recuento histórico, la legitimación para el reclamo del plus salarial de prohibición surge de las leyes que determinan los destinatarios de ese rubro salarial (…).
(Dictamen N° C-301-2011 del 6 de diciembre de 2011)

El régimen de la prohibición tiene reserva de ley y su interpretación debe ser restrictiva.

(…) Como lo señalamos, la prohibición en el ejercicio de determinada profesión constituye una restricción a la libertad profesional, por lo tanto, se encuentra sujeta al régimen jurídico de libertades para su imposición, lo que supone la existencia de una reserva de ley para su implementación así como la obligatoriedad de interpretar restrictivamente las normas que la imponen (…).
(Dictamen N° C-346-2014 del 20 de octubre de 2014) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-270-2012 del 19 de noviembre de 2012 y C-098-2014 del 21 de marzo de 2014)

Opera, únicamente si está prevista por una ley para el puesto respectivo.

(…) Como regla de principio, los funcionarios públicos tienen la libertad para ejercer la profesión que ostentan una vez que ha concluido su jornada de trabajo, salvo que esta libertad de ejercicio esté prohibida por una ley que así lo disponga. (…) La prohibición, por lo tanto, es inherente al puesto, es decir, no está sujeta a la voluntad de la Administración o del funcionario público, por ende, la misma resulta ineludible e irrenunciable. Como lo señalamos, la prohibición en el ejercicio de determinada profesión constituye una restricción a la libertad profesional, por lo tanto, se encuentra sujeta al régimen jurídico de libertades para su imposición, lo que supone la existencia de una reserva de ley para su implementación así como la obligatoriedad de interpretar restrictivamente las normas que la imponen (…).
(Dictamen N° C-208-2007 del 25 de junio de 2007) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-096-2011 del 26 de abril de 2011)

Se requiere tener el grado académico y estar habilitado para ejercer la profesión.

(…) Un requisito lógico y evidente para percibir una compensación económica derivada de la prohibición para el ejercicio liberal de una profesión es, justamente, ser profesional y estar habilitado para ejercer la profesión. Sin ello, el pago de la compensación salarial no tendría fundamento jurídico (…).
(Dictamen N° C-433-2008 del 10 de diciembre de 2008)

Requisito "sine qua non". Ostentar una profesión liberal sobre la cual se impida su ejercicio a nivel privado, lo cual no resulta aplicable al caso de los artistas.

(…) siendo la prohibición un régimen concebido para las profesiones liberales, es requisito sine qua non para quedar sujeto al régimen, ostentar justamente una profesión liberal sobre la cual se impida su ejercicio a nivel privado, lo cual, como vimos, no resultaría aplicable al caso de los artistas.//Según vimos, 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 -dado su carácter indemnizatorio-,

y este perjuicio se refiere justamente al costo de oportunidad que significa no poder atender clientela privada fuera de la jornada institucional. / / Así las cosas, los profesionales en arte que son funcionarios no estarían sujetos al régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, tanto porque su profesión no tiene esa naturaleza liberal, como por el hecho de que en tanto se encuentran en posibilidad de desarrollar actividades profesionales artísticas fuera de su jornada en el cargo público – incluyendo actividades remuneradas- no existe el perjuicio económico que justificaría el pago de este rubro (…).
(Dictamen N° C-190-2010 del 1 de setiembre de 2010)

La incorporación es requisito en el tanto sea necesaria para el ejercicio liberal de la profesión respectiva.

(…) Como se desprende de la extensa cita, la incorporación al colegio profesional respectivo, constituye un requisito indispensable para la aplicación del régimen de prohibición, requisito que deberá ser cumplido siempre que la incorporación al colegio respectivo resulte indispensable para ejercer la profesión liberal (…).
(Dictamen N° C-252-2012 del 29 de octubre de 2012) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-270-2012 del 19 de noviembre de 2012)

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

(…) En cuanto al ejercicio de la profesión liberal, hemos señalado que la libertad profesional es una libertad fundamental y su restricción es reserva de ley (ver OJ-132-2006 del 21 de setiembre del 2006). Que 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-190-2010 del 1 de setiembre de 2010)

La regla es que el funcionario tenga libertad de ejercer liberalmente su profesión fuera de la jornada laboral, la excepción cuando por ley o causa justificada se restringe.

(…) La libertad profesional es un derecho fundamental que garantiza la elección de la profesión y la libertad de su ejercicio. Ese derecho no se encuentra contemplado expresamente en la Carta Magna, pero se deriva de sus artículos 46 y 56, los cuales establecen la libertad de empresa y el derecho al trabajo. Por ende, su restricción, reducción o extinción únicamente es posible a través de una ley formal o norma superior a la ley y por causas debidamente justificadas, como la utilidad o el interés público (opinión jurídica OJ-117-2004 del 27 de setiembre de 2004). (…) En consecuencia, es claro que los funcionarios públicos tienen la libertad de ejercer de manera privada su profesión una vez que finalice la jornada laboral para la cual se les contrató; sin embargo, en los casos en que así se justifique, la ley (no así la Administración vía reglamentaria o por acto administrativo), puede prohibir el ejercicio liberal de la profesión, para garantizar la prevalencia del interés público sobre cualquier tipo de interés privado (…).
(Dictamen N° C-301-2011 del 6 de diciembre de 2011)

La administración de oficinas no constituye una profesión liberal.

"(…) 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. 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. Ello igualmente explica que, tratándose de labores de secretariado, lo normal y usual es que sean prestadas al servicio de un patrono, y no que se tenga una oficina abierta de atención al público. Ello por cuanto la función de apoyo administrativo ostenta naturaleza permanente, a diferencia de los servicios del profesional liberal, que son susceptibles de ser prestados a un número indeterminado de clientes para la atención de casos o trabajos específicos, retribuidos con el pago de honorarios (…).
(Dictamen N° C-257-2008 del 23 de julio de 2008) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-200-2008 del 12 de junio de 2008 y C-212-2009 del 30 de julio de 2009)

Conceptualización de profesiones liberales.

(…) en la opinión jurídica N° OJ-076-2003 del 22 de mayo del 2003 explicamos que como profesiones liberales deben entenderse: "(…) 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-346-2014 del 20 de octubre de 2014) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-287-2006 del 18 de julio de 2006 y C-059-2013 del 10 de abril de 2013)

Caracterización de las profesiones liberales.

(…) las profesiones liberales se caracterizan, en primer lugar, por dos notas distintivas, a saber, a) Su ejercicio requiere de un grado universitario y la respectiva colegiación, y b.) Ser susceptibles de ejercerse en el mercado de servicios (…) el dictamen C-379-2005 puntualizó que las profesionales liberales deben reunir dos aspectos adicionales de carácter esencial, a saber i) La libertad de juicio e independencia del profesional, y ii) La existencia de una relación de confianza con su cliente (…) Asimismo, se impone hacer cita del dictamen C-212-2009 de 30 de julio de 2009. La importancia de este dictamen radica en haber subrayado que el elemento central de una profesión liberal, aparte de la libertad de criterio, es la especial relación de confianza entre el profesional y su cliente (…) Así las cosas, las profesionales liberales se caracterizan por la especial relación de confianza entre el profesional y su cliente. Relación de confianza que se manifiesta en la libertad de criterio e independencia del profesional. Este es el responsable por la aplicación de su conocimiento. Valga decir que, de acuerdo con el dictamen C-212-2009, esta libertad técnica incluso supervive en el caso de que el profesional realice su actividad bajo una relación de subordinación laboral (…).
(Dictamen N° C-145-2013 del 31 de julio de 2013)

Aspectos que determinan que una profesión es liberal.

(…) el carácter liberal de una profesión depende de aspectos objetivos, como la libertad con que cuenta su titular para organizar su trabajo y para idear los medios que permitan alcanzar los objetivos para los que se le contrató. (…). La prestación de un servicio por parte de un profesional liberal se origina en una relación de confianza, donde el prestatario del servicio (en virtud de su conocimiento sobre la materia) elige los medios que estima más eficaces y eficientes para el logro de los fines deseados. Puede ocurrir que los servicios prestados por un profesional liberal se brinden bajo una relación de subordinación laboral (como ocurre por ejemplo con los servicios que presta un médico contratado por la Caja Costarricense de Seguro Social, institución esta última que podría ejercer, sobre el profesional, los atributos propios de una relación de subordinación jerárquica), o sin ella (como ocurre cuando se acude directamente al consultorio privado del médico); sin embargo, en ninguno de esos dos casos, el profesional está sujeto a una subordinación

técnica, pues sigue siendo "libre" (de ahí el carácter de profesional liberal) para escoger los medios que le permitan alcanzar los fines deseados. Así, el carácter liberal de una profesión no puede depender de situaciones subjetivas, como el tipo de funciones que se le encarguen –en un puesto específico– a uno de los graduados de una carrera determinada, o de su experiencia, o de su capacidad individual, etc., sino de la preparación profesional que recibe, sobre todo, del tipo de materias aprobadas y del objetivo al que se dirigen los conocimientos adquiridos (…).
(Dictamen N° C-212-2009 del 30 de julio de 2009)

Durante permiso sin goce de salario no opera la prohibición, salvo cuando el ejercicio profesional suponga un conflicto de intereses respecto a las funciones del puesto.

(…) Sin embargo, durante el otorgamiento de un permiso sin goce de salario no puede mantenerse de manera generalizada la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión, pues ello implicaría una restricción del derecho al trabajo, salvo cuando dicho ejercicio suponga un conflicto de interés con sus funciones habituales en la institución pública para la cual labora, comprometiendo los deberes de imparcialidad, objetividad y probidad que debe cumplir (…).
(Dictamen N° C-147-2011 del 29 de junio de 2011)

Puede ejercerse docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada. Conceptualización de educación superior.

(…) No obstante, a la prohibición que establece el artículo 14 de cita, se le contraponen una serie de excepciones dispuestas en la propia ley, entre las que podemos encontrar el ejercicio de la docencia en centros de enseñanza superior. De acuerdo con esta excepción, es necesario indicar que se entiende como "educación superior", *"todo tipo de estudios, de formación o de formación para la investigación en el nivel postsecundario, impartidos por una universidad u otros establecimientos de enseñanza que estén acreditados por las autoridades competentes del Estado como centros de enseñanza superior" (Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el siglo XXI).*//Al disponer el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que se exceptúan de la prohibición para el ejercicio de la profesión liberal "la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria", debemos entender -al tenor del principio de legalidad- que dicha excepción se refiere única y exclusivamente a aquellos centros universitarios -Estatales o privados- que se encuentren debidamente autorizados como centros de enseñanza superior por el CONESUP (…).
(Dictamen N° C-224-2014 del 30 de julio de 2014)

Los funcionarios pueden impartir cursos en colegio profesional al que pertenecen en razón de su obligación gremial.

(…) Ahora bien, no podemos dejar de lado que dentro de las obligaciones que los miembros de un colegio profesional tiene respeto al gremio (algunas de ellas dispuestas a nivel legal), podemos encontrar obligaciones de índole académicas a fin de desarrollar en grado intelectual la profesión en sí misma. Prohibir a los profesionales impartir cursos, talleres, charlas o conferencias en Colegios Profesionales, significaría extender la limitación contenida en el artículo 14 de cita, a un ámbito gremial que no se encuentra contemplado dentro de los fines cubiertos por Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. En consecuencia, si bien no es posible que dentro de la excepción contemplada en el párrafo segundo del artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, tengamos contempladas las actividades sometidas a consulta, a saber, realizar cursos, charlas, conferencias o talleres en el Colegio de Contadores, ya que esta institución no es una centro educación superior debidamente autorizados por CONESUP, no obstante, si estas actividades se tratan del desarrollo profesional dentro del marco de eventos de cursos, talleres, capacitaciones, charlas, etc., en un colegio profesional, el colegiado –profesional- se encontraría en la obligación de realizar estas actividades, como parte de los compromisos gremiales, de suerte tal que la realización de estas actividades no encontrarían la dispensa a la prohibición

en el artículo 14 de la ley N°8422, si no en las obligaciones que como profesionales agremiados tienen que cumplir (…).
(Dictamen N° C-224-2014 del 30 de julio de 2014)
Pago compensatorio. Procede sólo en caso de que la ley reconozca tanto la prohibición para el puesto como la compensación.

(…) dentro del régimen de prohibición debemos distinguir entre dos presupuestos: el primero, la existencia de una ley que prohíba a un determinado grupo de funcionarios el ejercicio de una profesión y el segundo, una norma, también de rango legal, que permita el pago de una compensación económica derivada de esa prohibición. (…) esta Procuraduría ha señalado que existen dos presupuestos para la procedencia del pago de la compensación económica: "En lo que atañe al tema de consulta, se ha podido observar del anterior texto, dos supuestos importantes para la procedencia, en estricto sentido, del pago de la mencionada compensación económica, a saber: que el puesto ocupado por el funcionario se encuentre afectado por la aludida prohibición, y que al mismo tiempo se reúna el requisito mínimo académico que el cargo requiere para el ejercicio de las funciones correspondientes."
(Dictámenes C-329-2005 del 16 de setiembre del 2005 y C-089-20063 de marzo de 2006, el resaltado es del original) (…). (Dictamen N° C-208-2007 del 25 de junio de 2007). (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-096-2011 del 26 de abril de 2011; C-301-2011 del 6 de diciembre de 2011; C-187-2012 del 30 de julio de 2012; C-252-2012 del 29 de octubre del 2012; C-270-2012 del 19 de noviembre de 2012; C-098-2014 del 21 de marzo de 2014 y C-346-2014 del 20 de octubre de 2014)

Pago compensatorio. Opera cuando existe norma legal que lo autorice. El pago hecho por costumbre administrativa no genera derechos adquiridos.

(…) Desde esta perspectiva, a sabiendas de que la Administración Pública carece de una potestad para decidir unilateral o contractualmente cuáles servidores están sujetos a prohibición para el ejercicio privado de la profesión o actividades atinentes al cargo, puesto que la prohibición sólo puede tener su origen en la ley, y que ante la ausencia de una norma de rango legal en tal sentido, debe entenderse que el profesional es libre para laborar privadamente, estimamos que la práctica o costumbre administrativa que se ha seguido en ese Ministerio en lo atinente al pago del complemento económico por concepto de prohibición sin norma de rango legal que así lo autorice, resulta abiertamente contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, no es posible derivar de ella una autorización del bloque de legalidad a favor de la Administración para continuar actuando en esa dirección ni, mucho menos, derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidas a favor de sus trabajadores que obliguen continuar devengando dicho complemento salarial a futuro (…).
(Dictamen N° C-286-2007 del 22 de agosto de 2007)

Pago compensatorio. Requisito: norma expresa que lo autorice. No basta norma que establezca la prohibición.

(…) Si bien mediante el mencionado artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establece el impedimento al ejercicio liberal de la profesión de abogacía que ostentan los funcionarios o servidores que prestan el servicio en los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República y de las municipalidades, esa restricción por sí misma no autoriza una compensación económica. Debe existir por aparte una norma legal que expresamente establezca el pago respectivo (…).
(Dictamen N° C-187-2012 del 30 de julio de 2012) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-299-2005 del 19 de agosto de 2005; C-252-2012 del 29 de octubre de 2012; C-270-2012 del 19 de noviembre del 2012 y C-098-2014 del 21 de marzo de 2014)

Incumplimiento. Constituye falta grave.

(…) Bajo esta misma línea de pensamiento, en el caso de los servidores sujetos al régimen de prohibición, los artículos 20 y 21 del Reglamento para el pago de la compensación económica

por concepto de prohibición, señalan que el incumplimiento de los deberes impuestos por aquel régimen podría constituir una falta grave que amerite el despido del trabajador (…).
(Dictamen N° C-179-2007 del 12 de noviembre de 2007)
Incumplimiento. Obligación de devolver dineros recibidos por dicho concepto.

(…) Ahora bien, además de las sanciones disciplinarias, el Decreto Ejecutivo 22614 establece la obligación de devolver los dineros recibidos por concepto de prohibición a aquellos servidores a quienes se les haya comprobado que han incumplido con las obligaciones inherentes al régimen de prohibición. / /La razón de esta norma es evidente. Si la compensación se otorga con la finalidad de mitigar los efectos económicos que podría producir una limitación a la libertad profesional y laboral de los servidores, la causa justa que motiva su pago desaparece cuando el trabajador incumple con su obligación y desarrolla labores privadas. Así, de mantener el servidor los dineros percibidos durante este tiempo por este concepto, incurriría en nuestro criterio en un enriquecimiento sin causa, pues como señalamos, la causa que motivó su pago desapareció (…).
(Dictamen N° C-179-2007 del 12 de noviembre de 2007)

Funcionario sometido al régimen no pierde condición de profesional liberal, porque mantiene independencia de criterio al hacer funciones públicas.

(…) En este punto se hace necesario hacer una importante digresión, relativa al caso de aquellos que ostentan una profesión liberal y, sin embargo, prestan sus servicios como asalariados, toda vez que hemos venido señalando como característica de estos servicios profesionales el hecho de que no existe relación de dependencia ni permanente con la clientela, aunque pueda haber habitualidad en el requerimiento de los servicios. 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. (…).
(Dictamen N° C-257-2008 del 23 de julio de 2008) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-200-2008 del 12 de junio de 2008)

Ejercicio del notariado. Requisitos para ejercicio liberal.

(…) se explica que de una relación armoniosa entre los artículos 4, inciso f) y 5, inciso d), del citado Código Notarial, así como lo establecido en la Sentencia Constitucional No. 13672-2004, el notario que ocupe un cargo en la Administración Pública, solamente podría ejercer el notariado externamente, si no existe norma a lo interno de la institución que se lo prohíba y además reúna el resto de requisitos, como el ocupar un puesto a plazo fijo, no estar sujeto al régimen de servicio civil, no recibir compensación económica por prohibición o dedicación exclusiva y no existir superposición horaria entre la función pública y la de notariado (…).
(Dictamen N° C-144-2007 del 8 de mayo de 2007)

Régimen aplicable a los funcionarios de la auditoría interna.

(…) Con la puesta en vigencia de la Ley General de Control Interno, y por medio del inciso c) del artículo 34, se le impide el ejercicio liberal de la profesión a los funcionarios que ocupan cargos de auditor interno, subauditor interno, así como a los demás funcionarios que realicen tareas meramente sustantivas en la auditoria interna. Y en ese sentido el mismo numeral in fine, señala "Que por las disposiciones contempladas en esta Ley se les pagará un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base (…).
(Dictamen N° C-348-2007 del 3 de octubre de 2007)

Prohibición aplicable a auditores internos incluye cualquier otra profesión.

(…) Diversas normas contienen la prohibición para el ejercicio de profesiones. Así, el artículo 34 de la Ley de Control Interno establece una restricción para el ejercicio de profesiones liberales fuera del cargo para los funcionarios de las auditorias, restricción que se ha interpretado que incluye todas las profesiones que el servidor ostente (…).
(Dictamen N° C-282-2009 del 13 de octubre de 2009)

Municipalidades. Pueden reconocer pago compensatorio al personal que realice labores en materia tributaria y cumpla requisitos académicos.

(…) en lo que respecta a la compensación económica a que refiere la Ley No. 5867 de 15 de diciembre de 1975 y sus reformas, ésta fue creada originalmente para aquel personal de la Administración Tributaria, que en razón de sus cargos, se les prohíbe, fundamentalmente, desempeñarse en la empresa privada en actividades propias de la materia tributaria, salvo en determinadas situaciones. (…) De ahí que esta Procuraduría, mediante el Dictamen No. C-329-2005, de 16 de septiembre del 2005, señaló también que de conformidad con el artículo 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, aquel personal que tenga a cargo tareas de administración, percepción y fiscalización de tributos en otras instituciones del Estado, como sería el caso de las municipalidades, procedería el reconocimiento del pago del citado plus por prohibición al ejercicio privado de la profesión, si reúnen los requisitos que la recién citada normativa establece al respecto (…).
(Dictamen N° C-348-2007 del 3 de octubre de 2007)

Ámbito de aplicación está determinado en razón del cargo ocupado por el funcionario.

(…) El ámbito de aplicación del artículo 14 LCEIFP está determinado en razón del cargo que ocupe el funcionario. Efectivamente, la prohibición para ejercer profesiones liberales, prevista en la norma en comentario, se aplica en función del cargo (…).
(Dictamen N° C-186-2013 del 9 de setiembre de 2013)

El listado de cargos es taxativo.

(…) Ahora bien, como es sabido, el primer párrafo del artículo 14 LCEIFP – desarrollado por el artículo 27 del respectivo reglamento ejecutivo, Decreto N.° 32333 de 12 de abril de 2005-, establece, de forma taxativa, los cargos sujetos a la prohibición impuesta por dicha norma (…).
(Dictamen N° C-067-2013 del 29 de abril de 2013)

El régimen previsto en Ley es exclusivo para profesionales liberales.

(…) Por otra parte, en razón de que en el oficio de consulta se afirma que el régimen de la Ley N° 8422 está concebido para cualquier profesión que posea el funcionario, es necesario recalcar que, tal como dispone expresamente el artículo 14 del citado cuerpo normativo, y como ha sido reiterado en diversas ocasiones por este Órgano Asesor, se trata de un régimen que opera única y exclusivamente tratándose de profesiones liberales, y no de cualquier grado académico profesional (…).
(Dictamen N° C-346-2014 del 20 de octubre de 2014) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-287-2006 del 18 de julio de 2006)

El régimen establecido en el artículo 14 de la Ley prohíbe el ejercicio de todas las profesiones que se tengan y no sólo la que es requisito del cargo.

(…) 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 públicos, 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-270-2013 del 29 de noviembre de 2013)

Las profesiones no liberales no están cubiertas por la limitación del artículo 14 de la Ley.

(…) Ahora bien, tal y como ya se ha indicado el régimen de prohibición resulta aplicable al caso de funcionarios que ostentan una profesión liberal, por lo que resulta de gran importancia tener claro que existen ramas del saber en las que puede alcanzarse un grado profesional en razón de una determinada formación académica universitaria, pero, ello no implica necesariamente que estemos en presencia de una profesión liberal (…).
(Dictamen N° C-270-2013 del 29 de noviembre de 2013)

La profesión de la docencia se encuentra excluida del alcance de la norma porque no es una profesión liberal.

(…) aunque es claro que los docentes son profesionales, es también evidente que pertenecen a una especie distinta de los profesionales liberales, a saber son profesionales de erudición. Nuevamente, la función y tarea principal del docente es la transmisión del conocimiento, incluso en orden a la formación de los otros profesionales, incluyendo los liberales. Por el contrario, el profesional liberal tiene por tarea aplicar dicho conocimiento al servicio de los intereses de una persona (…) la prohibición del artículo 14 LCEIFP impide solamente al ejercicio de las profesiones liberales. A contrario sensu, en el caso de las personas que ostenten una profesión de naturaleza distinta – sea, con carácter no liberal -, su práctica no se encuentra obstaculizado por el artículo 14, sin perjuicio de que se le apliquen las incompatibilidades previstas en los artículos 17 y 18 LCEIFP. Ergo, siendo que el artículo 14 LCEIFP no ha abarcado dentro de la prohibición la práctica de las profesiones académicas o de erudición, incluyendo la docencia, debe entenderse que su supuesto se encuentra excluido del alcance de la norma (…).
(Dictamen N° C-145-2013 del 31 de julio de 2013) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C 205-2014 de 25 de junio de 2014)

Pago compensatorio. Opera cuando existe norma legal que lo autorice. El pago hecho por costumbre administrativa no genera derechos adquiridos.

(…) a sabiendas de que la Administración Pública carece de una potestad para decidir unilateral o contractualmente cuáles servidores están sujetos a prohibición para el ejercicio privado de la profesión o actividades atinentes al cargo, puesto que la prohibición sólo puede tener su origen en la ley, y que ante la ausencia de una norma de rango legal en tal sentido, debe entenderse que el profesional es libre para laborar privadamente, estimamos que la práctica o costumbre administrativa que se ha seguido en ese Ministerio en lo atinente al pago del complemento económico por concepto de prohibición sin norma de rango legal que así lo autorice, resulta abiertamente contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, no es posible derivar de ella una autorización del bloque de legalidad a favor de la Administración para continuar actuando en esa dirección ni, mucho menos, derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidas a favor de sus trabajadores que obliguen continuar devengando dicho complemento salarial a futuro (…).
(Dictamen N° C-286-2007 del 22 de agosto de 2007)

Obligación de devolver dineros recibidos por concepto de prohibición.

(…) además de las sanciones disciplinarias, el Decreto Ejecutivo 22614 establece la obligación de devolver los dineros recibidos por concepto de prohibición a aquellos servidores a quienes se les haya comprobado que han incumplido con las obligaciones inherentes al régimen de prohibición.//La razón de esta norma es evidente. Si la compensación se otorga con la finalidad de mitigar los efectos económicos que podría producir una limitación a la libertad profesional y laboral de los servidores, la causa justa que motiva su pago desaparece cuando el trabajador incumple con su obligación y desarrolla labores privadas. Así, de mantener el servidor los dineros percibidos durante este tiempo por este concepto, incurriría en nuestro

criterio en un enriquecimiento sin causa, pues como señalamos, la causa que motivó su pago desapareció (…).
(Dictamen N° C-179-2007 del 12 de noviembre de 2007)
Abogados. Restricción del ejercicio liberal de la abogacía recae para todos los funcionarios públicos abogados que presten el servicio en los Poderes Ejecutivo y Judicial, el TSE, la CGR, la PGR y las municipalidades.

(…) Esta Procuraduría en reiteradas y diversas ocasiones se ha pronunciado en torno al régimen de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión de abogado, al tenor del artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que a la letra, establece: (…) Es clara la citada norma al establecer que la restricción del ejercicio liberal de la profesión va dirigida a todos aquellos servidores o funcionarios públicos abogados en propiedad o interinos, que presten el servicio en cualquiera de las instituciones a que se hacen alusión allí, es decir, de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República y de las municipalidades; excepto en la atención de sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados (…).
(Dictamen N° C-187-2012 del 30 de julio de 2012) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-300-2011 del 5 de diciembre de 2011)

Municipalidades. Abogados tiene prohibición para ejercicio liberal de profesión.

(…) el régimen de prohibición de los abogados de las corporaciones municipales les impide ejercer su profesión liberal para brindar servicios a terceros, por lo que no existe un supuesto en el cual el abogado pudiera cobrar honorarios o costas personales por trabajos efectuados a terceras personas (…) los únicos supuestos en los cuales será posible el ejercicio liberar de la profesión por los abogados de las municipalidades, será aquellos relacionados con los asuntos propios, y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados. Fuera de estos supuestos, no podría permitirse el cobro de honorarios o costas personales en asuntos de terceros a los abogados municipales (…).
(Dictamen N° C-278-2012 del 23 de noviembre de 2012)

No es inconstitucional la no previsión legal de pago compensatorio.

(…) El Tribunal Constitucional ha aclarado que la incompatibilidad es una condición inherente al empleo público, pero que es el legislador quien define los grados de incompatibilidad, los sectores a los que se debe aplicar y determina la procedencia o no de un pago por esa condición. Asimismo, ha especificado que la compensación económica por concepto de prohibición no se puede exigir a título de derecho fundamental, porque no se encuentra en la Carta Magna, por lo que la exclusión del pago de la prohibición a algunos funcionarios no es inconstitucional (…).
(Dictamen N° C-301-2011 del 6 de diciembre de 2011)

Municipalidades. Profesionales en ingeniería, arquitectura, topografía y similares, aún y cuando no están sujetos a prohibición, deben respetar horario laboral y no pueden entrar en conflicto de intereses.

(…) En cuanto a la duda sobre los funcionarios que ostentan la profesión de ingeniería, arquitectura o topografía, u otras similares, cabe observar que si bien no existe norma legal que les restrinja el ejercicio liberal de la profesión, o no están sujetos al Régimen de Dedicación Exclusiva de la Función Pública, es lo cierto que existen en el ordenamiento jurídico municipal, disposiciones legales que expresamente prohíben a todo funcionario o servidor municipal actuar en el desempeño de sus cargos, con fines distintos de los encomendados en sus contratos de trabajo, tener obligaciones laborales en otras entidades, públicas o privadas, o adquirir compromisos con evidente superposición horaria con la municipalidad, o bien se le prohíbe participar en actividades vinculadas con empresas o intereses privados que puedan causar evidente perjuicio a los municipales o competir con ellos (véanse incisos b),c) y d) del artículo 148 del Código Municipal (…).
(Dictamen N° C-139-2012 del 5 de junio de 2012) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-163-2012 del 28 de junio de 2012)

SOBRE LA FIGURA DE LA DEDICACIÓN EXCLUSIVA

Dedicación exclusiva se acuerda en forma voluntaria mientras que la prohibición es obligatoria por ley.

(…) Como hemos podido notar, el sistema de la Dedicación Exclusiva es de carácter consensual, sinalagmático y distinto al que prevé la mencionada Ley # 5867 y el numeral 34 in fine de la Ley General de Control Interno, pues, para el otorgamiento de aquel sobresueldo debe converger la voluntad de la Administración con la del personal, cuyos puestos requieren de la profesión que ostentan y que en principio, podría darse una colisión de intereses entre ambos conceptos (…).
(Dictamen N° C-348-2007 del 3 de octubre de 2007)

Dedicación exclusiva se pacta mediante un contrato suscrito entre el funcionario y la Administración.

(…) La dedicación exclusiva es un acuerdo (…) entre la Administración y el servidor público para que éste segundo no desempeñe ninguna labor relacionada con su profesión (…) de manera privada, con lo cual la Administración se asegura que el funcionario dedicará todo su tiempo y esfuerzo a las labores encomendadas, a cambio de un sobresueldo (…).
(Dictamen N° C-278-2012 del 23 de noviembre de 2012) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-348-2007 del 2 de octubre de 2007; C-357-2007 del 3 de octubre de 2007; C-282-2009 del 13 de octubre de 2009 y C-147-2011 del 29 de junio de 2011)

Aunque esté prevista la posibilidad mediante una ley sigue siendo facultativa para Administración.

(…) el artículo 13 en cuestión dispone, que los puestos de la Unidad Técnica de Gestión Vial Municipal deberán ser nombrados por cargo fijo a tiempo completo, y de acuerdo con la condición profesional, "preferentemente" compensadas bajo el régimen de dedicación exclusiva. Respecto a la dedicación exclusiva, la norma en sí no tiene un carácter preceptivo, sino más bien un carácter potestativo, atribuyéndole a la entidad municipal la facultad de decidir la aplicación del régimen de dedicación exclusiva como un plus salarial a favor de los funcionarios profesionales de las Unidades (…).
(Dictamen N° C-089-2013 del 27 de mayo de 2013)

Naturaleza consensual. El funcionario tiene la posibilidad de valorar conveniencia. Diferencias entre la dedicación exclusiva y la prohibición.

(…) 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 (…).
(Dictamen N° C-236-2007 del 17 de julio de 2007)

Naturaleza consensual. Una vez acordada ninguna de las partes puede cambiar condiciones de manera unilateral.

(…) 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." (…) Es claro que una vez suscrito un contrato de dedicación exclusiva, ninguna de las partes puede cambiar unilateralmente las condiciones que fueron pactadas (…).
(Dictamen N° C-236-2007 del 17 de julio de 2007)

Carácter contractual.

(…) el régimen de dedicación exclusiva es de carácter meramente contractual; es decir, el profesional a que allí se alude se sujeta a ese régimen de manera voluntaria, mediante un convenio suscrito entre él y la Administración, a fin de que el primero se obligue a dedicarse exclusivamente a la función pública bajo los términos previstos en dicha reglamentación, mientras que la institución pública correspondiente se obliga a retribuirle un determinado porcentaje adicional calculado sobre el salario base, durante el contrato por dedicación exclusiva. (…).
(Dictamen N° C-300-2011 del 5 de diciembre de 2011)

Características fundamentales del contrato.

(…) Se concluye entonces que el contrato cuyo análisis nos ocupa, presenta tres características fundamentales: / / Es público. En tanto el sujeto patronal que autoriza y suscribe el vínculo, lo es, precisamente la Administración teniendo como contraparte un funcionario de igual naturaleza, único posible de rubricar un contrato que otorgue tal beneficio. / / Deviene en sinalagmático, ya que, impone obligaciones a ambas partes, en este caso al profesional de no ejercer su carrera a favor de terceros y a la Administración de retribuirle con un plus salarial. Siendo además que la obligación a cargo de una parte correlativamente se convierte en un derecho para la otra. Es decir que el Patrono tiene derecho a exigir del funcionario que no funja como profesional al servicio de otros y éste último tiene el derecho de requerir del primero que le pague el monto acordado. / / Es conmutativo, porque la prestación a favor de cada estipulante a cambio de lo que da, consiste en una ventaja cierta. Para el servidor un aumento patrimonial de índole salarial y para el Estado la exclusividad del funcionario (…).
(Dictamen N° C-206-2009 del 23 de julio de 2009)

El Estado puede rescindir unilateralmente los contratos de dedicación exclusiva en virtud de los principios generales de contratación administrativa.

(…) El marco normativo básico de la dedicación exclusiva (para los órganos sujetos al Régimen de Servicio Civil) se encuentra en la resolución DG-254-2009 mencionada (…) No obstante, dicha resolución no hace referencia alguna a la posibilidad de que la Administración rescinda el contrato por razones de oportunidad y conveniencia, en virtud de un cambio en las circunstancias que en su momento justificaron su suscripción. Ante ello, es necesario tener en cuenta que la suscripción de contratos de dedicación exclusiva se realiza al amparo de los principios generales de contratación administrativa, principios que admiten la potestad del Estado de rescindir unilateralmente, por razones de oportunidad y conveniencia, los contratos administrativos en curso de ejecución. Al analizar el tema, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia 072-2003 de las 9:40 horas del 14 de febrero de 2003, dejó claro que el Estado sí puede acudir a la figura de la rescisión contractual prevista en la Ley de Contratación Administrativa, para dejar sin efecto un contrato de dedicación exclusiva (…) Es importante agregar que la Sala Constitucional ha indicado que para dejar sin efecto un contrato de dedicación exclusiva por razones de oportunidad y conveniencia (es decir, para proceder a su rescisión), no es necesario seguir un proceso de lesividad (…).
(Dictamen N° C-380-2014 del 5 de noviembre de 2014) (En igual sentido puede verse la opinión jurídica N° OJ-067-2005 del 26 de mayo de 2005 y el dictamen N° C-290-2007 del 23 de agosto de 2007)

Diferencia con la prohibición.

(…) En cuanto al régimen de dedicación exclusiva, debemos recordar que éste 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, 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-190-2010 del 1 de setiembre de 2010)

Finalidad. Pretende que el funcionario público preste sus servicios de manera exclusiva para la institución pública que labora.

(…) Antes de dar respuesta a la consulta concreta que se nos plantea, debemos indicar que la dedicación exclusiva es una figura utilizada frecuentemente en las relaciones de empleo público, con el objetivo de lograr que el servidor que ha decidido voluntariamente someterse a ella, preste sus servicios de manera exclusiva para la institución pública con la cual labora (…).
(Dictamen N° C-380-2014 del 5 de noviembre de 2014) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-271-2014 de 4 de setiembre de 2014)

Finalidad. Exclusividad a las funciones del puesto, pero también, incentivar al servidor para que obtenga un nivel académico más alto.

(…) para sujetarse al Régimen de la Dedicación Exclusiva dentro del ámbito de las relaciones de servicio entre el funcionario (a) y la Administración Pública, debe requerirse de la voluntad de ambas partes, plasmada formalmente mediante un contrato, a fin de que el primero se dedique exclusivamente a las funciones del puesto que exige la profesión que ostenta, mientras que la institución que lo contrata se obliga a compensarle un plus porcentual aplicado sobre el salario base que devenga normalmente; aunado a las otras obligaciones previstas en la señalada normativa, que no son del caso mencionar en este estudio. Aunque no está demás señalar, que otros de los objetivos que se persigue con esa clase de retribución salarial, es evitar la fuga del funcionario, privando a la Administración de su idoneidad y capacidad (artículo 2), amén de motivar al servidor (a) profesional a la obtención del más alto nivel académico, para realizar con mayor eficiencia, las tareas encomendadas (…).
(Dictamen N° C-144-2007 del 8 de mayo de 2007)

Se justifica cuando el interés público requiera que el servidor ejerza su profesión liberal únicamente para la administración.

(…) la dedicación exclusiva constituye un instrumento utilizado por las administraciones públicas para asegurarse que el funcionario, en aquellos casos en que el interés público así lo requiera, ejercerá su profesión liberal únicamente para la Administración Pública, concentrando sus esfuerzos en ello. Asimismo, constituye un beneficio salarial, por cuanto al otorgarse una compensación económica por el no ejercicio de la profesión, el salario del funcionario se ve aumentado (…).
(Dictamen N° C-342-2008 del 23 de setiembre de 2008)

La profesión del servidor debe ser una de las exigidas por el Manual de Puestos para desempeño del cargo.

(…) debe señalarse que la dedicación exclusiva tiene como presupuesto para su aplicación, que el funcionario ostente un grado académico que lo califique para ejercer una profesión liberal, que esté inscrito en el respectivo colegio profesional cuando ésta sea una exigencia para el ejercicio de la profesión, y que dicha profesión liberal sea una de las exigidas por el Manual de Puestos para desempeñar el cargo. Es decir, no podría otorgarse el beneficio de dedicación exclusiva a un puesto para el que no se necesite ser profesional, cualquiera que sea el grado académico que ostente el funcionario, pues no existiría una causa que justifique el otorgamiento del beneficio cuando el trabajador no se desempeña para la Municipalidad como un profesional, a pesar de que lo sea (…).
(Dictamen N° C-342-2008 del 23 de setiembre de 2008)

Depende de las exigencias del puesto y no del grado académico.

(…) Si bien la dedicación exclusiva pactada con el funcionario debe ser acorde con el grado académico con que cuente, su determinación dependerá exclusivamente de la exigencia académica que requiera o defina el respectivo puesto, por lo que, si el puesto que ocupan los servidores a quienes se le reconoce el rubro de dedicación exclusiva, exige únicamente como requisito académico el Bachillerato, resultaría a todas luces ilegal e improcedente otorgarles un porcentaje superior, cuando adquieran el grado académico de Licenciatura. Es decir que, si las funciones y responsabilidades propias del cargo no requieren el grado de Licenciatura, a los bachilleres que alcancen el nivel de licenciados no es posible reconocerles ninguna diferenciación en la fijación de los porcentajes por dedicación exclusiva (…).
(Dictamen N° C-290-2007 del 23 de agosto de 2007)

La solicitud del funcionario no obliga a la Administración. Debe valorarse si existen razones o no de interés público que lo justifiquen, como podría ser la prevención de conflictos de intereses.

(…) Pero aun cuando se trate de una situación disponible para el trabajador, quien puede decidir o no solicitarla e incluso renunciarla, se ha considerado que su simple petición de acogerse a dicho régimen no obliga a la Administración a acceder a tal requerimiento (oficios 8010 de 14 de Julio de 1998, 09336-95, 10939-95, 11284-98 y 8035 de 14 de Julio de 1999; todos de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Contratación Administrativa, citados en la OJ-067-2005 de 26 de mayo de 2005 y en el dictamen C-423-2005 de 7 de diciembre de 2005), pues ésta aún bajo los presupuestos expresamente normados, debe ponderar con cierto grado de discrecionalidad administrativa, si existen o no razones de interés público –como podrían ser, por ejemplo, la prevención del denominado "conflicto u oposición de intereses"-, que justifiquen, según la naturaleza y responsabilidades del puesto, contar con un personal de nivel profesional –con el grado de bachiller universitario como mínimo- dedicado exclusivamente a la función pública, y contar así con una fuerza de trabajo idónea y más eficiente (...).
(Dictamen N° C-286-2007 del 22 de agosto de 2007) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-346-2014 del 20 de octubre de 2014)

Resulta improcedente cuando el funcionario está sujeto el régimen de prohibición.

(…) Ahora bien, de este régimen de prohibición al que se encuentran sujetos los abogados de las corporaciones municipales, deviene la imposibilidad de que estos funcionarios se sometan a un régimen de dedicación exclusiva. / / En efecto, (…), resulta improcedente el reconocimiento del pago de dedicación exclusiva cuando el puesto esté sujeto a prohibición (…).
(Dictamen N° C-278-2012 del 23 de noviembre de 2012)

Impide al funcionario el desempeño de labores relacionadas con su profesión de manera privada.

(…) La dedicación exclusiva es un acuerdo (…) entre la Administración y el servidor público para que éste segundo no desempeñe ninguna labor relacionada con su profesión (…) de manera privada, con lo cual la Administración se asegura que el funcionario dedicará todo su tiempo y esfuerzo a las labores encomendadas, a cambio de un sobresueldo (…).
(Dictamen N° C-278-2012 del 23 de noviembre de 2012)

Impide realizar no sólo actividades profesionales de carácter privado sino también el desempeño de otros cargos públicos.

(…) No obstante lo anterior, la dedicación exclusiva ordenada por ley y el régimen de dedicación exclusiva de carácter consensual tienen de común que ambos institutos tienen como objeto evitar que el funcionario de que se trate desvíe su atención y esfuerzos hacia la realización de otras actividades distintas del puesto que se ocupa. En ese sentido, no sólo

que realice actividades profesionales de carácter privado sino también que pueda desempeñar otros cargos públicos (…).
(Dictamen N° C-357-2007 del 3 de octubre de 2007)

Funcionarios sujetos al régimen pueden desarrollar actividades privadas, siempre que para ello no se requiera del ejercicio de la profesión sometida a la dedicación exclusiva.

(…) Como bien afirma la Asesoría Jurídica del MAG, en el segundo dictamen jurídico que hemos reseñado, los funcionarios públicos con dedicación exclusiva, en principio, pueden ejercer actividades privadas -remuneradas o ad honores-, como es el caso de desempeñar cargos en juntas directivas, consejos administrativos, ser apoderados de asociaciones, sociedades anónimas, cooperativas, organizaciones no gubernamentales, etc., siempre que para el desempeño de esos cargos o funciones no se requiera un título académico de la profesión que está sometida al régimen de dedicación exclusiva, que no implique la realización de actividades relacionadas con esa profesión y que no hay superposición horaria (…).
(Dictamen N° C-103-2009 del 16 de marzo de 2009)

Las actividades privadas que puede llevar a cabo el funcionario dependen de las condiciones pactadas en el contrato.

(…) Al ser el régimen de dedicación exclusiva una relación contractual voluntaria, para determinar que puede hacer o no en el ámbito privado el funcionario, tanto cuando ejerce otra profesión como cuando no, se debe recurrir, en todo momento, a lo pacto por las partes, sea al contrato de dedicación exclusiva. Si en él se establece una cláusula en la que el funcionario público se obliga a no laborar en ninguna otra actividad fuera de su jornada de trabajo, evidentemente, no podría dedicarse a ejercer la otra profesión ni tampoco dedicarse a otras actividades privadas remuneradas (…).
(Dictamen N° C-103-2009 del 16 de marzo de 2009)

La Administración podría suscribir contrato con un funcionario aún y cuando se trate de una profesión no liberal.

(…) Por su parte, el régimen de dedicación exclusiva también ha sido usualmente aplicado al caso del ejercicio de las profesiones liberales. No obstante, a partir de los términos de la normativa que regula la suscripción de este contrato, se advierte que no establece que el objeto contractual deba ser únicamente el ejercicio de las profesiones liberales, sino que se refiere en términos genéricos al ejercicio de la profesión (…).
(Dictamen N° C-190-2010 del 1 de setiembre de 2010)

Puede ser aplicada a todas las profesiones, incluyendo las artísticas.

(…) este régimen ha sido usualmente aplicado al caso del ejercicio de las profesiones liberales. No obstante, a partir de los términos de la normativa que regula la suscripción de este contrato –es decir, el Decreto 23669 del 18 de octubre de 1994 (Normas de Aplicación de la Dedicación Exclusiva por las Instituciones Empresas Públicas Cubiertas por el Ámbito de la Autoridad Presupuestaria)– se advierte que el contrato no establece que el objeto contractual deba ser únicamente el ejercicio de las profesiones liberales, sino que se refiere en términos genéricos al ejercicio de la profesión. (…) Desde esa óptica, eventualmente la Administración podría determinar que resulta procedente y conveniente convenir con los artistas que ocupan un cargo público un contrato de esta naturaleza, en cuyo caso entonces el profesional no podría desarrollar sus actividades artísticas en forma privada, fuera de su jornada, sino que habría de limitarse única y exclusivamente a desempeñarse en su cargo público (…).
(Dictamen N° C-190-2010 del 1 de setiembre de 2010)

Funcionarios cubiertos por decreto número 23669-H sí pueden ejercer otras profesiones no cubiertas por contrato.

(…) Nos consulta (…) si el funcionario que ha suscrito un contrato de dedicación exclusiva de conformidad con las Normas de Aplicación de la Dedicación Exclusiva por las Instituciones Empresas Públicas Cubiertas por el Ámbito de la Autoridad Presupuestaria, decreto número 23669-H, pueden ejercer otras profesiones que no estén cubiertas por el contrato de dedicación que suscribió. En nuestro criterio, si es posible, como regla de principio, que el funcionario que ostente más de una profesión y que haya firmado un contrato de dedicación exclusiva con la administración, pueda ejercer la profesión que no ha sido cubierta por el contrato suscrito (…).
(Dictamen N° C-282-2009 del 13 de octubre de 2009)

En tesis de principio no es procedente para cuerpos policiales.

(…) dada la naturaleza de las funciones que ostentan los cuerpos policiales del país, incluyendo los cuerpos policiales adscritos al Ministerio de la Presidencia, no es procedente en tesis de principio, que ese personal de policía pueda acogerse al régimen de dedicación exclusiva bajo los parámetros que contiene el mencionado Decreto No. 23669, de 18 de octubre de 1994, el cual sí es compatible en otra clase funcionarial de nivel profesional (…).
(Dictamen N° C-122-2012 del 18 de mayo de 2012)

No existe impedimento para que los profesionales en ciencias médicas retribuidos al amparo de la Ley N° 6836 se acojan al régimen.

(…) De todo lo anteriormente trascrito, puede afirmarse que no existe impedimento para que los profesionales en ciencias médicas, retribuidos al amparo de la Ley 6836, obtengan el pago del plus salarial por concepto de dedicación exclusiva, con apego a la normativa que rige esa materia.//Los nuevos criterios vertidos sobre el particular, permiten así la aplicación de dicho régimen al personal médico, retribuido con base en la citada Ley 6836, cuando la Administración considere que debe contar con servicios exclusivos y permanentes, con el fin de lograr una más eficiente prestación del servicio público. Una vez evaluada la conveniencia institucional de otorgar la referida compensación económica por dedicación exclusiva, en el caso de servidores que en razón de la naturaleza y responsabilidades de sus cargos así lo amerite, se procede, según lo ordena la normativa correspondiente, a la suscripción de los respectivos contratos. (…).
(Dictamen N° C-408-2008 del 12 de noviembre de 2008) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-240-2010 del 29 de noviembre de 2010)

No existe impedimento para que los médicos veterinarios que laboran para instituciones del Régimen de Servicio Civil se acojan al régimen.

(…) Con fundamento en lo expuesto, considera esta Procuraduría que los profesionales en medicina veterinaria a los cuales les resulta aplicable la Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas según lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley FODEA, sí están en posibilidad de suscribir contratos de dedicación exclusiva con las instituciones sujetas al Régimen de Servicio Civil. Ello porque las figuras a las que corresponden los sobresueldos previstos en la Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas no son incompatibles con la de la dedicación exclusiva (…).
(Dictamen N° C-098-2012- 4 de mayo de 2012)

No impide pago de sobresueldo como contraprestación por los servicios notariales que un funcionario abogado preste a la institución.

(…) podemos señalar que el artículo 27 del Reglamento Autónomo del Sistema de Emergencias 9-1-1, efectivamente establece una prima o plus salarial adicional al salario establecido como contraprestación por los servicios notariales que se brinden, regulación que se enmarca dentro de los presupuestos establecidos por el artículo 7 del Código Notarial y que por lo tanto, no

podría ser concebido como un doble pago por el mismo concepto, sino como un sobresueldo en razón de la actividad notarial desplegada por el funcionario. (…) El plus salarial por dedicación exclusiva, el plus salarial por ejercicio de la actividad notarial y la compensación económica por la prohibición, constituyen sobresueldos que tienen orígenes distintos, en razón de la finalidad diferente que cada uno de ellos persigue (…).
(Dictamen N° C-413-2008 del 20 de noviembre de 2008)

Únicamente se limita el ejercicio de la profesión cubierta por el contrato. El funcionario puede ejercer las otras profesiones liberales que ostente respetando sus obligaciones éticas.

(…) A la luz de lo establecido en el Decreto 23669, Normas de Aplicación de la Dedicación Exclusiva por las Instituciones Empresas Públicas Cubiertas por el Ámbito de la Autoridad Presupuestaria, el contrato de dedicación exclusiva firmado por el funcionario y la Administración únicamente incluye la profesión por la cual fue nombrado el servidor público (…) como regla de principio, el funcionario que ostente más de una profesión y que haya firmado un contrato de dedicación exclusiva con la administración, puede ejercer la profesión que no ha sido cubierta por el contrato suscrito (…) el servidor siempre se encontrará cubierto por las responsabilidades éticas derivadas de su función, y que le impiden ponerse en una situación de conflicto de intereses, por lo que el ejercicio privado de cualquier otra profesión que ostente el servidor, sea remunerada o ad honorem, estará restringido por éstas responsabilidades éticas que resultan inherentes al cargo que ostenta (…).
(Dictamen N° C-282-2009 del 13 de octubre de 2009)

Disposición expresa posibilita la dedicación exclusiva en caso de las enfermeras.

(…) Así, en cuanto a las enfermeras, éstas quedaron en la posibilidad de acogerse al beneficio de la dedicación exclusiva, por expresa autorización de ley, a partir de las reformas a la Ley General de Salud y a la Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas, mediante Ley 8423 de 7 de octubre de 2004, que adicionó un nuevo artículo 25 a la citada ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas (…).
(Dictamen N° C-240-2010 del 29 de noviembre de 2010)

Disposición expresa posibilita dedicación exclusiva en caso de los microbiólogos, farmacéuticos y psicólogos.

(…) En el caso de los microbiólogos, farmacéuticos y psicólogos clínicos, el artículo 18 de la citada Ley 6836, dispone que tendrán un incremento del 11% por dedicación exclusiva, como una condición optativa y renunciable. Este artículo, antes de la adición del 25, era el único en la referida ley que hablaba de dedicación exclusiva. Su sentido y alcances fue objeto de estudio por parte de esta Procuraduría, casi desde su promulgación, con ocasión de una consulta formulada por el Colegio de Microbiólogos y Químicos Clínicos de Costa Rica (…).
(Dictamen N° C-240-2010 del 29 de noviembre de 2010)

Disposición expresa posibilita dedicación exclusiva en caso de los profesionales en medicina veterinaria.

(…) los profesionales en medicina veterinaria están en posibilidad de percibir los incentivos de la Ley 6836, que en su caso les son aplicables, así como la compensación económica por dedicación exclusiva, establecida para los profesionales del Poder Ejecutivo, derivada del régimen general establecido por la Dirección General de Servicio Civil (…).
(Dictamen N° C-240-2010 del 29 de noviembre de 2010)

Rubro por pagar a funcionario con grado académico superior al exigido en el puesto que ocupa.

(…) Se cuestiona ante este Órgano Técnico la posibilidad de reducir un porcentaje de dedicación exclusiva otorgado a un funcionario que ocupa un puesto cuyo requisito mínimo es de bachiller pero su grado académico es de licenciatura.//En este sentido, tenemos que el

numeral 5) de las Normas Aplicación Dedicación Exclusiva Instituciones Empresas Públicas Cubiertas por Ámbito Autoridad Presupuestaria, es contundente al señalar que corresponde el 55% del salario por concepto de Dedicación exclusiva cuando el puesto que se ocupa tiene como requisito básico ser bachiller en una carrera determinada, pero el funcionario que lo ejerce tiene el título de licenciado.//Nótese que la norma es clara al exigir únicamente que, pese a ocupar un puesto cuyo requisito es ser bachiller, el título ostentado por el funcionario al que se paga el rubro en análisis, sea de licenciado.//Tenemos entonces que de conformidad con el principio de legalidad, no podría variarse el monto a pagar en el tanto y en cuanto el servidor cumpla con el requisito dicho, ya que, pretender lo contrario, resultaría violatorio del ordenamiento jurídico – causal de nulidad absoluta-, al no contar con la autorización normativa necesaria para tal efecto (…).
(Dictamen N° C-206-2009 del 23 de julio de 2009)

La suspensión temporal de la dedicación con la finalidad de asumir un proyecto profesional en específico es improcedente.

(…) se desprende que no existe la posibilidad de una suspensión "temporal" del Régimen de Dedicación Exclusiva, simplemente con la finalidad de que se le otorgue durante el tiempo necesario para llevar a cabo algún proyecto profesional específico, como el caso de este tipo de estudios, toda vez que, precisamente por la naturaleza del régimen, se requiere constancia por parte del funcionario público que se acoja a éste, de ahí que la norma reglamentaria establezca no sólo que quien renuncie a este régimen no podrá suscribir un nuevo contrato durante los dos años siguientes a la renuncia del primero, sino que aún más, prevé que en el evento de que se renuncie por segunda vez, el funcionario se encontrará en definitiva imposibilitado para suscribir un nuevo contrato (…).
(Dictamen N° C-192-2008 del 4 de junio de 2008)

Las figuras de la dedicación exclusiva y la disponibilidad son distintas pues persiguen diferentes fines.

(…) Suponemos que la propuesta que formuló la "Comisión Revisora de la Situación de los Servicios de Salud que se brindan en el Sistema Penitenciario", para sustituir la dedicación exclusiva por la disponibilidad en lo que al personal médico de la Dirección General de Adaptación Social se refiere, obedece a razones presupuestarias (es decir, para utilizar el dinero con que se paga la dedicación exclusiva, para pagar la disponibilidad) pues como quedó de manifiesto, entre esas dos figuras no existe relación alguna, pues persiguen fines distintos (…).
(Dictamen N° C-380-2014 del 5 de noviembre de 2014)

El caso de los Presidentes Ejecutivos de instituciones autónomas.

(…) Es de advertir que la exclusividad que nos ocupa no es la propia de la llamada dedicación exclusiva en el sector público. La exclusividad impuesta por el legislador no es disponible por el funcionario y la Administración. Simplemente la disposición legal existe y debe ser cumplida por sus destinatarios. En caso de que el funcionario la incumpla se produce una situación de irregularidad jurídica, que llevaría a justificar la remoción del cargo. En ese sentido, existe una fundamental diferencia con el llamado régimen de dedicación exclusiva porque este es de carácter consensual. (…). Por el contrario, resulta claro que en tratándose de un funcionario como el Presidente Ejecutivo de un ente autónomo, la entidad autónoma no posee discrecionalidad para decidir si este alto funcionario desempeña su cargo con carácter de exclusividad, así como tampoco tal exclusividad está condicionada al pago de una retribución indemnizatoria (…).
(Dictamen N° C-357-2007 del 3 de octubre de 2007) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-206-2009 del 23 de julio de 2009 y C-294-2014 del 16 de setiembre de 2014)

La compensación económica puede ser mayor si el funcionario tiene un grado superior al exigido por el manual de puestos.

(…) en criterio de esta Procuraduría, sí sería posible otorgar un incentivo mayor a aquellos profesionales que ostenten un grado académico superior al exigido por el manual de puestos. Nos referimos a los casos en que, por ejemplo, el manual de puestos exija el grado académico de bachiller universitario y la persona ostente el grado de licenciatura. En estos casos, sería factible reconocer un incentivo mayor en razón del mayor nivel académico que ostenta el funcionario, como un mecanismo para incentivar la mayor preparación académica del trabajador, que redunda, como regla de principio, en una mayor aptitud para desempeñar el puesto y en una mejor atención del servicio público. La afirmación anterior encuentra sustento en el inciso d del artículo 146 del Código Municipal (…).
(Dictamen N° C-342-2008 del 23 de setiembre de 2008)

No procede la dedicación exclusiva para los abogados de la Administración incluidos los municipales.

(…) no resulta procedente que los abogados de esa municipalidad se acojan al Régimen de Dedicación Exclusiva allí existente, pues ellos están sujetos de manera imperativa al régimen de incompatibilidad que existe entre el ejercicio liberal de la profesión de abogacía y la función pública, según el tantas veces citado artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En otras palabras, ambos regímenes son distintos y excluyentes entre sí, en virtud de la naturaleza que cada uno de éstos tienen en nuestro ordenamiento jurídico (…).
(Dictamen N° C-187-2012 del 30 de julio de 2012) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-236-2010 del 22 de noviembre de 2010 y C-300-2011 del 5 de diciembre de 2011)

Reglamento municipal que reconoce derecho a funcionarios técnicos no profesionales atenta contra naturaleza de la figura.

(…) Corolario de lo expuesto tenemos que modificar el Reglamento en el que se tutela la Dedicación Exclusiva, para incluir, dentro de los puestos susceptibles de tal extremo laboral, a técnicos que no detentan grado profesional podría atentar, no solo, contra la naturaleza jurídica del instituto dicho, sino además, contra el principio de buena administración del erario, ya que, se estaría reconocimiento un plus salarial a funcionarios que no cumplen el requisito mínimo al efecto *– ser profesional-* (…).
(Dictamen N° C-189-2014 del 16 de junio de 2014)

Régimen aplicable a los miembros propietarios del Consejo de la SUTEL.

(…) los miembros propietarios del Consejo de la SUTEL deben ejercer sus cargos a tiempo completo y con dedicación exclusiva. Esta característica resulta particular para este órgano, toda vez que por regla general los miembros de las Juntas Directivas de los Órganos Colegiados no desempeñan sus funciones a tiempo completo y con dedicación exclusiva para la Junta Directiva, sino que únicamente asisten a las sesiones a efectos de adoptar las decisiones del órgano colegiado (…).
(Dictamen N° C-198-2009 del 20 de julio de 2009)

RESOLUCIONES JUDICIALES

Concepto de profesión liberal.

(…) Tradicionalmente, dentro de las profesiones liberales se aglutinan aquellas que suponen el ejercicio de una actividad de orden intelectual o técnico, mediante la aplicación de ciertas reglas científicas y técnicas que deben ser manejadas con suma propiedad por su titular,

previa habilitación para ejercerla a través de la obtención de un título idóneo y adecuado y, eventualmente, la incorporación al colegio profesional respectivo. La singularidad de las profesiones liberales surge de la inexistencia de una relación de dependencia con su clientela, de modo que el profesional liberal tiene autonomía e independencia plena en la forma de prestar los servicios profesionales –horario, lugar, etc.- dado que lo hace por cuenta propia, razón por la cual sus servicios son remunerados mediante honorarios. El profesional liberal aplica, para un caso concreto, sus conocimientos científicos o técnicos sin someterse a ninguna dirección y bajo su exclusiva responsabilidad, esto es, de acuerdo a su leal saber y entender. Es menester señalar que el ejercicio de una profesión liberal, está íntimamente ligado a la libertad profesional, la cual incluye la de elegir libremente la profesión que se pretende ejercer y, una vez obtenida ésta a través de una titulación adecuada y la correspondiente colegiatura, la de ejercerla libremente sin otros límites que los necesarios para garantizar la corrección, supervisión y fiscalización en su ejercicio y la protección del interés público y, en particular, de los consumidores de los servicios profesionales. El ejercicio de una profesión liberal tiene por objeto proveerle a quien la despliega una remuneración que le asegure una calidad de vida digna, tanto en lo personal como en lo familiar (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 8728 de las 15:22 horas del 11 de agosto del 2004)

Concepto de profesión liberal.

(…) De interés es señalar que se ha denominado como Profesión Liberal: Aquella de que constituye el ejercicio de una de las carreras seguidas en centros universitarios o en altas escuelas especiales, por lo general de actividad y trabajo tan sólo intelectual, aun cuando no excluya, operaciones manuales; como la del cirujano, y las de los arquitectos e ingenieros al trazar sus planos.(...) La singularidad de la Profesión liberal surge de que no existe relación de dependencia ni permanencia con la clientela, aunque pueda haber habitualidad en el requerimiento de los servicios; además, salvo establecerse aranceles especiales por el Poder público, el profesional liberal determina libremente su remuneración que recibe el nombre de honorarios, respecto al ámbito laboral, tal independencia, sin embargo, se ve comprometida en ciertas modalidades del Derecho Laboral. En principio, la posición de los que ejercen una profesión liberal es de autonomía en la prestación de unos servicios; al que la desempeña no se le considera como trabajador en el concepto restringido de sujeto del contrato de trabajo. La dificultad surge, evidentemente, en ciertos profesionales que ejercen su actividad bajo dependencia ajena y perciben no honorarios, sino un sueldo. El trabajo que presta un médico en los barcos y al servicio de un armador se caracteriza por la independencia técnica del profesional en todo lo relativo a su especialidad, pero está sometido, o puede estarlo, a cierta dependencia jerárquica y económica, que obliga a cumplir determinado horario, a asistir a las personas que se le designan, a comunicar el resultados de sus prestaciones y a observar los reglamentos que se establezcan. Situaciones semejantes caben en las prestaciones de trabajo de otros profesionales, como ingenieros, abogados, químicos, que tienen cierta independencia técnica; pero pueden contratar sus servicios como trabajadores en una empresa y percibir como ellos un salario o un sueldo. Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual, página 447, editorial Heliasta, tomo VI P-Q, Edición número 21, Buenos Aires- República Argentina, 1989. En conclusión para efectos de la pertinencia del pago de la prohibición, el profesional no solo debe estar adscrito, colegiado o autorizado, sino que el servidor esté habilitado para ejercer una profesión liberal. Ello implica que cuente con los requisitos académicos y de cualquier otro tipo que exija el colegio profesional respectivo (…).
(Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución N° 89-2014 de las 11:30 horas del 8 de diciembre de 2014)

Alcances de la prohibición.

(…) El instituto de la prohibición supone una restricción al ejercicio profesional (véase artículos 56 y 74 de la Constitución Política), pues los funcionarios o empleados sujetos a ésta se encuentran imposibilitados en forma absoluta para el ejercicio de otros cargos públicos, así como para desempeñar, en la empresa privada, actividades relativas a los puestos que ocupan en la Administración Pública e inclusive ajenas a esos puestos, salvo las excepciones

que la propia norma establece, a saber: el desempeño de la docencia o la defensa de intereses personales o de sus parientes cercanos. Lo anterior es así, en tutela del interés público y con sustento en un alto contenido ético, tendiente a impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades en el campo privado, pues con ello se podría afectar la necesaria intensidad en el cumplimiento de las actividades propias de la función, o bien, generarse una indeseable confusión, en los intereses de uno u otro campo (el privado y el público), lo que eventualmente supondría que los intereses públicos se sacrificaran en pro de intereses privados. Así, según se desprende de lo expuesto, la prohibición (incompatibilidad originada en la relación de empleo público, para determinados cargo de rango profesional o académico) constituye una limitación a un derecho fundamental (numerales 56 y 74 citados) y, por ende, su establecimiento debe estar reservado a la ley. Además, el reconocimiento de una compensación económica para retribuir esa restricción requiere, en forma adicional, que la norma creadora de la limitación (prohibición) u otra, prevea esa posibilidad (la retribución económica) (Sala Segunda, sentencias n° s 1056 de las 8:55 horas, del 19 de diciembre de 2008 y 231 de las 9:35 horas, del 20 de marzo de 2009). Jurisprudencialmente se ha considerado que esta institución jurídica opera automáticamente, es decir, no se encuentra dentro de las facultades del funcionario solicitarla o renunciarla, ni tampoco puede la Administración otorgarla en forma discrecional. Es consubstancial a la relación de trabajo por disposición de la ley y, consecuentemente, inherente a la relación de servicio (…).
(Sala Segunda. Resolución N° 913 de las 14:25 horas del 25 de junio de 2010)

Definición de director y subdirector de departamento.

(…) El actor ha sostenido la tesis de que ocupa el cargo de Director del Departamento de la División de Servicios Técnicos de la Superintendencia General de Entidades Financieras, órgano de desconcentración máxima adscrito al Banco Central de Costa Rica, y por eso, debe pagársele un 65% de la base de su salario por concepto de prohibición, pues el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública establece que, quienes se desempeñen como directores administrativos de las instituciones autónomas deben percibir esta compensación económica. Sin embargo, al contestarse la acción, el demandado indicó que el actor no ocupa un puesto como director administrativo, tal y como su exige la norma (folio 25), sino que su cargo es de director de un departamento, afirmación que tiene respaldo probatorio, en la constancias de folios 7 y 8 y en el Manual descriptivo de puestos de folios 84 y 85. Queda claro entonces, que al no estar nombrado como director administrativo, tal y como lo exige la normativa, no tiene derecho al pago de prohibición. Por otro lado, debe indicarse que si bien es cierto, don **** ostenta el cargo de "director de departamento", tampoco está contemplado dentro de la lista de puestos comprendidos en el artículo 14 de la Ley 8422, porque el ordinal 27 del reglamento a ese cuerpo legal, aclaró que, para efectos de la mención que el numeral 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. Finalmente, debe mencionarse que el espíritu de quien legisló, era reconocer el pago de prohibición de forma restrictiva y no de forma general, tal y como el actor ha querido hacerlo ver. Así quedó plasmado en el acta de discusión del proyecto de Ley 13715, moción vía 137 del texto del artículo 15, que luego pasó a ser el 14 de la Ley 8422. Por ejemplo, el diputado Avendaño Calvo expresó: *"… si nosotros aprobamos esto así como está, porque está haciendo referencia a los directores y subdirectores de departamento y lógicamente hay una enorme cantidad de directores y subdirectores de departamento, se tendrían que equiparar en un sesenta y cinco por ciento, tal como está aquí, lo que representa una erogación sumamente fuerte. Por tanto, sería importante tener en cuenta eso al votar la propuesta…"* (folio 158). El diputado Arce Salas manifestó: *"…De verdad, el diputado Avendaño nos pone a pensar. El problema aquí es no tener la valoración. Al crear ahora, incluso con la propuesta de la diputada Chinchilla, los directores y subdirectores de departamento, qué pasa en alguna institución en las cuales hay departamento de departamentos y directores y subdirectores (…) podría más bien arrastrarnos a una situación de orden presupuestario en muchas instituciones, porque cuántos directores y subdirectores habrá en algunas instituciones…"* (folio 158). Por su lado, la diputada Gloria Valerín Rodríguez consultó: *"…Quiero preguntarle, porque leo este artículo y la moción que ustedes presentan ¿Cuál de todos los funcionarios, de la larga lista de funcionarios mencionados en este artículo incluido los*

directores y subdirectores de departamento- que es lo que ustedes quieren sacar, entiendo, no tiene en la actualidad alguna ley que le mande la prohibición del cargo…" (folio 166), a lo que el diputado Guillermo Malavassi Calvo contestó: *"…precisamente, directores y subdirectores de departamento y titulares de proveeduría del sector público. No la tienen los titulares…Los directores y subdirectores de departamento per se aquí en la Asamblea…"* (folio 166). Queda claro que el espíritu de quien legisló era imponer la prohibición para los titulares de proveeduría y no para todas las personas que ocuparan el cargo de director y subdirector de cualquier departamento. Al respecto la diputada Laura Chinchilla Miranda explicó: *"…Compañeras diputadas y compañeros diputados, tratando de hacer un recuento cuál fue el origen de esta redacción, acerca de la que está mocionando el Movimiento Libertario, señalarles que en realidad lo que se agregó vía moción y esta servidora fue la autora, fue el concepto de titulares de proveeduría (…) siendo que el tema de las proveedurías, es altamente sensible cuando se habla de temas de la corrupción en el sector público, quienes hemos estado al frente de instituciones del Estado, casi que lo primero que hacemos es solicitar los controles, mediante los cuales se ejercen las compras del sector público, porque es precisamente, el foco principal, primario en donde se originan las posibilidades de corruptelas en el sector público…"* (folio 168). Más adelante en el acta, la diputada Valerín Rodríguez aseveró *"…La prohibición es una figura de carácter diferente. La prohibición es una carga muchísimo más grave que se impone a quien ejerce un cargo público, en virtud de que se considera que el ejercicio de esa profesión es altamente contradictorio con el interés que maneja la institución pública. Desde ese punto de vista, me parece que, no tanto los directores y los subdirectores, pero sí los titulares de proveeduría, deberían salirse de cualquier ejercicio profesional que pueda generar un conflicto de intereses entre la institución a la que representan y el cargo que están ejerciendo"* (folio 176).
(Sala Segunda. Resolución N° 327 de las 9:15 horas del 13 de abril de 2012)

Análisis de la figura de la prohibición.

(…) antes de analizar si son o no atendibles los reproches del apoderado especial judicial del recurrente, es necesario referirse a la figura de la prohibición como tal. Esta Sala, de manera reiterada ha dispuesto, que ese instituto supone una restricción al ejercicio profesional (véase artículos 56 y 74 de la Constitución Política), pues los funcionarios y funcionarias sujetos a ésta se encuentran imposibilitados en forma absoluta para el ejercicio de otros cargos públicos, así como para desempeñar, en la empresa privada, actividades relativas a los puestos que ocupan en la Administración Pública e inclusive ajenas a esos puestos, salvo las excepciones que la ley establezca en cada caso. Lo anterior es así, en tutela del interés público y con sustento en un alto contenido ético, tendiente a impedirle a quien desempeñe determinados puestos en la Administración Pública destinar su tiempo a otras actividades en el campo privado, pues con ello se podría afectar la necesaria intensidad en el cumplimiento de las actividades propias de la función, o bien, generarse una indeseable confusión, en los intereses de uno u otro campo (el privado y el público), lo que eventualmente supondría el sacrificio del interés público en beneficio del interés privado. Así, según se desprende de lo expuesto, la prohibición constituye una limitación a un derecho fundamental (la libertad de trabajo) y, por ende, su imposición es reserva de ley. Además, el reconocimiento de una compensación económica para retribuir esa restricción requiere, en forma adicional, que la norma creadora de la limitación (prohibición) u otra, prevea esa posibilidad (la retribución económica) (...). Jurisprudencialmente se ha considerado que esta institución jurídica opera automáticamente, es decir, no se encuentra dentro de las facultades del funcionario(a) solicitarla o renunciarla, ni tampoco puede la Administración otorgarla en forma discrecional. Es consubstancial a la relación de trabajo por disposición de la ley e inherente a la relación de servicio (…).
(Sala Segunda. Resolución N° 327 de las 9:15 horas del 13 de abril de 2012)

Procedencia del pago de prohibición a coordinador de proveeduría de una Unidad Ejecutora de Proyectos.

(…) debe analizarse entonces, si el puesto ocupado por el demandante está o no contemplado dentro de los que describe el numeral 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, a fin de tener derecho al pago del plus salarial de prohibición. Ha sido un hecho no controvertido que la demandada suscribió el Contrato de Préstamo nº 1772

con el Banco Centroamericano de Integración Económica, para el Programa de Proyectos de Mejora y Modernización de los Servicios Eléctricos, en el cual para la operatividad necesaria se acordó nombrar de forma temporal a un grupo de personas que integrarían la Unidad Ejecutora del proyecto. De esta forma se necesitarían personas profesionales en financiero contable de proyectos, de contratación administrativa, un o una asistente técnico de proyectos, un o una asistente administrativo y un o una profesional administrativa en proyectos. El accionante fue nombrado a partir del primero de octubre de dos mil seis y prorrogado hasta el treinta de setiembre de dos mil trece, en el puesto denominado profesional en contratación administrativa (demanda y su contestación en archivo 3, imágenes 3-25, 35-48 y folios 70-72, 100-102 del legajo aparte). Según lo acordado en la sesión ordinaria 4.056 del 21 de marzo de 2006 de la Junta Directiva de la accionada, las funciones de ese puesto son: "responsable de la ejecución de actividades relacionadas con el proceso de Contratación Administrativa y la coordinación, tramitación y revisión de las compras de la Unidad Ejecutora". En ese mismo acuerdo, el perfil del puesto de Profesional Contratación Administrativa de Proyectos fue incorporado al Manual Descriptivo de Puestos de la demandada (folios 74-85 del legajo aparte). Queda claro entonces que el actor es el único encargado o responsable de la ejecución y actividades relacionadas con el proceso de contratación administrativa de la Unidad Ejecutora con ocasión del desarrollo del Programa de Modernización y Fortalecimiento de los Servicios Eléctricos de Cartago (…) En el caso del actor, ostenta un doctorado en Derecho Administrativo, con especialidad en contratación administrativa, obtenido con una beca pagada por la accionada, y por eso, la demandada, aprovechando estos conocimientos, lo nombró como Profesional Contratación Administrativa de Proyectos, siendo esta la única plaza en la Unidad Ejecutora con ocasión del desarrollo del Programa de Modernización y Fortalecimiento de los Servicios Eléctricos de Cartago, que tiene a cargo y está relacionada con todo lo atinente a materia de contratación administrativa. (…) En este mismo sentido, ver prueba documental de folios 113-117. A la luz del análisis hecho y con base en material probatorio aportado, en el caso concreto, se considera que el actor ocupa un puesto como encargado o titular de proveeduría en la Unidad Ejecutora con ocasión del desarrollo del Programa de Modernización y Fortalecimiento de los Servicios Eléctricos de Cartago y por eso, lo resuelto por el tribunal debe confirmarse (…).
(Sala Segunda. Resolución N° 1104 de las 10:20 horas del 25 de setiembre de 2013)

Prohibición al ejercicio liberal de la profesión y posible indemnización.

(…) Esta Sala, de manera reitera ha dispuesto, que ese instituto supone una restricción al ejercicio profesional (véase artículos 56 y 74 de la Constitución Política), pues los funcionarios y funcionarias sujetos a ésta se encuentran imposibilitados en forma absoluta para el ejercicio de otros cargos públicos, así como para desempeñar, en la empresa privada, actividades relativas a los puestos que ocupan en la Administración Pública e inclusive ajenas a esos puestos, salvo las excepciones que la ley establezca en cada caso. Lo anterior es así, en tutela del interés público y con sustento en un alto contenido ético, tendiente a impedirle a quien desempeñe determinados puestos en la Administración Pública destinar su tiempo a otras actividades en el campo privado, pues con ello se podría afectar la necesaria intensidad en el cumplimiento de las actividades propias de la función, o bien, generarse una indeseable confusión, en los intereses de uno u otro campo (el privado y el público), lo que eventualmente supondría el sacrificio del interés público en beneficio del interés privado. Así, según se desprende de lo expuesto, la prohibición constituye una limitación a un derecho fundamental (la libertad de trabajo) y, por ende, su imposición es reserva de ley. Además, el reconocimiento de una compensación económica para retribuir esa restricción requiere, en forma adicional, que la norma creadora de la limitación (prohibición) u otra, que prevea esa posibilidad (la retribución económica)
(Sala Segunda. Resolución N° 1056 de las 8:55 horas del 19 de diciembre de 2008) (En el mismo sentido puede consultarse la resolución de la Sala Segunda N° 231 de las 9:35 horas del 20 de marzo de 2009)

La prohibición opera de pleno derecho sin que se pueda solicitar o renunciar.

(...) la prohibición (incompatibilidad originada en la relación de empleo público, para determinados cargo de rango profesional o académico) constituye una limitación a un derecho fundamental (numerales 56 y 74 citados) y, por ende, su establecimiento debe estar reservado a la ley. Además, el reconocimiento de una compensación económica para retribuir esa restricción requiere, en forma adicional, que la norma creadora de la limitación (prohibición) u otra, prevea esa posibilidad (la retribución económica) (Sala Segunda, sentencias N° 1056 de las 8:55 horas, del 19 de diciembre de 2008 y 231 de las 9:35 horas, del 20 de marzo de 2009). Jurisprudencialmente se ha considerado que esta institución jurídica opera automáticamente, es decir, no se encuentra dentro de las facultades del funcionario solicitarla o renunciarla, ni tampoco puede la Administración otorgarla en forma discrecional. Es consubstancial a la relación de trabajo por disposición de la ley y, consecuentemente, inherente a la relación de servicio (entre muchos otros, los votos de la Sala Constitucional, N° 1396 de las 14:31 horas, del 22 de marzo; 3370 de las 10:30 horas, del 5 de julio y 4494 de las 11:18 horas, del 30 de agosto, todas de 1996 y de la Sala Segunda, los N° 171 de las 14:30 horas, del 3 de noviembre de 1989; 333 de las 10:30 horas, del 27 de octubre de 1999 y 141 de las 9:10 horas, del 26 de marzo de 2003).
(Sala Segunda. Resolución N° 913 de las 14:25 horas del 25 de junio de 2010)

Diferencia entre prohibición y dedicación exclusiva.

(…) el pago de (prohibición a los servidores públicos, se estableció para retribuirles la imposibilidad legal de ejercer su profesión, fuera del puesto desempeñado. Por eso, el pago opera automáticamente, pues no está dentro de las facultades del servidor renunciar a esa prohibición y el patrono carece de discrecionalidad para poder dispensarla; entonces, cabe afirmar que, la sola aceptación del puesto, implica su pago. Se diferencia de la figura del pago por (dedicación exclusiva, porque éste, no tiene una prohibición legal del ejercicio de la profesión, sino la voluntad del trabajador atendiendo a la necesidad, a valorar por el jerarca administrativo, de que el cargo sea efectivamente ocupado con esa dedicación (ver, el Voto de esta Sala Número 171, de las 14:30 horas, del 3 de noviembre de 1989).
(Sala Segunda. Resolución N° 333 de las 10:30 horas del 27 de octubre de 1999)

La prohibición tiene un fundamento ético.

(…) Este tipo de prohibiciones tiene un indudable fundamento ético; pues, cuando se establecen lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades, en el campo privado; dado que ello se considera inconveniente, porque puede afectar la necesaria intensidad, en el ejercicio de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una indeseable confusión, en los intereses de uno y otro campos, dejando los públicos subordinados o hasta al servicio de los privados. Se crea y se paga así una incompatibilidad propia y originada en la relación de empleo público, para determinados cargos de rango profesional o académico.
(Sala Segunda. Resolución N° 333 de las 10:30 horas del 27 de octubre de 1999)

La prohibición se mantiene aun cuando la relación laboral esté suspendida.

(…) el ámbito de las prohibiciones por la naturaleza espacial del servicio público trasciende la prestación efectiva del servicio, alcanzando aquellos períodos en los que la relación laboral se encuentra suspendida, toda vez que el servidor debe mantener una conducta intachable obligándose a resguardar la imagen y el prestigio de la institución para la que presta servicios. (…) La actora, pese a la existencia del permiso sin goce de salario conferido, se mantuvo ligada a la institución empleadora; subsistiendo, entonces las incompatibilidades éticas que ese vínculo supone. Incompatibilidades que se sustentan en reglas de carácter ético que exigen transparencia, objetividad y calidad de servicio; aspectos que pueden verse enturbiados cuando -como sucedió en este asunto- manteniéndose el vínculo, la persona atiende intereses particulares que el órgano al que aparece vinculada debe resolver.
(Sala Segunda. Resolución N° 155 de las 9:50 horas del 27 de febrero de 2008)

No debe confundirse la prohibición con el pago compensación de la misma.

(…) no resulta procedente confundir la prohibición con el pago o compensación de la misma. La prohibición como tal supone una restricción al ejercicio liberal de una profesión, razón por la que su establecimiento se encuentra reservado a la ley. En nuestro país, si bien es cierto ha existido, desde hace mucho tiempo prohibición para el ejercicio profesional privado de algunos grupos de servidores públicos, no fue sino a partir de la promulgación de la Ley Nº 5867 de 15 de diciembre de 1975, que se previó expresamente el pago de una compensación económica por esa prohibición. Lo anterior, porque para que opere la compensación para la prohibición contemplada en el ordenamiento jurídico, se requiere la existencia de una norma que expresamente prevea la respectiva retribución económica. Así las cosas, no lleva razón la afirmación de que *"…al dejar de percibirse el pago por concepto de prohibición, cesa la limitación para el funcionario de abstenerse del ejercicio liberal de la profesión"*, por cuanto la falta de pago no excluye la imposibilidad legal de ejercer la profesión fuera del puesto desempeñado.
(Sala Segunda. Resolución N° 155 de las 9:50 horas del 27 de febrero de 2008)

Carácter mixto del régimen de prohibición.

(…) debe tomarse en consideración el carácter mixto que tiene el régimen de prohibición por cuanto, por un lado, consiste en un acto de gravamen, al impedir el ejercicio liberal de la profesión, mientras que por el otro conlleva el efecto positivo de la compensación económica. Sobre este punto la Sala Primera externó: *"El acto que declara a un servidor determinado, afecto a una prohibición, aunque como consecuencia traiga consigo una compensación económica, no es un acto exclusivamente declarativo de derechos, porque también impone obligaciones. Se trata más bien, de un acto mixto que declara una prohibición concreta en perjuicio del funcionario y a su vez le compensa con un beneficio económico"* (voto nº 210-F-2005). Como el acto que le concedió a la actora la prohibición tenía un componente declarativo de derechos, no podía la Administración simplemente suprimir ese beneficio, en virtud del principio de intangibilidad de los actos propios.
(Sala Segunda. Resolución N° 947 de las 9:45 horas del 12 de noviembre de 2008)

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

- Respecto a la retribución económica por la prohibición al ejercicio liberal de la profesión de los abogados de las municipalidades puede consultarse el artículo 148 inciso j) del Código Municipal.
- En cuanto a la retribución económica que pueden llegar a percibir los alcaldes que gozan de una pensión y de la fijación del monto correspondiente por concepto de "gastos de representación ver el artículo 20 del Código Municipal.
- Sobre el pago de prohibición a empleados que reciben salario único, consultar el transitorio IV del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.
- Respecto al pago por prohibición en el caso de los auditores y subauditores internos véase el artículo 34 de la Ley General de Control Interno.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Contenido y alcances del denominado régimen especial de remuneración.

(...) 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 Nº 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 Nº 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 (…).
(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)

Auditores y subauditores internos.

(…) no cabría pensar en que estos funcionarios tengan derecho a sumar en su salario un 65% adicional al que ya venían recibiendo en virtud de la Ley General de Control Interno –tal como se plantea en la consulta que aquí nos ocupa– 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, interpretación desde todo punto de vista inadmisible (…).
(Oficio N°2375 (DAGJ-505-2005) del 1 de marzo de 2005) (En similar sentido véase el oficio N°11498 (DAGJ-2722-2005) del 12 de setiembre de 2005)

Reconocimiento de prohibición a favor de los contadores privados.

(…) 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. (...) En efecto, tenemos que la Ley Nº 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. Por su parte, el numeral 14 de la Ley Nº 8422, como ya vimos, se limita a referirse al ejercicio de las profesiones liberales, pero sin imponer como exigencia un grado académico determinado, de ahí que esta norma, aunque posterior, no brinda ningún elemento que permita al operador jurídico desaplicar o desconocer que la Ley Nº 1269 otorgó la naturaleza de profesión al ejercicio de la contaduría privada. Así las cosas, resulta aplicable el aforismo jurídico ya mencionado en el criterio de la Procuraduría General, en el sentido de que no cabe distinguir donde la ley no distingue, de tal suerte que no cabría entonces, acudiendo a elementos ajenos a la norma –como sería la exigencia de un determinado grado académico universitario– suprimirle a la contaduría privada la naturaleza de profesión de que goza en virtud de norma especial. Así las cosas, resulta de obligada conclusión que aquellos funcionarios enumerados en el artículo 14 de la Ley Nº 8422 –dentro de los cuales se incluye a los alcaldes municipales– que poseen el título de contadores privados y se encuentran debidamente incorporados al respectivo colegio profesional, a partir de la vigencia de dicha norma tienen prohibición para el ejercicio liberal de la contaduría, que, por ser calificada como profesión por normativa especial, se encuentra

dentro del supuesto del referido artículo 14, de ahí que a esos funcionarios les corresponde el pago del respectivo plus salarial que compensa dicha prohibición (…).
(Oficio N° 3135 (DAGJ-665-2005) del 15 de marzo de 2005)

El régimen especial de remuneración debe estar referido en sentido estricto a la prohibición.

(...) al tenor del artículo 15 de la Ley No 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. En este sentido no está demás señalar que el artículo 15 de la Ley No 8422, existe en función del artículo 14 de dicho cuerpo normativo, disposición con un carácter evidentemente restrictivo de la libertad individual -en este caso de los servidores públicos-, de ahí que tanto su aplicación como su eventual interpretación, deben realizarse en términos igualmente restrictivos, no pudiendo contemplados de manera expresa (…).
(Oficio N° 4100 (DAGJ-913-2005) del 12 de abril de 2005)

El título de técnico medio de contador privado es suficiente para tener por cumplido el requisito académico.

(…) el único supuesto de un título de técnico medio que jurisprudencialmente se ha aceptado como susceptible de considerarse una profesión, y por consiguiente ser retribuido con un 65% por concepto de prohibición, es el caso del título de contador privado (véase la Opinión Jurídica Nº OJ-076-2003 de fecha 22 de mayo del 2003 de la Procuraduría General de la República y el oficio DAGJ-3135 (0665) de 15 de marzo de 2005 de este Órgano Contralor), en razón de lo dispuesto por la Ley Orgánica del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica, Ley N° 1269 de 2 de marzo de 1951, y sus reformas, en donde el legislador le da la connotación de profesión a la contaduría privada, lo que significa que si un proveedor o auditor institucional posee el título de contador privado y se encuentra incorporado al respectivo Colegio Profesional es jurídicamente procedente que se le retribuya conforme al artículo 15 de la Ley (…).
(Oficio N° 6721 (DAGJ-01530-2005) del 10 de junio de 2005)

Procedencia del reconocimiento a pesar de la existencia de incentivos a profesionales en ciencias médicas e incompatibilidad del régimen de prohibición con el de dedicación exclusiva.

(…) en lo que se refiere a la segunda de sus interrogantes, 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 de especial relevancia el 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. De forma tal, que aquellos servidores que ostenten alguno de los cargos públicos expresamente enumerados por el artículo 14 de la Ley No. 8422, y que a la vez estén en posibilidad de beneficiarse por el ejercicio de la o las profesiones que posean, 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, o en su caso del régimen especial de remuneración previsto a esos efectos, no correspondiéndoles pago alguno por concepto de dedicación exclusiva, pues como indicamos anteriormente, ambos regímenes resultan incompatibles entre sí. Cabe aclarar, que el "régimen especial de remuneración" a que hace referencia el numeral 15 de dicha Ley, implica que si en virtud de la normativa específica que regula la relación de servicio de un funcionario en particular, ya se le estuviere pagando a éste un monto por concepto de prohibición, no procedería reconocer el pago de ambos rubros, correspondiéndole por tanto únicamente el que le resultare más beneficioso (…).
(Oficio N° 8213 (DAGJ-1936-2005) del 7 de julio de 2005)

Requisitos que se deben cumplir para obtener la compensación económica.

(...) para que resulte aplicable la retribución prevista en el numeral 15 de la mencionada Ley No. 8422, se deben cumplir los dos presupuestos establecidos por el artículo 14, a saber, ostentar alguno de los puestos públicos mencionados expresamente por la norma, y además, dicho servidor público debe contar con el grado académico necesario, así como en su caso encontrarse debidamente incorporado al colegio profesional respectivo, que lo faculte para ejercer alguna o varias profesiones liberales. Es decir, no basta con que una persona desempeñe alguno de los cargos públicos enumerados por el artículo 14, sino que para que proceda el pago de la prohibición respectiva, dicho funcionario debe estar en posibilidad de beneficiarse por el ejercicio de la o las profesiones que posea (…).
(Oficio N° 483 (DAGJ-0087-2006) del 10 de enero de 2006) (En similar sentido véanse los oficios N° 02025 (DAGJ-0433-2005) del 21 de febrero de 2005 y N° 7176 (DAGJ-1680-2005) del 20 de junio de 2005)

Reconocimiento de prohibición en el caso de funcionarios sujetos a salario único.

(…) es importante tener presente que el Instituto del Café cuenta con el sistema de pago del salario único, en cuyo caso se pueden presentar tres supuestos: Primero: que el pago por concepto de prohibición ya ha sido incorporado en el pago del salario único, habiéndose determinado desde la contratación del funcionario o cuando se adoptó el sistema de salario único, el monto que corresponde al salario base y el monto correspondiente al porcentaje del 65% de prohibición. En este caso no procede hacer ajuste alguno al salario único. Segundo: que al momento de determinar el monto de salario único nunca se hubiera incluido el rubro por concepto de prohibición, por lo tanto, la administración deberá identificar el monto que constituye el salario base -o bien en los casos donde no se cuente con dicho dato se debe buscar un salario base de referencia dentro del mismo sector público- y calcular el 65% de prohibición para incorporarlo al monto total que se debe cancelar por salario único, cuando esto resulte procedente. El tercer supuesto, es cuando las instituciones han implementado la modalidad de salario único, donde ya se había incluido el pago de dedicación exclusiva que corresponde a un 55% por ciento sobre el salario base, y posteriormente con la promulgación de la ley 8422 los puestos contemplados en el artículo 14 fueron alcanzados con la prohibición, lo que corresponde es identificar el salario base y ajustar la diferencia del porcentaje que se cancelaba por dedicación exclusiva al 65% de prohibición, es decir, en un diez por ciento (…).
(Oficio N° 8305 (DAGJ-1118-2008) del 13 de agosto de 2008)

Naturaleza de la compensación económica.

(…) El reconocimiento de este plus o la justificación del pago de la prohibición se fundamenta en que es una limitación para el ejercicio del derecho al trabajo, que repercute en la esfera patrimonial de los mencionados servidores, justificada únicamente, en los casos en los cuales la prohibición de ejercer profesiones liberales traiga aparejada la posibilidad de ocasionar algún perjuicio, constituyéndose por tanto en el justo reconocimiento para quienes, en razón de la función que desempeñan, se vean imposibilitados para ejercer su profesión fuera del órgano o ente público para el cual laboran (…).
(Oficio N° 8718 (DAGJ-1163-2008) del 26 de agosto de 2008)

Improcedencia del reconocimiento de prohibición al personal administrativo de la auditoría interna.

(…) sobre la consulta de a cuáles funcionarios de la auditoría interna de la municipalidad les corresponde el pago del 65% derivado de las prohibiciones contemplados en el numeral 34 de la Ley General de Control Interno, procede indicar que continuando con la línea jurisprudencial que se ha emitido anteriormente, concluimos que el pago contemplado en este artículo constituye una indemnización que hace el patrono al trabajador que teniendo una profesión liberal se ve impedido de ejercerla, con lo cual se le causa un perjuicio económico que se debe compensar. Por lo tanto, no solo es necesario que el funcionario ocupe un cargo dentro de la auditoría interna de la institución para ser merecedor de este pago (que ejerza funciones sustanciales de auditoría y control interno), sino que además, debe contar con un título académico necesario y suficiente para el ejercicio liberal de la profesión que le permita estar incorporado al colegio profesional respectivo y demás requisitos que le permitan el ejercicio liberal de la profesión que se le está prohibiendo. Este órgano de fiscalización superior mediante oficio no. 08431 (DI-CR-328) del 06 de agosto de 2003, indicó que la compensación económica no rige para el personal administrativo del departamento de auditoría interna, aun cuando esos funcionarios constituyen un importante apoyo en las labores sustantivas, pero ello no significa que ejercen necesariamente esas labores propias de los funcionarios debidamente acreditados para ello, es decir únicamente para los servidores que realizan labores sustantivas de auditoría interna (…).
(Oficio N° 2465 (DJ-0985-2010) del 15 de marzo de 2010)

Reconocimiento de prohibición al Vicealcalde.

(…) se ha indicado que el cargo de primer vicealcalde municipal no puede estar sujeto ni recibir pago alguno a título de dedicación exclusiva, ya que el régimen legal aplicable a dicho cargo es el de prohibición según lo que disponen los artículos 20 del Código Municipal y 14 y 15 de la Ley N°8422. De manera puntual, se ha señalado que si bien el numeral 14 de la Ley N° 8422 establece una lista taxativa de cargos sujetos a la prohibición a l ejercicio liberal de profesiones, en virtud de la adición hecha al artículo 20 del Código Municipal mediante la Ley N° 8611 del 12 de noviembre de 2007, se vino a establecer la prohibición al cargo de primer vicealcalde municipal (...) Cabe destacar que, dado que tanto el Acalde como el primer vicealcalde están sujetos a prohibición y, que el reconocimiento de la compensación económica respectiva depende de las condiciones personales, particulares y profesionales de quienes ocupen dichos cargos, pueden presentarse tres escenarios que pasamos a identificar de seguido, examen que resulta de gran relevancia, teniendo presente lo planteado en la tercera interrogante de su consulta según se precisará más adelante. En un primer escenario, en caso que quienes ocupen los cargos de marras no posean los requisitos necesarios y suficientes para que la prohibición les pueda ser compensada, no existiría la posibilidad que el salario del primer vicealcalde supere al del Alcalde Municipal. De igual forma, ubicados en un segundo escenario en el que ambos servidores cumplan con los requisitos exigidos para pagarles la prohibición, tampoco se daría esa posibilidad. Ahora bien, en un tercer escenario en el que el Alcalde Municipal no tenga derecho a que se le pague prohibición pero el primer vicealcalde sí, es posible que luego de aplicarle a este último el 65% correspondiente a título de prohibición su salario supere al fijado previamente al Alcalde, lo cual de ninguna manera podría interpretarse, y esto lo destacamos de manera enfática, como que el salario del primer vicealcalde pasa a convertirse en el "salario máximo pagado por la municipalidad" en los términos del artículo 20 del Código Municipal, al punto que haya que realizar una suerte de "recálculo" al salario del Alcalde. En ese sentido, hay que tener claro que el pago de la prohibición a favor del primer vicealcalde municipal, se da en virtud de las condiciones personales, particulares y profesionales de quien ocupe dicho cargo y que en el último de los escenarios planteados, el Alcalde Municipal no las reúne. De ahí que, es improcedente que el Alcalde se beneficie económicamente de condiciones de un tercero que él no cumple. Cabe reiterar, que el cálculo del salario del Alcalde Municipal se realiza por una única vez al momento de realizar la fijación respectiva (y, según se dijo antes, previo a establecer el salario del primer vicealcalde), remuneración que no podría ser variada en caso que el vicealcalde llegue a tener un salario superior (gracias al pago de un 65% a título

de prohibición), esto como si se tratara de un "nuevo" -si se quiere- "salario mejor pagado por la municipalidad" al que hace referencia el artículo 20 del Código Municipal (…).
(Oficio N° 4480 (DJ-0544-2011) del 19 de mayo de 2011)

Reconocimiento de prohibición retroactivo.

(...) en atención a la inquietud planteada con relación al momento a partir del cual debe ser reconocida la prohibición, dicho reconocimiento debe darse a partir de la fecha en la que el servidor respectivo es nombrado en un cargo alcanzado por la prohibición, bajo el entendido –desde luego- que dicho reconocimiento solo podrá darse luego de que se haya acreditado el cumplimiento efectivo de los requisitos exigidos para tal efecto y a los cuales se hizo referencia líneas atrás. Vale apuntar que, dado que en el oficio de consulta se hace mención a un eventual pago retroactivo de prohibición, esa municipalidad tiene que ser especialmente cuidadosa de verificar -previamente- que el funcionario respectivo ha cumplido con todos los requisitos que hacen procedente el reconocimiento. Aunado a lo anterior y siempre con relación al supuesto de un eventual pago retroactivo de prohibición, esa corporación municipal debe arribar –previamente- a un estado de certeza, en el sentido que el funcionario que se trate no ha ejercido de manera liberal su profesión, pues en caso de no tener tal certeza y no acreditarse dicho aspecto a través de algún medio –sea una declaración jurada, etc.-, el pago retroactivo resultará improcedente. Por otra parte, en el caso específico de la prohibición por reconocer con base en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios y la Ley de Compensación Económica sobre el Salario Base de Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública, debe tenerse presente que las labores, atribuciones y responsabilidades de los cargos respectivos deben estar vinculadas (léase relacionadas) directamente con el proceso tributario municipal, sea con la determinación, fijación, control, fiscalización, –et.-, de las obligaciones tributarias municipales. Lo anterior implica, que esa vinculación -además de directa- debe ser habitual, permanente, regular y ordinaria, examen que esa municipalidad debe llevar a cabo en cada caso y con sumo cuidado, tomando en cuenta las atribuciones sustantivas y responsabilidades de los servidores a la luz del manual descriptivo de puestos o bien, más allá de lo que en éste se establezca, a partir de las labores y tareas que el funcionario -desde el punto de vista material- realice en la práctica (…).
(Oficio N° 5834 (DJ-0608-2012) del 14 de junio de 2012)

Los gastos de representación y compensación por prohibición a favor de un Alcalde Municipal que disfruta de una pensión.

(…) la compensación por concepto de prohibición dispuesta en el artículo 15 de la Ley N° 8422 se limita al Alcalde Municipal cuya fijación salarial responda al mecanismo del salario mayor pagado por la municipalidad más un 10%; constituyéndose este en la base sobre la cual se calcula la compensación salarial referida. En lo que atañe a los Alcaldes Municipales que decidan no suspender el monto que perciben por concepto de pensión y a su vez el 50% de la pensión por concepto de gastos de representación, pese a que por disposición legal –artículo 14 de la Ley N° 8422- se encuentran impedidos del ejercicio liberal de su profesión, no poseen autorización legal a fin de compensar económicamente esa restricción. Cabe acotar que la fijación de los gastos de representación obedece a un régimen especial dispuesto por el legislador respecto de los Alcaldes pensionados que decidan no suspender tal beneficio y que la retribución económica por concepto de prohibición se otorga sobre la base del salario, tal y como lo dispone el artículo 15 de la Ley N° 8422 y no sobre la base de gastos de representación, en tal sentido, no les aplica la compensación económica dispuesta en la norma de cita. Interesa precisar que, a la luz de lo dispuesto en el ordinal 20 del Código Municipal, los "gastos de representación" aludidos, no ostentan la condición de salario ni obedecen a un componente cuya base es el salario, en tanto que, tal y como se señaló antes, el Alcalde, en su condición de pensionado, no percibe salario, sino el monto por concepto de pensión y el 50% está referenciado a esta. En virtud de lo anterior, en ausencia de norma expresa que disponga la compensación económica por concepto de prohibición a los Alcaldes que no perciben salario sino gastos de representación y en tanto dicha compensación entraña la disposición de fondos públicos, el gobierno local no estaría autorizado para realizar un pago sin sustento jurídico alguno, aun

cuando aquellos no pueden ejercer liberalmente la profesión, al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de reiterada cita. Finalmente, este órgano contralor llama la atención, en cuanto a que en la aplicación del artículo 20 del Código Municipal debe necesariamente observarse el deber de probidad dispuesto en el ordinal 3 de la Ley No.8422; en cuanto a la obligación de todo funcionario público a orientar su gestión a la satisfacción del interés público, asegurándose de 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; administrando los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia (…).
(Oficio N° 1442 (DJ-0108-2014) del 11 de febrero de 2014)

Salario del alcalde municipal y el reconocimiento de prohibición.

(…) El numeral 20 del CM refiere a una forma de cálculo general para lo cual toma en consideración el presupuesto de cada municipalidad a fin de establecer la base salarial del funcionario ejecutivo. Asimismo, el párrafo tercero de esta norma refiere de una manera expresa: *'no devengarán menos del salario máximo pagado por la Municipalidad más un 10 %'*. Este sería el parámetro general para reconocer el salario a cualquier Alcalde, tenga o no derecho al pago de prohibición. Ahora bien, en su literalidad, el artículo 20 del CM en su párrafo tercero utiliza el término *'salario máximo'*. Como se observa, la norma no alude a un *salario base máximo*, simplemente refiere a la remuneración total bruta como un monto global de referencia. De tal suerte, el salario del funcionario mejor pagado deberá incluir todos los complementos que establece la legislación vigente como parte de ese salario máximo. (Salario base, salario escolar, anualidades, carrera profesional, prohibición o dedicación exclusiva según corresponda, u otros componentes que de acuerdo con el ordenamiento, sean considerados como parte integral del salario). De tal forma, si el legislador hubiese querido que el Alcalde recibiese la base salarial del funcionario mejor pagado, y a partir de esta, se calculara la prohibición lo habría dispuesto de esa forma. Ahora bien, cuando señalamos que en el caso del Alcalde se trata de un monto global, (unitariamente considerado) nos referimos a un parámetro indivisible, único y de referencia que fue utilizado por el legislador *–como un instrumento-* para efectos de establecer una forma de cálculo cierta para todas las municipalidades del país, lo cual no implica que dicha suma (la cancelada a los Alcaldes) reconozca los mismos rubros que se cancelan al funcionario mejor pagado, o bien, que se requiera un desglose detallado de estos, como si se tratara del salario de un funcionario municipal regular. Así las cosas, dada la claridad de la norma, no es posible distinguir donde la ley, no lo hizo. De tal suerte, es a partir de este monto global *–y no a partir de los distintos componentes del salario máximo-* que se debe aplicar el supuesto contenido en el párrafo tercero. De lo contrario *–es decir-* si se excluyesen *–de previo-* los distintos rubros, sería imposible cumplir con el fin dispuesto por el legislador en cuanto a la premisa general de que el Alcalde (za) sea el funcionario mejor pagado en el Gobierno Local, lo que se dispone *–de una manera general-* para todos los casos, tanto para quienes accedan al beneficio de la prohibición como para aquellos Alcaldes que no cuenten con los requisitos legales que dispone el ordenamiento para efectos de que se les reconozca dicho rubro. No se debe perder de vista que habrán Alcaldes a los que se les cancele la prohibición y otros a los que no les asista ese beneficio (lo cual dependerá de sus condiciones particulares, en caso de que cuenten o no con los requerimientos dispuestos en el ordenamiento). Pero esto no implica *–en ningún sentido-* que a un Alcalde electo por los medios democráticos (que por sus condiciones no acceda a este pago), se le deba deducir los rubros de prohibición, anualidades, carrera profesional u otros (en relación con el salario máximo pagado), ya que esto nos llevaría a que existan Alcaldes que ganen menos de lo dispuesto *–como un mínimo-* en el párrafo tercero del artículo 20 de repetida cita (…).
(Oficio N° 1522 (DJ-0127-2014) del 11 de febrero de 2014) (En similar sentido véase el oficio N° 1709 (DAGJ-0288-2006) del 3 de febrero de 2006)

El pago de la prohibición no es un simple estímulo o plus salarial, es una compensación del costo de oportunidad del funcionario por no ejercer la profesión de forma liberal.

(…) en cuanto al mérito para el pago de una compensación por concepto de prohibición en un puesto, sostiene la Escuela de Secretariado que ello puede fundamentarse en el compromiso del funcionario con altos niveles de discreción, confiabilidad, permanencia y disposición inmediata. Debemos discrepar de tal posición a partir del sentido y naturaleza que ostenta el pago de este tipo de compensación, tal como lo ha desarrollado profusamente nuestra jurisprudencia administrativa, en el sentido de que este pago no es un simple estímulo o plus salarial, sino la compensación en términos económicos del costo de oportunidad que tiene para el profesional no ejercer en forma liberal su profesión y por ende dejar de percibir los ingresos adicionales que podría obtener en virtud de la contratación con otros clientes (…).
(Dictamen N° C-257-2008 del 23 de julio de 2008) (En igual sentido pueden verse los dictámenes N° C-278-2006 del 7 de julio de 2006; C-391-2006 del 4 de octubre de 2006; C-128-2007 del 27 de abril de 2007; C-078-2008 del 14 de marzo de 2008 y C-153-2008 del 8 de mayo de 2008)

Aplicación del pago compensatorio en plazas pagadas mediante el mecanismo de salario único.

(…) Si la plaza que ocupa el funcionario es retribuida mediante el mecanismo de salario único, a efectos de aplicar el pago compensatorio del 65% sobre el salario base, debe identificarse un salario base de referencia dentro del mismo Sector Público que permita hacer el respectivo cálculo, y efectuar el correspondiente ajuste, en caso de que así corresponda. El estudio técnico respectivo debe determinar si dentro de la estructura de ese salario, para su fijación original se tomó en cuenta un margen de compensación por el no ejercicio de la profesión, y de ser así, en qué medida o porcentaje fue otorgado en su momento (…).
(Dictamen N° C-102-2008 del 8 de abril de 2008)

El monto a pagar a los Alcaldes por concepto de prohibición es el establecido en el artículo 15 de la Ley.

(…) en el caso de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, el artículo 15 dispone expresamente cómo debe cancelarse el porcentaje de prohibición para los funcionarios señalados en el artículo 14 de ese mismo cuerpo normativo, por lo que no resulta de recibo recurrir a las disposiciones del artículo 1 de la Ley 5867 cuando existe una normativa específica que regula este punto (…).
(Dictamen N° C- 252-2012 del 29 de octubre de 2012)

El funcionario inhabilitado por el Colegio Profesional respectivo para el ejercicio liberal de la profesión no puede recibir la compensación económica derivada de la prohibición.

(…) la prohibición en el ejercicio de determinada profesión así como la de dedicación exclusiva constituyen una restricción a la libertad profesional, toda vez que con ambos institutos lo que se busca es que la Administración por razones de interés público pueda contar con funcionarios de nivel profesional que brinden sus servicios exclusivos, a cambio de un plus salarial. Para ser acreedor de la prohibición así como de la dedicación exclusiva, el funcionario debe entre otros requisitos estar habilitado para ejercer la profesión y en la mayoría de las profesiones la habilitación se adquiere al incorporarse al colegio profesional respectivo, de manera que si el profesional no se encuentra habilitado para el ejercicio de la profesión carece del derecho para ejercerla, por lo que la prohibición o la dedicación exclusiva no le lesionaría derecho alguno que requiera ser compensado económicamente (…).
(Dictamen N° C-346-2014 del 20 de octubre de 2014)

Pago de compensación. Condiciones al reconocimiento retroactivo.

(…) el pago por concepto de prohibición no se nace a la vida jurídica por el simple hecho de ocupar el cargo al que se le ha impuesto la restricción para el ejercicio profesional, ya que, además de tal requisito, el funcionario que pretende el resarcimiento en análisis debe detentar el grado profesional exigido por la norma, estar debidamente incorporado al Colegio respectivo y no haber realizado la actividad cuyo ejercicio se veda, durante el tiempo que no se le canceló el extremo objeto de consulta.//Asimismo, es claro que el reconocimiento retroactivo de la prohibición será procedente ante el cumplimiento de todas las exigencias supra citadas, a partir del 29 de abril del 2005, fecha en que entró en vigencia el Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Siempre y cuando, el servidor estuviera ocupando el puesto en esa fecha y lo solicite por escrito (…).
(Dictamen N° C-082-2011 del 13 de abril de 2011) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-221-2009 del 20 de agosto de 2009)

La compensación no se considera un derecho adquirido.

(…) En ese contexto es que se entiende que el pago de la compensación económica no se considera como un derecho adquirido, pues el levantamiento de la prohibición implica, en tesis de principio, que su destinatario recupera dentro de su esfera jurídica la plenitud del Derecho fundamental para ejercer liberalmente su profesión que le había sido cercenado por disposición legal (…).
(Dictamen C-320-2007 del 10 de setiembre de 2007)

RESOLUCIONES JUDICIALES

La prohibición al ejercicio liberal de la profesión y la dedicación exclusiva son excluyentes.

(…) el pago por 'prohibición' que hace la Administración a un servidor, constituye una compensación económica –que conforma el salario– para retribuirle la imposibilidad que dicta la Ley –no el contrato de trabajo– de ejercer su profesión en forma liberal, la cual opera automáticamente y no está dentro de las facultades del funcionario solicitarla o renunciar a ella, por lo que puede la Administración otorgarla en forma discrecional, en otras palabras, es consubstancial –de individual esencia y naturaleza con otro– a la relación de trabajo por disposición de la ley, inherente a la relación de servicio; en tanto, el pago por 'dedicación exclusiva', por el contrario, no tiene como base su otorgamiento, necesariamente, en la ley, sino que resulta del acuerdo entre la Administración y el servidor, es decir, implica la concesión de un beneficio que puede ser pactado o no por las partes, pudiendo subsistir la relación de servicio con o sin ella, por ser ese extremo un elemento ajeno a las prestaciones esenciales que conforman la contratación laboral. En consecuencia, el pago por 'dedicación exclusiva' constituye una modalidad de contratación, en virtud de la cual el servidor opta por no ejercer su profesión fuera del puesto desempeñado, a cambio de una retribución patrimonial adicional al salario. En consecuencia, de lo que se trata, es que el régimen de dedicación exclusiva es de naturaleza consensual (...).
(Sala Constitucional. Resolución N° 4494 de las 11:18 horas del 30 de agosto de 1996)

La prohibición al ejercicio liberal de la profesión como limitante al derecho al trabajo.

(…)El instituto de la prohibición supone una restricción al ejercicio profesional (véase artículos 56 y 74 de la Constitución Política), pues los funcionarios (as) o empleados (as) sujetos a ésta se encuentran imposibilitados en forma absoluta para el ejercicio de otros cargos públicos, así como para desempeñar, en la empresa privada, actividades relativas a los puestos que ocupan en la Administración Pública e inclusive ajenas a esos puestos, salvo las excepciones que ley establezca en cada caso. Lo anterior es así, en tutela del interés público y con sustento en un alto contenido ético, tendiente a impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras

actividades en el campo privado, pues con ello se podría afectar la necesaria intensidad en el cumplimiento de las actividades propias de la función, o bien, generarse una indeseable confusión, en los intereses de uno u otro campo (el privado y el público), lo que eventualmente supondría el sacrificio del interés público en beneficio del interés privado. Así, según se desprende de lo expuesto, la prohibición constituye una limitación a un derecho fundamental (la libertad de trabajo) y, por ende, su imposición es reserva de ley. Además, el reconocimiento de una compensación económica para retribuir esa restricción requiere, en forma adicional, que la norma creadora de la limitación (prohibición) u otra, prevea esa posibilidad (la retribución económica).
(Sala Segunda. Resoluciones N° 1056 de las 8:55 horas del 19 de diciembre de 2008 y N° 231 de las 9:35 horas del 20 de marzo de 2009)

Carácter impositivo de la prohibición.

(…) Jurisprudencialmente se ha considerado que esta institución jurídica opera automáticamente, es decir, no se encuentra dentro de las facultades del funcionario(a) solicitarla o renunciarla, ni tampoco puede la Administración otorgarla en forma discrecional. Es consubstancial a la relación de trabajo por disposición de la ley e inherente a la relación de servicio…" (en este sentido se puede ver, entre otras, las sentencias de esta Sala II nº 171-09, de las 9:35 horas del 25 de febrero de 2009 y la nº 410-11, de las 9:15 horas del 8 de mayo de 2011).
(Sala Segunda. Resolución N° 1104 de las 10:20 horas del 25 de setiembre de 2013)

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

- Con relación a la prohibición para recibir otras compensaciones salariales por parte de auditores y subauditores internos véase el artículo 34 de la Ley General de Control Interno.

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 originen primigenio en las principios constitucionales de transparencia y universidad 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 Nº 16220 (DAGJ-3446) del 15 de diciembre de 2004) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 9057 (DAGJ-2150) del 28 de julio de 2005)**

El servidor público únicamente puede recibir la remuneración que corresponde por el ejercicio de sus labores.

(…) queda claramente definido que los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones única y exclusivamente podrán recibir la remuneración que les corresponde por el ejercicio de sus labores de conformidad con el Régimen de Derecho Público, por lo que aparte de la remuneración que les corresponde por el desempeño de sus funciones no pueden percibir ningún tipo de remuneración adicional proveniente de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que pretendan retribuirlos por el cumplimiento propio de sus funciones o con ocasión de éstas, ya sea dentro del país o fuera de éste, pues evidentemente ya éstos están recibiendo el debido pago por el ejercicio de su cargo (…).
(Oficio N° 715 (DAGJ-0073-2007) del 29 de enero de 2007) (En similar sentido véase el oficio N° 6348 (DAGJ-1453-2005) del 2 de junio 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 Nº 485 (DAGJ-89) de 10 de enero de 2006)

Inhabilitación para devengar dietas para miembros de junta directiva de un colegio profesional que ostentan otro cargo público remunerado.

(…) el Colegio de contadores Privados de Costa Rica, como ente público no estatal que es, se encuentra sujeto en cuanto al ejercicio de su función administrativa a la Ley No. 8422 bajo análisis. (...) Así las cosas, y para los efectos del supuesto consultado, interesa considerar que en vista de que los indicados miembros de la Junta Directiva del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica a su vez ostentan otro cargo público remunerado, los mismos se encuentran sujetos a la norma de marras, con lo cual, están inhabilitados para devengar las dietas que en principio les correspondería percibir por su participación como miembros de dicha junta. Cabe tener presente que dicha disposición normativa no aplica únicamente a la percepción de dietas como miembros de una junta directiva, sino que también respecto de cualquier clase de órgano colegiado perteneciente a órganos, entes y empresas de la Administración Pública; por lo que, la misma solución daríamos a aquellos miembros de las mencionadas "Comisiones de Trabajo" en el tanto las mismas se encuentren concebidas como órganos colegiados que despliegan funciones administrativas y para cuya participación se remunera mediante el pago de dietas (…).
(Oficio N° 1174 (DAGJ-0271-2005) del 2 de febrero de 2005)

Pago de dietas.

(…) 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 cargos (…).
(Oficio N° 3895 (DAGJ-0882-2005) del 7 de enero de 2005)

Derogación de cláusulas del convenio relativas a la contratación de personal.

(…) la restricción contenida en el artículo 16 de la Ley Nº 8422, en el sentido de que los servidores públicos sólo pueden percibir las retribuciones propias del régimen de derecho público propio de su relación de servicio y debidamente presupuestadas, resulta de plena aplicación a partir de su entrada en vigencia, mas habría que determinar de frente a los casos concretos las condiciones y los términos específicos bajo los cuales fueron contratados para prestar servicios al PDR, la forma y naturaleza que ostenta la remuneración acordada, y las condiciones de su relación de servicio con la Administración y con el IICA, pues todo ello sería parte de un estudio previo indispensable para determinar si pueden considerarse servidores públicos a los cuales se les aplica la prohibición, y de ser así, si están protegidos por una situación consolidada que la nueva ley no puede afectar en su perjuicio. Incluso lo anterior cobra mayor importancia tomando en cuenta que las condiciones en la prestación de servicios y su respectiva remuneración es un tema en el que la jurisprudencia constitucional ha sido especialmente protectora en relación con posibles variaciones que pretendan ser impuestas por la Administración en perjuicio del servidor, de ahí que resultaría necesario determinar si la situación de esos profesionales podría ser ajustada a los términos del artículo 16 sin que se genere perjuicio alguno en sus derechos patrimoniales, propiamente en cuanto al monto y condiciones en que –al amparo de un convenio debidamente refrendado por esta Contraloría General– han venido percibiendo su remuneración antes de la entrada en vigencia de esta nueva legislación. En todo caso, no puede perderse de vista que esta clase de convenios tienen un determinado plazo de vigencia, de tal suerte que una vez fenecido ese término, no podrían ser prorrogados o firmarse otra adenda sin ajustarse plenamente a los términos de la nueva legislación actualmente vigente (…).
(Oficio N° 8624 (DAGJ-2057-2005) del 19 de julio de 2005)

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 Nº 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 Nº 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 Nº 11030 (DAGJ-2627) del 6 de setiembre de 2005)

El pago de viáticos y gastos de representación no se encuentran alcanzados por esta restricción.

(...) Ahora bien, tratándose 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 Nº 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 respetivo, 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 Nº 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 Nº 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 Nº 6348 (DAGJ-1453) del 2 de junio de 2005)

La restricción no cubre pagos que se den con motivo del rompimiento de la relación de servicio. El caso del desarraigo laboral.

(…) 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 Nº 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 Nº 8778 (DAGJ-2093) del 21 de julio de 2005)

La restricción no aplica tratándose de la remuneración por actividades privadas del funcionario.

(...) 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 Nº 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.

(...) 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 Nº 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 Nº 11030 (DAGJ-2627) del 6 de setiembre de 2005)

Sobre la 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 Nº 11030 (DAGJ-2627) del 6 de setiembre de 2005)

Prohibición para percibir compensaciones salariales. Aplicación concreta.

(...) tratándose 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 Nº 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 Nº 14765 (DAGJ-3445) del 14 de noviembre de 2005)

Pago de honorarios.

(…) 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 a 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. Si por el contrario se tratara del supuesto de un segundo cargo remunerado salarialmente, sí estaríamos en principio bajo el ámbito de cobertura de dicho artículo, sin embargo, tendríamos que analizar si se está o no en presencia de alguna de las excepciones previstas por la norma. Así, quienes ostenten un cargo público remunerado salarialmente y simultáneamente vayan a desempeñarse como músicos de la *Orquesta Sinfónica Nacional* recibiendo por dicho desempeño a su vez una retribución de naturaleza salarial, no se encontrarían impedidos para ello, precisamente por encontrarse amparados a uno de los supuestos de excepción contemplados por el numeral 17 tantas veces citado. Ahora bien, es importante tener presente que en el segundo párrafo del artículo 17 de marras, se regula una situación diferente, la cual se refiere 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. Se trata entonces de un supuesto distinto, relativo a servidores públicos que además de recibir el pago correspondiente a su cargo regular, por una situación particular, llevarán a cabo un trabajo de naturaleza extraordinaria que les implicará la percepción de una remuneración adicional. Ello a diferencia del supuesto general contemplado en el primer párrafo del artículo en comentario, que hace referencia al ejercicio simultáneo de dos cargos públicos. Cabe señalar 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. Así las cosas, los casos expuestos en el oficio de consulta referentes a los funcionarios de la Escuela de Música de la Universidad Nacional, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Banco Nacional de Costa Rica, y de la Universidad de Costa Rica no podrían tenerse como supuestos susceptibles de ser autorizados por la vía del trabajo extraordinario, pues como indicamos anteriormente dicha situación se reserva para cuando se trate de labores de naturaleza extraordinaria a ejecutar para la misma entidad –o para sus órganos adscritos- con la cual se labora ordinariamente (…).
(Oficio N° 4349 (DAGJ-0965-2005) del 19 de abril de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Funcionarios no pueden recibir remuneraciones en razón de convenios de cooperación.

(…) de conformidad con el artículo 16 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el funcionario público sólo puede recibir las retribuciones o beneficios propios de su labor y cancelados según el régimen de Derecho Público, lo que imposibilitaría que el funcionario recibiera dineros de otra entidad que no fuera pública (…) Este criterio ya ha sido reiterado por este Órgano Asesor, que ha señalado a los convenios de cooperación como un medio inidóneo para reconocer beneficios salariales a los funcionarios públicos (...).
(Dictamen N° C-353-2007 del 2 de octubre de 2007)

Pago de comisiones de los bancos públicos a sus empleados es una remuneración que no es ajena a la relación de servicio y por ende no está prohibida.

(…) A juicio de esta Procuraduría, el artículo 173 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica no impide que en los bancos del Estado se contemple el pago de comisiones dentro de los rubros que componen la remuneración de sus empleados. (…) se analiza si es posible acordar un sistema de remuneración mixto a pesar de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (…) al respecto, considera esta Procuraduría que la norma transcrita tampoco impide la implementación de un sistema de remuneración mixto, pues no se está ante la percepción de retribuciones o beneficios ajenos a la relación de servicio entre un banco del Estado y sus empleados, sino, más bien, ante la forma de remuneración seleccionada por el primero para retribuir los servicios prestados por los segundos (...).
(Dictamen Nº C-410-2008 del 13 de noviembre de 2008)

Policías no pueden recibir pagos adicionales por labor de vigilancia en eventos privados.

(…) tanto la Ley General de Policía como la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, establecen la imposibilidad de los funcionarios públicos de recibir cualquier tipo de beneficio por el desempeño de sus funciones, por lo que en nuestro criterio es claro que no podría existir un pago a los agentes policiales de parte de las organizaciones privadas por brindar vigilancia en los eventos privados. Así, dispone el artículo 10 de la Ley General de Policía.// Al tenor de lo expuesto, es claro que no podrían los oficiales de la fuerza pública cobrar por brindar servicios de seguridad en los eventos masivos. Cabe señalar que esta posición ya había sido externada por este Órgano Asesor, incluso antes de la promulgación de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito (…).
(Opinión Jurídica Nº OJ-81-2010 del 2 de noviembre de 2010)

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 autorización del jerarca respectivo. La falta de autorización impedirá el pago o la remuneración.
(Así reformado el párrafo anterior por el artículo 44° de la ley N° 8823 del 5 de mayo de 2010)

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, salvo si no existe superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones de tales órganos.
(Así reformado el párrafo anterior por el inciso a) del artículo 1° de la Ley N° 8445 del 10 de mayo del 2005).

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, podrán recibir las dietas correspondientes a cada cargo, siempre y cuando no exista superposición horaria. Cuando, por razones de interés público, se requiera que la persona integre más de tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, deberá recabarse la autorización de la Contraloría General de la República.

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.
(Así adicionados los dos últimos párrafos por el inciso b) del artículo 1° de la Ley N° 8445 del 10 de mayo del 2005).

CONCORDANCIAS

Sobre el concepto de "trabajo extraordinario" ver el artículo 1° inciso 45 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito.

Con relación con la solicitud de autorización para realizar trabajo extraordinario puede consultarse el numeral 34 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Ver el artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública (Ley N° 2166 del 7 de octubre de 1957)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

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)

Finalidad de la norma.

(…) la existencia del artículo 17 de comentario, no sólo tiene como fin impedir el doble pago –dieta y salario– sino evitar que los funcionarios públicos desatiendan indebidamente sus labores, deteriorando con ello 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 (…).
(Oficio N° 4931 (DAGJ-0476-2007) del 14 de mayo de 2007)

El objeto de la norma es evitar la superposición horaria.

(…) a fin de evitar que la aplicación de la disposición contenida en el párrafo sexto del artículo 17 de la Ley No 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° 1884 (DAGJ-0219-2009) del 16 de febrero de 2009)

El desempeño simultáneo de cargos públicos debe darse en entes y órganos de la Administración Pública.

(...) en cuanto a la restricción para el desempeño simultáneo de cargos públicos remunerados salarialmente (artículos 17 de la Ley Nº 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 1º 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 Nº 7929 (DAGJ-1846) del 1 de julio de 2005)

Simultáneo no es lo mismo que superpuesto.

(...) 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)

Doble remuneración es permitida siempre que no haya superposición horaria.

(…) La interpretación de este órgano contralor –hasta la fecha- había sido que la conducta prohibida era el desempeño simultáneo de dos cargos públicos, es decir, la doble remuneración, independientemente de que no existiera superposición de horarios. Esto quiere decir, que se había interpretado que al referirse la norma al término simultáneo, lo que se prohibía era el desempeño de dos cargos públicos remunerados salarialmente o devengando salarios en cada caso. Sin embargo, el legislador en esta misma norma 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 desempeñan un cargo dentro de la función pública, pueden 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 deben cumplir en el órgano o ente público para el que prestan sus servicios. En ese orden de ideas, en un repensar las cosas ante una nueva lectura del numeral en análisis, sobretodo de frente a lo expuesto en los párrafos subsiguientes del artículo donde el legislador ha permitido el pago de salarios y dietas a un mismo funcionario público, siempre y cuando no se incurra en superposición de horarios, entendido esto que no se cumpla con el cargo y se asista a las reuniones de junta directiva remuneradas con dietas dentro de la misma jornada, considera este órgano contralor en este momento que la lectura que debe dársele para el caso de la doble remuneración es similar; es decir, que el término simultáneo debe entenderse referido a que no se incurra en superposición de horarios. Esto quiere decir, que eventualmente los funcionarios públicos podrían estar desempeñando dos puestos públicos en diferentes administraciones o dos medios tiempos que completan una jornada laboral, siempre y cuando con ello no incurran en superposición de horarios (no sea dentro de la misma jornada laboral). Lo anterior nos lleva a concluir que la doble remuneración puede darse cuando no exista superposición de horarios y que la simultaneidad que prohíbe el legislador está referida precisamente a sancionar y prohibir que los salarios o las dietas percibidos sea por el ejercicio de funciones o labores dentro de una misma jornada laboral, pero en el tanto ello no se dé -no se incurra en la superposición de horarios-, no se infringe la prohibición de la simultaneidad que sanciona la norma. En consecuencia, este órgano contralor modificó su criterio y estimó que sí era posible el percibir dos salarios, una doble remuneración, en el ejercicio de dos cargos públicos cuando con ello no se incurriera en lo prohibido "la simultaneidad" referida a la superposición de horarios. A esta nueva lectura se llega con fundamento en una lectura integral de la norma y en los principios de eficiencia administrativa, interés público, servicio público y legalidad.

Por otra parte, somos del criterio que esta nueva interpretación también encuentra eco en un voto reciente de la Sala Constitucional, que aunque es un caso aislado va acorde con nuestra definición jurídica, en el sentido de que al hablarse de "simultáneos" se hace referencia a que no se pueden desempeñar dos cargos públicos en el mismo horario o jornada, al mismo tiempo; pero que sí es posible ese desempeño de dos cargos públicos siempre que no se incurra en superposición horaria (…).
(Oficio N° 1914 (DJ-0219-2011) del 28 de febrero de 2011)

Doble remuneración puede darse cuando no exista superposición de horarios.

(...) la doble remuneración puede darse cuando no exista superposición de horarios y que la simultaneidad que prohíbe el legislador está referida precisamente a sancionar y prohibir que los salarios percibidos sea por el ejercicio de funciones o labores dentro de una misma jornada laboral, pero en el tanto ello no se dé -no se incurra en la superposición de horarios-, no se infringe la prohibición de la simultaneidad que sanciona la norma. En consecuencia, este órgano contralor cambia su criterio y estima que sí es posible el percibir dos salarios, una doble remuneración, en el ejercicio de dos cargos públicos cuando con ello no se incurra en lo prohibido "la simultaneidad" referida a la superposición de horarios. A esta nueva lectura

se llega con fundamento en una lectura integral de la norma y en los principios de eficiencia administrativa, interés público, servicio público y legalidad (…).
(Oficio N° 6833 (DJ-2845-2010) del 16 de julio de 2010)

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)

Superposición horaria.

(…) la reforma operada al artículo 17 antes referido, mediante la ley No. 8445 del 10 de mayo del 2005, habilita que el servidor perciba un pago simultáneo de dietas y salario, fijándose como único requisito que no haya superposición horaria entre la jornada laboral en la que prestan sus servicios ordinarios a un ente u órgano público y las sesiones de los órganos o juntas respectivos en donde integrará. Incluso, puede participar en tres juntas directivas- y percibir el pago de las correspondientes dietas, bajo igual condición de que no exista superposición horaria entre su jornada de trabajo y la celebración de las sesiones de ese órgano colegiado. Nótese, que la reforma legal operada de ese numeral 17, si bien vino a flexibilizar el régimen con respecto a la norma original, en tanto permite al servidor percibir dietas de modo adicional a la remuneración salarial, mantiene la tesis de principio relativa a la no superposición horaria en el desempeño de los distintos cargos. Precisamente, la inteligencia de esa norma está orientada a asegurar que el servidor se dedique íntegramente durante su horario de trabajo a las funciones y responsabilidades que exige su puesto, toda vez que se garantiza las condiciones de eficiencia, permanencia y continuidad de la sana prestación del servicio público, postulados que reinan en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, en el artículo 11 de la Constitución Política, los artículos 4, 225 y 269 de la Ley General de la Administración Pública y el artículo 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública." (…) Por otra parte, en cuanto a la aplicación del artículo 36 precitado, resulta claro que su contenido es contrario al numeral 17 reformado, por lo que dicha disposición al ser de rango inferior queda sin sustento jurídico, conforme al principio de jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo del artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, es decir, producida la reforma de esa norma legal, se deja sin efecto dicha disposición reglamentaria (…).
(Oficio N° 8926 (DJ-1042-2011) del 20 de setiembre de 2011)

Superposición horaria.

(…) Por regla general, es permitido el ejercicio de cargos públicos, en más de una entidad estatal, siempre y cuando no exista superposición horaria entre los puestos desempeñados, que los cargos sean de naturaleza diversa y que entre ambas jornadas no se sobrepase la jornada ordinaria. Como régimen de excepción es permitida la docencia con superposición horaria, únicamente, cuando se trata de instituciones de educación superior, con exclusión de aquellos regímenes especiales que cuenten con una regulación normativa específica, que establezca lo referente a la docencia universitaria. El otorgamiento de un permiso sin goce de salario, no conlleva el rompimiento de la relación de empleo, sino que lo que opera es una suspensión de ciertas obligaciones derivadas de la relación funcionarial, básicamente el deber del empleado de brindar el trabajo para el que fue contratado y el deber del patrono de pagar un salario. En línea con lo anterior, el funcionario que goza de una licencia de esta naturaleza

no puede colocarse en situación que provoque un conflicto de intereses o lesione los deberes de imparcialidad, objetividad y probidad que debe cumplir todo funcionario público (…).
(Oficio N° 9323 (DJ-0894-2012) del 12 de setiembre de 2012)

Es posible el desempeño de dos cargos públicos siempre que no se incurra en superposición horaria.

(…) a partir de la reforma introducida al artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, del 17 de setiembre de 2007, la interpretación varió, de tal suerte, que los funcionarios públicos podrán desempeñar más de un cargo en la gestión pública pero bajo ciertas circunstancias que seguidamente se exponen. La Sala Constitucional en la resolución No. 2008-13431 de las 9:38 horas del 2 de setiembre de 2008, estableció que al hablarse de "simultáneos" se hace referencia a que no se pueden desempeñar dos cargos públicos en el mismo horario o jornada, al mismo tiempo; pero que sí es posible el desempeño de dos cargos públicos siempre que no se incurra en superposición horaria. En esa línea de pensamiento, también la Contraloría General de la República, en el oficio 01914 (DJ-0219-2011) del 28 de febrero del 2011, llegó a concluir que la doble remuneración puede darse siempre y cuando no exista superposición de horarios y que la simultaneidad prohibida por el legislador está referida precisamente a sancionar y limitar que los salarios o las dietas percibidos sean por el ejercicio de funciones o labores dentro de una misma jornada laboral, pero en el tanto ello no se dé -no se incurra en la superposición de horarios-, es decir, no se infringe la prohibición de la simultaneidad que sanciona la norma. Como se puede apreciar, sí es posible que el funcionario perciba dos remuneraciones por el desempeño de dos cargos públicos en la Administración Pública, independientemente del tipo de jornada en que labore, eso sí, siempre y cuando no se incurra -en ninguno de los casos- en superposición de horarios (…).
(Oficio N° 6067 (DJ-0459-2014) del 19 de junio de 2014)

La restricción aplica independientemente del análisis de la existencia o no de un real o potencial conflicto de intereses.

(...) 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.

(...) 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 público 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 continúo servicio público (...).
(Oficio N° 7051 (DAGJ-1649) del 16 de junio de 2005)

Aplicación de la restricción.

(…) El artículo 17 de la Ley No.8422 establece una restricción para que funcionarios que disfrutan de permiso sin goce de salario se desempeñen como asesores y consultores, lo que excluye otros tipos de labor. Además esa limitación solo opera cuando dicho tipo de servicios son prestados para la misma entidad con la que mantiene una relación jerárquica, o es un órgano desconcentrado de la misma o es para desempeñar ese tipo de labores como fruto de un convenio suscrito al efecto. El funcionario que disfrute de un permiso sin goce de

salario mantiene su vínculo laboral con el empleador, aun cuando la relación de servicio está suspendida, debiendo respetar en la esfera privada los principios ético-jurídico de lealtad, rectitud, buena fe, confianza legítima, transparencia pública, reserva, confidencialidad y respecto para con su patrono público, ya que de lo contrario incurriría en una falta susceptible de ser sancionada disciplinariamente. Cuando un servidor que goza de un permiso sin goce de salario está sujeto al régimen de prohibición del ejercicio liberal de la profesión, el régimen ético-jurídico antes indicado se refuerza, ya que subsiste la incompatibilidad o prohibición de marras que es independiente de pago o no de una suma compensatoria, salvo las excepciones que la ley contemple. 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 Nº 3427 (DAGJ-756) del 29 de marzo de 2005)

No hay impedimento legal en la conducta de los servidores que forman parte de una cooperativa.

(…) No existe ningún impedimento legal de acuerdo con el artículo 17 de la Ley No. 8422 para que un funcionario público que desempeña a su vez puestos directivos en órganos de una cooperativa reciba dietas, según el régimen interno de dicha entidad, puesto que la prohibición de percibir dietas se encuentra restringida a los supuestos en que éstos integren juntas directivas o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública. 2. La Ley No.8422 sí establece otros tipos de prohibiciones e incompatibilidades para determinados funcionarios públicos que ocupan altos cargos y a la vez desempeñan puestos directivos en entidades privadas como pueden ser la cooperativas, régimen que se encuentra claramente establecido en diversos supuestos contemplados en los artículos 18 y 65 de dicha ley, el cual ha de ser observado y cumplido en forma estricta (…).
(Oficio N° 965 (DAGJ-0204-2005) del 26 de enero de 2005)

Guardias médicas.

(…) Aun cuando un profesional en medicina que trabaja para la CCSS estuviera sujeto al régimen de prohibición o dedicación exclusiva, puede realizar guardias médicas sin que ello implique una violación a dicho régimen, toda vez que en ese caso se trata de servicios prestados a la misma institución para la que labora, de tal forma que no se incurre en infracción alguna a dichos regímenes. Las guardias médicas no entran dentro del concepto de trabajos extraordinarios contenido en el numeral 17 de la Ley Nº 8422, de tal suerte que para su asignación no se requiere la autorización de esta Contraloría General contemplada en dicha norma (…).
(Oficio N° 9722 (DAGJ-2330-2005) del 12 de agosto de 2005)

La docencia en instituciones de educación superior como excepción a la prohibición.

(…) se desprende tanto del numeral 17 de la Ley No 8422 como del artículo 33 de su Reglamento que ambos numerales impiden como regla general a personas que ya ocupan un cargo remunerado salarialmente en los órganos o entidades de la Administración Pública, desempeñar en forma simultánea otro cargo remunerado salarialmente, regulación legal que sin embargo encuentra salvedades expresamente establecidas, incluida en lo que interesa el ejercicio de la docencia. Si bien de conformidad con lo anterior, la situación descrita en su oficio quedaría comprendida en una de las excepciones previstas para la prohibición legalmente prevista, no debe perderse de vista que la excepción en comentario, incluye además una restricción particular en el sentido de que la docencia debe ser impartida en instituciones de educación superior, entendiendo entonces la que se imparte en centros universitarios o parauniversitarios, aspecto que lleva irremediablemente a responder negativamente la consulta, toda vez que la actividad docente a la que se hace mención en su oficio, no se impartiría en una institución de educación superior (…).
(Oficio N° 1823 (DAGJ-0187-2007) del 22 de febrero de 2007)

La docencia como excepción.

(...) como regla general, no existe prohibición para ejercer la docencia en centros de enseñanza superior fuera del cumplimiento de la jornada ordinaria de trabajo. Asimismo, el legislador dejó patente la posibilidad de dedicar tiempo a la docencia durante el horario de trabajo de la institución, pero bajo las condiciones infrangibles siguientes: 1) La pre-existencia de normas internas que regulen la materia de los permisos, dictadas por el jerarca de la institución, donde se establezcan al menos, los mecanismos idóneos que permitan comprobar que el alcalde cumplirá con la jornada ordinaria, entendida esta última, como el lapso de tiempo efectivo en que realiza su trabajo, sin ajustarse a un horario institucional 2) Que se conceda tal posibilidad mediante una autorización a los funcionarios públicos para ejercer docencia en centros de enseñanza superior (…).
(Oficio N° 6130 (DJ-740-2011) del 7 de julio de 2011)

La docencia como excepción.

(...) es factible la posibilidad de dedicar tiempo a la docencia durante el horario de trabajo de la institución, pero bajo las siguientes condiciones: a) La pre-existencia de normas internas que regulen la materia de los permisos, dictadas por el jerarca de la institución, donde se establezcan al menos, los mecanismos idóneos que permitan comprobar que el funcionario cumplirá con la jornada ordinaria, entendida esta última, como el lapso de tiempo efectivo en que realiza su trabajo, b) Que se conceda tal posibilidad mediante una autorización a los funcionarios públicos para ejercer docencia en centros de enseñanza superior, c) Que la eventual autorización para ejercer la docencia en los horarios de trabajo sea otorgada bajo parámetros de racionalidad y razonabilidad, de suerte, que la ausencia de esos funcionarios públicos no vaya a desembocar en una afectación negativa en la prestación de los servicios. Por regla general, es permitido el ejercicio de cargos públicos, en más de una entidad estatal, siempre y cuando no exista superposición horaria entre los puestos desempeñados, que los cargos sean de naturaleza diversa y que entre ambas jornadas no se sobrepase la jornada ordinaria. Como régimen de excepción es permitida la docencia con superposición horaria, únicamente, cuando se trata de instituciones de educación superior, con exclusión de aquellos regímenes especiales que cuenten con una regulación normativa específica, que regule lo referente a la docencia universitaria. La Administración Pública, no sometida a un régimen especial, deberá reglamentar a lo interno, el ejercicio de la docencia en instituciones de educación superior, de conformidad con los parámetros indicados en esta consulta, para garantizar la continuidad del servicio público (…).
(Oficio N° 7093 (DJ-0827-2011) del 3 de agosto de 2011)

Procedencia para que un funcionario público labore dos medios tiempos diferenciados en cuanto a funciones, áreas laborales en una misma institución.

(...) la lógica de la norma es prohibir de manera expresa que en el pleno desempeño de un cargo en la Administración Pública, en el tiempo y horario requerido para ello, el mismo funcionario desempeñe otro cargo y reciba una segunda remuneración por ello. Con ello, la lógica de la norma es prohibir de manera expresa que en el pleno desempeño de un cargo en la Administración Pública, en el tiempo y horario requerido para ello, el mismo funcionario desempeñe otro cargo y reciba una segunda remuneración por ello. En ese orden de ideas, y de frente a los elementos expuestos en los párrafos anteriores, considera este órgano contralor que su posición inicial debe ser modificada de manera que se dé una interpretación integral y congruente del citado artículo en el ámbito del régimen normativo que previene posibles actos de corrupción, que en este caso se darían si un mismo funcionario en una misma jornada laboral desempeña más de un cargo y recibe más de una remuneración salarial por ello. En otras palabras, y atendiendo a su inquietud sería válido que los funcionarios públicos estén desempeñando dos puestos públicos en diferentes administraciones o dos medios tiempos que completan una jornada laboral, siempre y cuando con ello no incurran en superposición de horarios, es decir siempre que no sea dentro de la misma jornada laboral. Lo anterior nos lleva a concluir que la doble remuneración puede darse cuando no exista superposición de horarios

y que la simultaneidad que prohíbe el legislador está referida precisamente a sancionar y prohibir que los salarios percibidos sea por el ejercicio de funciones o labores dentro de una misma jornada laboral, pero en el tanto ello no se dé -no se incurra en la superposición de horarios-, no se infringe la prohibición de la simultaneidad que sanciona la norma. En consecuencia, este órgano contralor cambia su criterio y estima que sí es posible el percibir dos salarios, una doble remuneración, en el ejercicio de dos cargos públicos cuando con ello no se incurra en lo prohibido "la simultaneidad" referida a la superposición de horarios. A esta posición se llega con fundamento en una lectura integral de la norma y en los principios de eficiencia administrativa, interés público, servicio público y legalidad. Finalmente, esta posición jurídica encuentra igualmente sustento en un voto reciente de la Sala Constitucional, que aunque resuelve un caso aislado, va acorde con nuestra definición jurídica, en el sentido de que al hablarse de "simultáneos" se hace referencia a que no se pueden desempeñar dos cargos públicos en el mismo horario o jornada, al mismo tiempo; pero que sí es posible ese desempeño de dos cargos públicos siempre que no se incurra en superposición horaria (…).
(Oficio N° 5994 (DJ-2498-2010) del 23 de julio de 2010)

Excepción de funcionarios públicos que presten servicios requeridos por la Comisión Nacional de Emergencias.

(...) la excepción opera a 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 (…).
(Oficio N° 6793 (DJ-0798-2011) del 22 de julio de 2011)

La restricción no aplica respecto a nombramientos efectuados antes de la entrada en vigencia de la Ley.

(...) 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 Nº 7630 (DAGJ-1751) del 28 de junio de 2005)

Inaplicación de la prohibición de desempeño simultáneo de cargos.

(…) efectivamente existen una serie de supuestos taxativos que el legislador previó como excepciones a la prohibición del desempeño simultaneo de dos cargos públicos remunerados y también le dio la potestad a la Contraloría General de la República para que en casos similares a los regulados el Órgano Contralor pueda autorizar el ejercicio simultáneo de cargos públicos. Cabe agregar, que en estos casos de excepción la administración correspondiente debe velar para que el servicio público que se está prestando o el fin público que se debe satisfacer no se vea afectado (…).
(Oficio N° 4193 (CGR/DJ-0298-2015) del 18 de marzo de 2015)

Cargos de naturaleza ad honorem.

(...) 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)

Elementos que debe tener presente un funcionario en un puesto de confianza en el ámbito municipal frente al desempeño simultáneo de otro cargo público.

(...) de encontrarse el servidor en cuestión ante el régimen de dedicación exclusiva o el régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, habrá de valorarse las regulaciones propias de cada uno de estos regímenes para cada situación en concreto. En todo caso, debe destacarse en relación con este punto que, independientemente de que el servidor municipal de confianza desempeñe simultáneamente otro cargo público de forma legítima, hay elementos de vital importancia que deben ser debidamente verificados, tanto por el funcionario hay elementos de vital importancia que deben ser debidamente verificados, tanto por el funcionario hay elementos de vital importancia que deben ser debidamente verificados, tanto por el funcionario en cuestión como por su superior jerárquico, en atención al fortalecimiento del régimen preventivo en cuestión como por su superior jerárquico, en atención al fortalecimiento del régimen preventivo en cuestión como por su superior jerárquico, en atención al fortalecimiento del régimen preventivo previsto en la Ley contra la Corrupción y tutelado precisamente en su artículo 17 en comentario. Así, deben los funcionarios aludidos atender las siguientes previsiones: 1) Velar porque entre la finalización del horario del primer cargo y el inicio del segundo, exista el espacio temporal razonable para el traslado del servidor de un lugar a otro, de modo que no se afecte el tiempo dispuesto para el desempeño de cada puesto. 2) Velar porque entre los cargos que son ejercidos simultáneamente, no se generan incompatibilidades, primordialmente en razón de conflictos de intereses. 3) Velar porque no se sobrepase la jornada laboral superior a tiempo completo. 4) Cumplir con los recaudos contemplados dentro del deber de probidad, previsto a su vez en el artículo 3 de la Ley (…).
(Oficio N° 7487 (DJ-0552-2014) del 23 de julio de 2014)

Remuneración vía honorarios por servicios profesionales frente a la prohibición al desempeño simultáneo de cargos.

(...) en cuanto a su participación ocasional como perito externo del Banco de Costa Rica, debemos señalar que en lo que respecta a la prohibición para el desempeño simultáneo de cargos públicos establecida por el numeral 17 de la Ley No. 8422 de reiterada cita, 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. De forma tal, que la situación descrita tampoco quedaría sujeta a lo dispuesto por el indicado cuerpo normativo. Cabe señalar que correspondería al Banco de Costa Rica verificar que no existe ningún supuesto de incompatibilidad generador de posibles conflictos de interés entre el cargo desempeñado en el IFAM y la prestación de servicios como perito externo de dicho Banco, aspecto que nuevamente resulta ajeno a la materia consultada a esta Contraloría General (…).
(Oficio N° 6620 (DAGJ-1522-2005) del 8 de junio de 2005)

Pago de servicios profesionales fuera de la jornada laboral.

(…) Sobre este tipo de consulta en particular, en donde se prestan servicios por parte de un funcionario público de planta de una dependencia pública a una Junta de Educación o Administrativa de un centro educativo, llevando la contabilidad de las mismas, puede estarse ante dos situaciones: la primera, que dichos servicios sean remunerados salarialmente; la segunda, que los servicios de contabilidad se pagan por servicios profesionales, conforme a unos determinados honorarios legal o convencionalmente fijados. (…) Por otra parte, en el caso de los servicios de contabilidad retribuidos mediante servicios profesionales u honorarios consistente en un determinado porcentaje de la cuantía del asunto de que se trate, este Despacho ha llegado a establecer que tal situación administrativa no se encontraría bajo los supuestos del párrafo primero artículo 17, puesto que: "(...) 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 a 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" (Oficio Nº 4349 (DAGJ-0965-2005) del 19 de abril de 2005). Este criterio ha sido reiterado en el oficio DAGJ-01535 (06729) del 10 de junio de 2005 al sostener que "...la restricción contenida en la norma legal de cita no cubre ni alcanza los pagos que puedan hacerse a un servidor público que no resulten incluidos dentro del concepto de salario...", tomando en consideración que las comisiones o porcentajes que se perciben no constituyen en sentido estricto una retribución de naturaleza salarial. De conformidad con lo antes expuesto, no existe restricción o impedimento legal para que Ud. continúe percibiendo un porcentaje de acuerdo a lo que ingrese de la Ley No.6746 e impuesto sobre bienes inmuebles por las contabilidades que lleva, siempre y cuando dicha prestación de servicios se realice fuera de la jornada laboral que debe cumplir para el Municipio y no utilice los bienes de la Institución para realizar dicha labor (…).
(Oficio N° 7148 (DAGJ-1670-2005) del 20 de junio de 2005)

Sobre lo inconveniente que resulta que una misma persona se desempeñe como regidor y como funcionario municipal de manera simultánea.

(...) 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 Nº 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 Nº 6729 (DAGJ-1535) del 10 de junio de 2005)

El caso de funcionarios excluidos de la limitación de la jornada de trabajo.

(...) 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 traslapo de horarios entre ambas funciones (...).
(Oficio N° 6221 (DAGJ-1415) del 30 de mayo de 2005)

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 Nº 12822 (DAGJ-1479) del 7 de setiembre de 2006)

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 Nº 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 Nº 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.

(...) 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 aun 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 Nº 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.

(...) 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) (En igual sentido puede verse el oficio N° 12930 (DAGJ-3043-2005) del 14 de octubre 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.

(...) 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)

Quien ostente un cargo dentro de la función pública no puede desempeñar otro aun 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.

(...) 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.

(...) 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.

(...) 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 Nº 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)

El caso de los músicos y docentes. Alcances.

(...) solo resulta procedente de manera excepcional, en la medida en que se trate de músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional o de bandas que pertenezcan a la Administración Pública –central o descentralizada–, y en el caso de la docencia, siempre que sea ejercida en instituciones de educación superior –categoría instituciones universitarias y las parauniversitarias (…).
(Oficio N° 2267 (DAGJ-479) del 28 de febrero de 2005) (En similar sentido véase el oficio N° 3734 (DAGJ-829) del 4 de abril 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 lesco 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 lesco 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.

(...) 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 Nº 6740 (DAGJ-1538) del 10 de junio de 2005) (En igual sentido puede verse los oficios Nº 6743 (DAGJ-1539) del 10 de junio de 2005 y Nº 360 (DAGJ-81) del 12 de enero de 2005)

Trabajo extraordinario.

(...) en la especie, nos encontramos frente a una serie de funcionarios públicos del MEP (Escuela Central de San Sebastián, Escuela Manuel Belgrano de Hatillo Tres, Colegio Técnico de San Sebastián, Escuela República de Paraguay de Hatillo Centro), a los que se desea contratar para impartir cursos de informática, lo cual responde a una circunstancia de naturaleza excepcional, pues no se trata de los cursos regularmente impartidos por dichos profesionales en sus funciones ordinarias, sino que los mismos refieren a la ejecución de un contrato suscrito con el INA para beneficiar a la comunidad estudiantil. Asimismo, dichos cursos se deberán impartir fuera de la jornada ordinaria de esos funcionarios, pues se indica que los mismos se efectuarán después de las cinco de la tarde, y no podrían configurarse como horas extras, precisamente por consistir en labores ajenas a las que usualmente se desempeñan dentro de la jornada ordinaria. Por otra parte, los cursos se deberán impartir de forma temporal, según el plazo contratado con el INA y no de manera indefinida. Ahora, otro de los requisitos que se debe cumplir para considerar que estamos en presencia de trabajo extraordinario es el que se refiere a que dichas labores se presten a favor de la misma entidad u órgano para el cual regularmente se prestan los servicios. En el caso de marras se trata de funcionarios del MEP que estarían prestando servicios, por concepto de trabajo extraordinario, a la Junta Administrativa del Colegio Técnico Profesional de San Sebastián, pues según nos lo indica en su nota, dichos profesores serían contratados por esa Junta como parte de su planilla. De tal manera, que en sentido estricto no estarían prestando sus servicios para el mismo órgano, pues las Juntas Administrativas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 del Reglamento General de Juntas de Educación y Juntas Administrativas, son delegaciones de las municipalidades y organismos auxiliares de la Administración Pública, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Ahora bien, es importante considerar la particular relación que existe entre dichas Juntas y el MEP, pues las mismas funcionan como organismos auxiliares de ese Ministerio, siendo que incluso están sujetas a las directrices y disposiciones emanadas de la autoridad competente de dicho Ministerio, según lo establece el artículo 3 del indicado Reglamento. Importa señalar, que 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 (…).
(Oficio N° 6394 (DAGJ-1468) del 3 de junio de 2005)

Sobre el concepto de 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° 708 (DAGJ-0115-2006) del 16 de enero de 2006)

Diferencia entre trabajo extraordinario y horas extras.

(…) el trabajo extraordinario a diferencia del tiempo extraordinario es aplicable sólo a funcionarios públicos, a diferencia de las horas extras que cubren también a particulares, como una medida excepcional, justificada sólo porque la persona cuenta con la capacidad o experticia suficiente para cumplir los objetivos propuestos. Tan excepcional que se habilita un trabajo adicional al cumplimiento de una jornada ordinaria, aunque como ha quedado dicho

se diferencia de las horas extra, porque no se trata de la continuación de las labores ordinarias, sea aquellas para las cuales la persona fue contratada, sino de otro tipo de labor que no es mera continuación de las que ordinariamente ejecuta (…).
(Oficio N° 8718 (DAGJ-1163-2008) del 26 de agosto de 2008)

Se trata de un supuesto distinto al desempeño simultáneo de cargos públicos.

(...) 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 Nº 2679 (DAGJ-268) del 16 de marzo de 2007)

Su aplicación se circunscribe a los funcionarios públicos.

(...) 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)

Pago de honorarios y trabajo extraordinario.

(…) la norma de mérito trata de evitar el pago de una doble remuneración salarial a favor de un mismo servidor público, sin que ello impida que este servidor –en la medida que no le asista legalmente alguna prohibición, restricción o impedimento- pueda en virtud de una contratación de sus servicios profesionales, percibir una remuneración diversa a la que ya recibe por su desempeño en el cargo que ocupa en un órgano o entidad de la Administración Pública, como lo es el pago de honorarios. (...) Por otra parte debe tomarse en cuenta, que el otorgamiento de una autorización para realizar un trabajo extraordinario requerido por

la misma entidad para la que labora, para que de manera temporal realice tareas ajenas y distintas a las que atiende normalmente, recibiendo por ello una remuneración de tipo salarial adicional a la que ya percibe, en cuyo caso al estar frente a una doble remuneración de índole salarial, y advirtiendo la restricción que en ese sentido establece el primer párrafo del artículo 17 de la Ley No 8422, debe solicitarse en forma previa la autorización correspondiente a la Contraloría General. En este sentido el artículo 1o del Reglamento Ejecutivo a la Ley No 8422, publicado en el Alcance No 11 a La Gaceta No 82 del 29 de abril de 2005, al momento de definir el denominado trabajo extraordinario, dispone claramente que la remuneración por percibir en razón de esta atención temporal y excepcional de labores, debe ser de tipo salarial, por la cual en todo caso, no se asume otro cargo remunerado salarialmente ni una contratación de servicios profesionales. Así las cosas y a manera de conclusión, se tiene que el pago eventual de honorarios por servicios profesionales a un servidor público, que ya percibe una remuneración salarial por el desempeño de un cargo en los entes y órganos de la Administración Pública, además de no configurar una lesión a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 17 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, no requiere la autorización de la Contraloría General prevista en el párrafo segundo del dicho numeral y en el artículo 34 del Reglamento Ejecutivo a dicha Ley (…).
(Oficio N° 6727 (DAGJ-01534-2005) del 10 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 Nº 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 Nº 14763 (DAGJ-1691) del 19 de octubre de 2006)

El trabajo extraordinario no aplica al caso de "extrafunciones".

(...) 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.

(...) 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.

(...) 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 se 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 Nº8422, 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 invierta 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.

(...) 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

Concepto de asesor, consultor y dirección.

(…) pese a la amplitud con la que pueden entenderse los términos de asesor o consultor, apoyándonos en la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española, y agregando de parte nuestra algunos elementos sobre el particular, en términos generales puede indicarse, que la asesoría se encuentra referida a la acción de asistir, ayudar, aconsejar o ilustrar a otros, y la de consultoría a la emisión por parte de una persona, de un parecer o criterio experto sobre algún tema o materia que sea de su conocimiento y manejo regular. Por otra parte, la dirección se entiende ligada a dirigir, esto es, a ejecutar un plan, un programa o un objetivo determinado, involucrando entonces actividades de planificación y coordinación con otras personas. Como puede verse, la dirección es una labor ejecutiva per se, donde una persona asume la titularidad de un deber y la consecuente responsabilidad, de llevar a cabo junto a otras personas bajo su guía, instrucción y mandato, una serie de actividades y acciones encaminadas a la ejecución de un programa o plan, de cara a la consecución y logro de ciertos objetivos y finalidades. Sobre el particular, si bien una labor de asesor o consultor, también puede estar relacionada con la ejecución de un programa o plan, lo cierto del caso es que la titularidad de la toma de decisiones, su ejecución y la consecuente responsabilidad respecto del cumplimiento de dicho programa o plan, le corresponden a un tercero (director) diverso al consultor o asesor. De esta forma se tiene, que un puesto o cargo de director, implica entonces un deber de dirigir, coordinar y planificar, ejecutando acciones y tomando decisiones ya no en un plano más o menos abstracto, sino eminentemente práctico (…).
(Oficio N° 956 (DAGJ-0126-2006) del 20 de enero de 2006)

No todo puesto de confianza es de asesoría o consultoría.

(…) el legislador restringió los casos sujetos a la indicada prohibición, a aquellos en que el funcionario en cuestión pase a desempeñar funciones de asesor o consultor. Así, si bien usualmente los puestos de asesor y consultor suelen desempeñarse en plazas que pertenecen al régimen de confianza, no cabría entender que todo puesto de confianza refiere a la realización de funciones de asesoría o consultoría. En ese orden de ideas, valga hacer notar, que de conformidad con las clasificaciones establecidas por la Autoridad Presupuestaria en las instituciones del Gobierno Central, a que usted hace referencia en su misiva, se consideran

puestos de confianza entre otros, los de asesor, asistente, consultor, secretaria del ministro, secretaria del viceministro, chofer del ministro y chofer del viceministro. Evidentemente, no todas esas categorías de puestos quedan cubiertas por la prohibición de marras, sino que la misma alcanza únicamente los casos de funcionarios públicos que durante el disfrute de un permiso sin goce de salario pasen a desempeñarse como asesores o como consultores de algún órgano, entidad o institución, nacional o extranjera, que se encuentre vinculada con el órgano o entidad en la cual dicho servidor ejerce su cargo, ya sea por relación jerárquica, desconcentración o convenio aprobado al efecto (…).
(Oficio N° 3365 (DAGJ-0443-2006) del 6 de marzo de 2006)

La finalidad de la restricción se enfoca en evitar el surgimiento de conflictos de intereses.

(…) 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 Nº 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 Nº 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 traten, 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 Nº 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 Nº 8422 y 35 de su Reglamento Ejecutivo. (...).
(Oficio N° 956 (DAGJ-126) del 20 de enero 2006) (En igual sentido puede verse el oficio Nº2783 (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.

(...) 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 Nº 14321 (DAGJ-3345) del 7 de noviembre de 2005)

AUTORIZACIÓN PARA INTEGRAR JUNTAS DIRECTIVAS U ORGANOS COLEGIADOS

Integración simultánea de juntas directivas.

(…) ha sido criterio de esta Contraloría General que el hecho de que una misma persona integre simultáneamente muchas juntas directivas, va en contra de las sanas prácticas de administración de la Hacienda Pública, toda vez que el ejercicio del cargo implica para el servidor designado la participación en sesiones ordinarias que se celebran de 1 a 4 veces al mes por cada uno de los órganos, entes o empresas públicas a los que pertenecen, la asistencia a sesiones extraordinarias en casos de urgencia que así lo requieran, así como el tiempo necesario para que el directivo se informe y estudie los asuntos que se van a conocer y resolver en la Junta Directiva, todo lo cual puede verse afectado por la acumulación de muchos cargos en una sola persona, que hagan materialmente imposible el desempeño eficiente y responsable de la función asignada, en detrimento del interés público. Congruente con lo anterior, se considera que el poco tiempo que dispondrían los directivos para conocer los asuntos, aumenta el riesgo de que las decisiones que se tomen carezcan de un estudio suficiente sobre los elementos de forma y fondo que fundamentan su validez, lo cual, ante una posible irregularidad traería consecuencias jurídicas sancionatorias tanto para los técnicos como para los miembros de Junta Directiva, no pudiendo éstos últimos alegar en su defensa que por la premura del asunto o por el poco tiempo que disponían para resolver tomaron un acuerdo sin conocer los detalles de la gestión que estaban resolviendo (…).
(Oficio N° 6800 (DJ-2840-2010) del 14 de julio de 2010)

Sujetos obligados a solicitar la autorización para la integración de órganos colegiados.

(...) 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 tratare 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-oficio, 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 tratare 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 Nº 12234 (DAGJ-2924) del 30 de setiembre de 2005) (En igual sentido puede verse el oficio Nº 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.

(...) 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 Nº 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.

(...) 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 celebran 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 Nº 11040 (DAGJ-2629) del 6 de setiembre de 2005)

Sobre la improcedencia de pagar horas extraordinarias en lugar de dietas pretendiendo evadir la restricción legal.

(...) 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 Nº 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 Nº 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 4º de la Ley General de la Administración Pública (Ley Nº 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 Nº 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 Nº 7633 (DAGJ-1753) del 28 de junio de 2005) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 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 cual resulta aplicable esta disposición, dando respuesta a la segunda de las interrogantes formuladas, debe advertirse que la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 6726 (DAGJ-1533) del 10 de junio de 2005)

Colegios Profesionales.

(…) se arriba con toda claridad a la conclusión de que, en la actualidad, si alguno de los miembros de la Junta Directiva de ese colegio profesional simultáneamente ocupa otro cargo en la Administración Pública, ese colegio puede hacerle el pago de las dietas correspondientes, siempre y cuando se cumpla con la condición exigida por la norma, es decir, que no exista superposición horaria en el ejercicio de ambos puestos (…).
(Oficio N° 8938 (DAGJ-2114-2005) del 26 de julio de 2005)

Reconocimiento de dietas.

(…) Habiendo quedado claro que las municipalidades forman parte de la Administración Pública, y considerando que el puesto de Contador Municipal, corresponde a un cargo público, para este órgano contralor resulta claro que la norma de marras le resulta aplicable al mismo, en el sentido de que si alguna persona que ostenta el cargo de Contador Municipal además ocupa otro cargo público, no podrán devengar una doble remuneración, sin embargo, podría recibir el pago de dietas por la asistencia a sesiones de un órgano colegiado, si y solo si, las sesiones se realizan fuera de la jornada laboral (…).
(Oficio N° 11774 (DAGJ-1361-2006) del 17 de agosto de 2006)

Pago de dietas como regidor municipal y una remuneración de orden salarial.

(…) pasando a analizar las restricciones de orden remunerativo que pueden presentarse, y tomando en cuenta que la persona objeto del Convenio de cooperación, estaría percibiendo simultáneamente dietas como regidor municipal y una remuneración de orden salarial, conviene tener presente que el artículo 17 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, establece una limitación a percibir una doble remuneración, regulación que en lo que a este supuesto se refiere, se mantuvo vigente desde el 29 de octubre de 2004 hasta el 24 de mayo 2005, pues en esta última fecha apareció publicada en el diario oficial La Gaceta Nº 99 del 24 de mayo de 2005, una reforma a dicho numeral, excluyendo en lo que interesa a los regidores municipales de las restricciones allí establecidas. Para ello y dando por sentado según lo ha indicado esta Contraloría General en diversas oportunidades, que dentro de la limitación establecida en la norma antes relacionada se encontraron comprendidos los Concejos Municipales, habría que determinar si desde el momento en que entró en vigencia la Ley Nº 8422 y hasta el 24 de mayo de 2005, la persona objeto del Convenio de cooperación, percibió o no simultáneamente y por ende en contravención a la norma de cita, dietas como regidor y una remuneración salarial como funcionario de otra entidad u órgano público (…).
(Oficio N° 6347 (DAGJ-01452-2005) del 2 de junio de 2005)

Regidor Municipal.

(…) siempre bajo el escenario que se realice esta designación en el cargo de regidor municipal, debe tenerse presente además, que el artículo 17 de la Ley Nº 8422 establece en su redacción actual, que la persona que ocupe dicho cargo –en este caso un servidor que ya desempeña un cargo público-, se encuentra habilitada para devengar las dietas correspondientes a su desempeño, en la medida en que no exista superposición horaria entre ambos cargos, lo anterior al ser un interés del legislador, evitar la desatención de la función pública -y con ella las labores y tareas a ella asociadas- encargada a dicha persona. (…) Así las cosas en criterio de este Despacho, la eventual designación de una persona que ya ocupa un cargo remunerado salarialmente, en un cargo de elección popular como lo es el de regidor municipal, no entrañaría una lesión a lo dispuesto en el artículo 17 párrafo primero de la Ley Nº 8422, no dejando de lado adicionalmente, el hecho de que de conformidad con el mismo numeral legal, la posibilidad de devengar las dietas correspondientes, depende de que no exista superposición horaria entre tales cargos (…).
(Oficio N° 11447 (DAGJ-2707-2005) del 12 de setiembre de 2005)

Los regidores no tienen impedimento para percibir dietas.

(…) 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 dietas (…).
(Oficio N° 5794 (DJ-2404-2010) del 17 de junio de 2010)

Los regidores y síndicos municipales pueden percibir dietas siempre y cuando no exista superposición horaria conforme al artículo 17 de la Ley.

(…) los regidores y síndicos municipales, sean propietarios o suplentes; las personas miembros de los concejos de distrito y las personas miembros de los concejos municipales de distrito, propietarias o suplentes, no tienen restricción legal para devengar dietas adicionales a las que ya reciben por el cargo que ejercen por su participación en órganos colegiados o juntas directivas pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, siempre y cuando no exista superposición horaria entre ambos puestos (…).
(Oficio N° 9889 (DJ-3820-2010) del 12 de octubre de 2010)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

SUPERPOSICIÓN HORARIA

El artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública derogó tácitamente la primera frase del artículo 17 de la Ley.

(…) Con la reforma operada en el artículo 15 antes indicada, debemos concluir que se ha producido una derogatoria tácita en forma parcial del artículo 17 de la Ley 8422, en la frase que señala: "Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente.", siendo que la fórmula general que debe considerarse vigente en este momento es la establecida en el artículo 15 y que dispone: "Ningún servidor podrá devengar dos o más sueldos, salvo que correspondan a distintos puestos, no exista superposición horaria y entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria.". El efecto práctico de la derogatoria tácita es una mayor amplitud de la Ley de Salarios de la Administración Pública en relación con el artículo 17, toda vez que ahora se permitirá ocupar más de un puesto en la administración pública, siempre que los mismos correspondan a puestos distintos, no exista superposición horaria y entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria, entendida como la jornada de ocho horas, tal y como ya lo había advertido esta Procuraduría, según lo señalamos líneas atrás. Por otra parte, debe dejarse claro que la derogatoria afectaría únicamente la primera frase del artículo 17 de la Ley 8422, por lo que las excepciones y demás regulaciones contenidas en el artículo 17, mantienen su vigencia, al no entrar en contradicción directa con el artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, y no producirse una antinomia normativa entre ambos preceptos (…).
(Dictamen N° C-217-2010 del 3 de noviembre de 2010) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-095-2014 del 20 de marzo de 2014)

La normativa vigente permite el ejercicio simultáneo de cargos públicos bajo ciertas condiciones.

(…) El efecto práctico de la derogatoria tácita es una mayor amplitud de la Ley de Salarios de la Administración Pública en relación con el artículo 17, toda vez que ahora se permitirá ocupar más de un puesto en la administración pública, siempre que los mismos correspondan a puestos distintos, no exista superposición horaria y entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria, entendida como la jornada de ocho horas, tal y como ya lo había advertido esta Procuraduría, según lo señalamos líneas atrás. Por otra parte, debe dejarse claro que la derogatoria afectaría únicamente la primera frase del artículo 17 de la Ley 8422, por lo que las excepciones y demás regulaciones contenidas en el artículo 17, mantienen su vigencia, al no entrar en contradicción directa con el artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, y no producirse una antinomia normativa entre ambos preceptos (…).
(Dictamen N° C-217-2010 del 3 de noviembre de 2010) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-095-2014 del 20 de marzo de 2014)

Ejercicio simultáneo de más de un cargo público remunerado, queda prohibido, salvo que se trate de distintos cargos, no exista superposición horaria y no sobrepase jornada ordinaria.

(…) Existe como regla de principio, una prohibición para que los servidores públicos se desempeñen simultáneamente en más de un cargo remunerado, salvo que se trate de distintos cargos, no exista superposición horaria y entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria. El desempeño simultáneo de los cargos, hace referencia a la existencia de una superposición horaria en los distintos puestos, es decir, la prohibición no incluye aquellos supuestos en que los puestos ocupados no se traslapen en el tiempo (…).
(Dictamen N° C-233-2010 del 16 de noviembre de 2010)

Aplicación a los funcionarios interinos.

(…) la posibilidad de ocupar otro puesto remunerado cuando se es docente en instituciones de educación superior, también se aplica a los funcionarios interinos, ya que expresamente se señala que el carácter permanente o provisional del nombramiento –nota ésta última característica de servidores interinos según lo vimos- no involucra la inaplicabilidad de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito. De esta manera, debe entenderse que existe una norma habilitante para que los servidores interinos nombrados como docentes en instituciones públicas de educación superior, puedan desempeñarse en otros cargos de la administración pública, habilitación que envuelve la existencia de la superposición horaria en estos cargos. Asimismo, debe considerarse que la habilitación está condicionada a que el funcionario cumpla con su jornada laboral completa (…).
(Dictamen N° C-102-2009 del 15 de abril de 2009)

El límite de la superposición horaria.

(…) Bajo esta misma línea de pensamiento, la Sala Constitucional ha señalado que el concepto de superposición horaria implica necesariamente el desempeño simultáneo de los cargos, por lo que cuando el desempeño de los distintos cargos se realice fuera del horario de trabajo, el funcionario puede desempeñar esos dos cargos (…).
(Dictamen N° C-233-2010 del 16 de noviembre de 2010)

Si existe superposición horaria entre dos cargos públicos, uno de ellos de directivo, no resulta legalmente válido pretender un permiso con o sin goce de salario para acudir a la sesión del órgano colegiado y cobrar la dieta. Fraude de ley.

(…) Únicamente resulta conveniente agregar que si –tal como quedó visto– no resulta legalmente válido pretender el otorgamiento de un permiso sin goce de salario para acudir a una sesión del Concejo y cobrar así la dieta respectiva, por supuesto que deviene aún más improcedente la concesión de un permiso con goce de salario para acudir a la sesión del Concejo y cobrar la dieta respectiva en la Municipalidad (…).
(Dictamen N° C-069-2009 del 10 de marzo de 2009)

Si funcionario ocupa dos cargos públicos sin superposición horaria y se encuentra de vacaciones en el puesto asalariado, puede asistir a las sesiones del órgano colegiado mientras sean fuera de horas hábiles.

(…) pasando al segundo supuesto, en donde simplemente el funcionario se encuentre disfrutando de sus vacaciones en otra institución, y asiste –en horario fuera de horas hábiles– a las sesiones del Concejo, estimamos que en este caso estaría legitimado tanto para asistir como para cobrar la dieta correspondiente, toda vez que mientras la sesión se celebre en horas que no coincidan con su horario de trabajo en la otra institución, no se estaría incurriendo en una superposición horaria (que es la exigencia contenida en el artículo 17 de la Ley N° 8422), ni tampoco, en tal caso, se estaría desnaturalizando el instituto de las vacaciones (…).
(Dictamen N° C-069-2009 del 10 de marzo de 2009)

Superposición horaria conlleva un enriquecimiento sin causa.

(…) Tal cosa aparejaría una indebida superposición horaria, con la consecuente doble remuneración, toda vez que en un mismo período de tiempo el funcionario se encontraría recibiendo su salario de la institución en la que ocupa una plaza regular, y además estaría percibiendo la dieta por asistir a la sesión del Concejo, lo cual a todas luces resulta legalmente improcedente. En efecto, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, debe tenerse presente que la superposición horaria en el desempeño de cargos públicos conlleva 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-069-2009 del 10 de marzo de 2009)

Prohibición de superposición horaria. Se deriva directamente de las obligaciones que impone el régimen de empleo público. Aún si no existiera el artículo de la Ley se tendría que considerar prohibido.

(…) reviste importancia resaltar que ello constituye una regla de principio que debe respetarse incluso si no estuviera recogida de modo expreso como lo hace el artículo 17 de la Ley N° 8422, 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, aun cuando se trate de labores para otra institución pública (…).
(Dictamen N° C-069-2009 del 10 de marzo de 2009)

Prohibición de superposición horaria. Aplica para ejercicio de cargos directivos en órganos colegiados.

(…) Este aspecto queda evidenciado en el artículo que prohíbe implícitamente la superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones de órganos colegiados. Objetivo que está también presente en el párrafo que limita la integración a órganos colegiados, estableciéndose como máximo la integración hasta en tres órganos colegiados, aun cuando no se sea funcionario. Nótese que se permite integrar hasta tres órganos colegiados a condición de que no haya superposición horaria (…).
(Dictamen N° C-298-2007 del 28 de agosto de 2007)

Docencia en centros de educación pública superior. Obligación de reponer y cumplir con totalidad de la jornada.

(…) Bajo esta misma línea de pensamiento, el artículo 29 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y que sería la norma que vendría a desarrollar el artículo 17 ya indicado, dispone claramente que los permisos para el ejercicio de la docencia, no podrán otorgarse en detrimento de la jornada de trabajo, por lo que en aquellos casos en que se otorguen dentro del horario de trabajo, el servidor beneficiado deberá necesariamente reponer o cumplir con la totalidad de la jornada de trabajo (…).
(Dictamen N° C-102-2009 del 15 de abril de 2009)

Docencia en centros de educación pública superior. Aplica a funcionarios sujetos al teletrabajo. Obligación de cumplir objetivos propuestos en dicha modalidad.

(…) El teletrabajo, por su parte, es una modalidad para desarrollar el trabajo asignado, por lo que en principio, un trabajador que se ve beneficiado por el artículo 17 y que a su vez esté sujeto al teletrabajo estaría obligado a cumplir con los objetivos propuestos en el teletrabajo sin que el ejercicio de la docencia le justifique para reducir su productividad (…).
(Dictamen N° C-102-2009 del 15 de abril de 2009)

Docencia en instituciones de educación superior. Posibilita la superposición horaria, y constituye excepción a la jornada máxima de trabajo.

(…) La docencia en centros de educación superior constituye una excepción a la prohibición anterior, siendo que es posible la superposición horaria en estos, siempre y cuando el funcionario público labore en forma completa la jornada de trabajo. (…) Las normas que regulan los casos de excepción a la prohibición general de percibir dos o más salarios en la Administración Pública, no establecen un tiempo máximo para el desempeño simultáneo de los cargos, por lo que debe interpretarse que estamos ante un caso de excepción de la aplicación de la jornada máxima de trabajo (…).
(Dictamen N° C-233-2010 del 16 de noviembre de 2010) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-217-2010 de 2 de noviembre de 2010)

Excepciones. Docencia en instituciones de educación superior. Aplica a servidores de confianza.

(…) la posibilidad de ocupar otro puesto remunerado en instituciones de educación superior, también se aplica a los funcionarios de confianza, ya que expresamente se señala que el carácter permanente o provisional del nombramiento no involucra la inaplicabilidad de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito. De esta manera, es criterio de este Órgano Asesor que existe una norma que habilita para que los servidores de confianza debidamente nombrados que prestan servicio a la administración por cuenta y a nombre de esta, puedan desempeñarse como docentes en instituciones de educación superior, claro está que debe considerarse que la habilitación está condicionada a que el funcionario cumpla con su jornada laboral completa (…).
(Dictamen N° C-085-2014 del 18 de marzo de 2014)

Músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y otras bandas de la Administración Pública. Posibilita la superposición horaria, y constituye excepción a la jornada máxima de trabajo.

(…) los músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y los de las bandas que pertenezcan a la Administración Pública, se encuentran excluidos del impedimento de devengar dos o más sueldos en la Administración Pública; y, en tales términos, la circunstancia de que un mismo funcionario labore de tiempo completo para la Municipalidad y a su vez tres cuartos de tiempo para la Banda Municipal se encuentra permitida, sin que ello signifique que se pueda incumplir con las tareas o responsabilidades del puesto o puestos ocupados de manera simultánea (…).
(Dictamen N° C-286-2012 del 28 de noviembre de 2012)

Los instructores artísticos del Instituto Nacional de la Música no se encuentran en la excepción.

(…) Los instructores artísticos que bien puede ser un instructor de música, son personas que instruyen o enseñan a los estudiantes los conocimientos teóricos y prácticos en la disciplina artística correspondiente, de manera que en el caso del instructor de música si bien es cierto es un músico ya que para ser instructor de conformidad con el Decreto Ejecutivo N° 34970-MP Reforma Manual General de Clasificación de Clases debe tener: "Destreza en la creación, ejecución o interpretación del arte que corresponda", no podemos decir que es un músico de la Orquesta Sinfónica Nacional o de otras bandas de la administración pública. // Bajo esta misma línea de pensamiento, si bien el instructor musical del Instituto Nacional de la Música es un docente ya que enseña un arte, este no es un docente de una institución de educación superior (…).
(Dictamen N° C-095-2014 del 20 de marzo de 2014)

Disposiciones del artículo 17 no aplican para situaciones consolidadas antes de su entrada en vigencia.

(…) si la persona ya ocupaba simultáneamente los dos cargos dentro de la Administración Pública con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Nº 8422, estaríamos en presencia de una situación jurídica consolidada que la restricción contenida en el artículo 17 de la citada Ley no puede afectar por el principio de irretroactividad. (…) no será sino hasta el momento en que cesen dichos nombramientos en que deberá ajustarse a lo dispuesto por el numeral 17 de comentario (…).
(Dictamen N° C-285-2014 del 10 de setiembre de 2014)

Situación de ejercicio simultáneo de dos cargos públicos apegada al artículo 17 de la Ley, permite que ante renuncia con el pago de cesantía en uno de ellos, el servidor pueda continuar desempeñando el otro cargo.

(…) hemos afirmado que "Al armonizar la prohibición contenida en el inciso b) del artículo 586 del Código de Trabajo, con la normativa que autoriza a los servidores del Estado y sus Instituciones el ejercicio simultáneo de la docencia, se concluye, que si un servidor ha venido

desempeñando concomitante dos puestos, en la forma autorizada por el ordenamiento jurídico, la renuncia con el pago de cesantía en uno de ellos, no lo inhibe para continuar desempeñando sus funciones en el puesto que ocupa como docente (…).
(Dictamen N° C- 285-2014 del 10 de setiembre de 2014)

La presencia virtual en sesiones de órganos colegiados debe respetar la prohibición. No puede haber superposición horaria con ninguna otra actividad pública o privada. El pago de dietas solo es posible si se mantiene la colegialidad.

(…) La presencia virtual en una sesión requiere exclusividad y continuidad de actividad en el momento, sea no debe haber superposición horaria con ningún otra actividad.//Es de advertir, no obstante, que la regla de no superposición horaria, en razón de sus finalidades, se aplica también respecto del desempeño simultáneo de una función pública y una actividad privada. La simultaneidad propia del órgano colegiado exige que durante la celebración de la sesión el miembro se dedique íntegramente a dicha sesión. Sencillamente, el miembro del colegio no puede simultáneamente deliberar en el órgano colegiado y estar trabajando en su actividad privada. Baste recordar que, por principio, es imposible materialmente que se presente un correcto cumplimiento de dos cargos cuando se presentan condiciones de superposición horaria, por lo que esa posibilidad debe entenderse como no permitida. Y esta prohibición debe mantenerse a pesar de que la sesión se realice virtualmente.//Se remunera la asistencia a sesiones, la presencia en estas. Esa presencia puede ser física o virtual. Empero, para que la participación en una sesión virtual sea remunerada debe reunir los requisitos que antes se han indicado. En consecuencia, debe necesariamente ser realizada por medio de videoconferencia. Resulta evidente que estos requerimientos podrían ser burlados si la persona ausente "participara" en las sesiones haciendo uso de medios como el correo electrónico, la teleconferencia o chats. Por otra parte, la sesión tiene que haber tenido lugar, lo que para los efectos que aquí nos interesa significa que debe haber producido efectivamente en forma continua, sin interrupciones producto de situaciones técnicas y, además, el miembro de que se trata debe haber estado presente virtualmente en la totalidad de la reunión (…).
(Dictamen N° C-298-2007 del 28 de agosto de 2007)
(En igual sentido puede verse el dictamen N° C-241-2013 del 4 de noviembre de 2013)

PARTICIPACIÓN EN ÓRGANOS COLEGIADOS

Ejercicio simultáneo de cargos públicos. No procede pago de dietas si la sesión se realiza durante la jornada laboral, aún si alega tener permiso sin goce de salario.

(…) Con respecto a la segunda interrogante que se nos plantea (la cual versa sobre la validez de cancelar dietas a un funcionario de la CCSS que forma parte de la Junta Directiva de la Operadora de Pensiones de esa institución y que alega tener un permiso sin goce de salario para participar, en horas hábiles, en las sesiones de dicha Junta Directiva) debemos indicar que esta Procuraduría, en otras oportunidades en que ha abordado el tema, se ha pronunciado sobre la improcedencia del pago de dietas en tales circunstancias.//(…). Para que los funcionarios de la CCSS a los que se refiere la consulta puedan formar parte de la Junta Directiva de la Operadora de Pensiones de la CCSS sería necesario que las sesiones de ese órgano se realicen fuera de horas hábiles, supuesto en el cual, procedería incluso el pago de las dietas correspondientes (…).
(Dictamen N° C-231-2012 del 25 de septiembre de 2012) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-396-2005 del 15 de noviembre de 2005)

Cuando se trate de funciones propias del ejercicio del cargo público, el servidor puede asistir a pesar de la superposición horaria, pero no procede el pago de la dieta.

(…) La anterior acotación reviste importancia en tanto, como hemos señalado en anteriores ocasiones, ciertamente podrían configurarse algunos supuestos en los que válidamente el funcionario es autorizado por la jerarquía de la institución para ir a desempeñar otro cargo

(v. gr., en algún órgano colegiado), pero cuando dicho desempeño finalmente es parte de las propias funciones del cargo, en tanto la institución -usualmente por mandato del propio ordenamiento jurídico- debe tener representación o participación de algún tipo en otro órgano o ente, nacional o internacional. Del mismo modo, tal situación podría configurarse en caso de proyectos o actividades de interés institucional en las que la Administración participa oficialmente en conjunto con algún otro órgano, ente u organismo, que igualmente implican funciones encargadas directamente por la propia jerarquía, y que se conceptualizan como parte de las funciones del servidor. (…) Valga llamar la atención sobre el hecho de que en tales casos al servidor se le encarga oficialmente tal función y puede, en virtud de ello, asistir al otro puesto en horas y días hábiles. Claro está, sin que pueda ni deba recibir un pago adicional durante ese espacio en horario hábil, toda vez que en ese período está percibiendo su remuneración por medio de su salario, así que no podría adicionalmente cobrar dietas ni otro tipo de retribución salarial, ya que tal cosa conllevaría un doble pago que desde luego resulta contrario al bloque de legalidad (…).
(Dictamen N° C-165-2009 del 11 de junio de 2009)

Máximo tres juntas directivas, sea particular o funcionario público. Puede recibir dietas si no hay superposición horaria. Más de tres, requiere autorización de la CGR.

(…) una persona –funcionario público o no- puede ser miembro de hasta tres juntas directivas u órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, en el tanto no exista superposición horaria, y pueden recibir las dietas correspondientes a dichos cargos, todo ello sin necesidad de autorización alguna. No obstante, si se quiere aumentar a más de tres, la cantidad de órganos a los que pertenece una persona, la necesidad de la autorización de la Contraloría General de la República será indispensable sólo si se trata de una persona no ostenta un puesto como funcionario público, salvo en los caso en donde por ley le corresponda la representación dentro de un órgano colegiado (…).
(Dictamen N° C-256-2014 del 19 de agosto de 2014)

La participación de un funcionario en más de tres juntas directivas requiere debe demostrar un interés público.

(…) la demostración del interés público para la participación de un funcionario en más de tres juntas directivas, resulta una justificación que debe ir encaminada a demostrar las razones de importancia tanto para que una persona integre un órgano colegiado o junta directiva adicional a los permitidos, como la importancia de que le sean reconocidas las dietas respectivas. De esta manera, se entiende que la autorización que debe solicitarse ante la Contraloría General de la República, deberá ir encaminada en ambos sentidos, de manera que en la respuesta que brinde dicho órgano, se encuentren expresamente contempladas tanto la autorización de participación, como la autorización para el pago de las dietas relativas al cargo (…).
(Dictamen N° C-256-2014 del 19 de agosto de 2014)

Funcionarios sometidos a dedicación exclusiva tienen impedimento para ser parte de la junta directiva de otra institución. Funcionarios con prohibición para ejercicio liberal, podrían hacerlo, si no es en su calidad de profesional liberal.

(…) los funcionarios de una Institución Pública, que se encuentren sometidos al régimen de dedicación exclusiva no podrán participar de cargos dentro de una junta directiva o de un órgano colegiado, puesto que adquirieron el compromiso de prestar sus servicios en forma exclusiva a la institución, y el compromiso de no laborar en ninguna otra actividad. Por otra parte, los funcionarios sometidos al régimen de prohibición, en el tanto que no forman parte del órgano en su calidad de profesionales liberales, no tendrían conflicto alguno para participar de dichos puestos (…).
(Dictamen N° C-256-2014 del 19 de agosto de 2014)

Funcionario a tiempo completo en universidad pública puede integrar órganos colegiados, y devengar dietas. En el último caso, siempre que no exista superposición horaria.

(…) una persona nombrada a tiempo completo en la universidad pública, puede, sin embargo, integrar órganos colegiados de otros entes de la administración pública, sobre todo si no existe superposición horaria, pues es claro que en ese supuesto no se interrumpirían las funciones de la persona en la respectiva universidad y se vería mejor servido el interés público. (…) debe advertirse que, conforme el mismo numeral 17 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, específicamente su quinto párrafo, una persona podría integrar hasta 3 órganos colegiados – por supuesto siempre que no exista superposición entre las sesiones de todos estos- y si razones de interés público requieren que forme parte de más de 3, se deberá recabar autorización de la Contraloría General de la República. (…) conviene insistir en lo señalado en el dictamen C-345-2006 en el sentido de que en el supuesto de que no exista superposición horaria entre las labores del funcionario en la administración donde se desempeña como funcionario de planta, y las sesiones del órgano colegiado que integra, éste tiene derecho a devengar y percibir dieta (…).
(Dictamen N° C-334-2014 del 14 de octubre de 2014)

El artículo 17 de Ley regula el tema de la remuneración para evitar el enriquecimiento sin causa.

(…) no existe una prohibición para que los funcionarios públicos integren órganos colegiados, pues lejos de impedir el ejercicio de tales cargos, el legislador procedió únicamente a regular lo relativo a la compensación, en aquellos casos en que se integren Juntas Directivas del sector público, ello a fin de evitar una doble remuneración por labores efectuadas dentro de la jornada laboral, lo que vendría a constituir un enriquecimiento sin causa (…).
(Dictamen N° C-423-2014 del 27 de noviembre de 2014)

Funcionarios que ocupen en forma simultánea cargos en órganos colegiados deben evitar cualquier conflicto de intereses.

(…) los funcionarios municipales, deberán acatar las regulaciones generales que establece la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, lo que implica a grandes rasgos, cumplir con el deber de probidad y evitar cualquier conflicto de intereses que les pueda generar el formar parte de órganos colegiados, sin que ello implique que exista una prohibición para integrarlos (…).
(Dictamen N° C-423-2014 del 27 de noviembre de 2014)

Pago de dieta cuando hay superposición horaria constituye un enriquecimiento ilícito. Pago sólo procede si es fuera de jornada.

(…) es preciso señalar que la superposición horaria en el desempeño de dos cargos públicos conllevaría además a un enriquecimiento sin causa, pues para uno de los puestos el funcionario estaría laborando un tiempo menor al que se le ha remunerado efectivamente. (…) Bajo ese entendido, el funcionario de confianza que representa a la institución ante una junta directiva bien puede asistir a las respectivas sesiones y devengar la dieta correspondiente, en tanto tales sesiones se convoquen fuera del horario normal de la institución, ya que de lo contrario sí se configuraría la superposición horaria. Es decir, una vez que en la institución haya finalizado la jornada normal de trabajo, el funcionario está en libertad de asistir a las sesiones de junta y percibir el correspondiente pago de la dieta (…).
(Dictamen N° C-191-2007 del 13 de junio de 2007)

Funcionario puede asistir a sesiones de puesto directivo del que es parte en razón de su cargo, aún y cuando haya superposición horaria. Sin embargo, no procede pago de dietas.

(…) En aquellos casos en que un funcionario por mandato de ley o por designación o encargo especial de parte del jerarca de la institución está obligado a ocupar simultáneamente un

puesto directivo en algún órgano de la Administración Pública, es evidente que no sólo está autorizado sino obligado a asumir esa función. Por tal razón, en caso de que las sesiones de la junta directiva fueran celebradas dentro de la jornada ordinaria de la institución, ese funcionario estaría legitimado a asistir como parte de las obligaciones de su cargo, pero no podría devengar el pago de la respectiva dieta (...).
(Dictamen N° C-191-2007 del 13 de junio de 2007)

Si por una situación excepcional, al funcionario le coincide una sesión extraordinaria, con el horario del otro cargo público que desempeña, estaría autorizado para no asistir a la sesión.

(…) si se llegara a presentar alguna situación excepcional que amerite, por razones muy calificadas e impostergables, efectuar una sesión extraordinaria del Concejo a una hora distinta de la usual, que podría eventualmente coincidir con el horario normal de trabajo que pueda tener algún miembro en otra Administración –situación que, de los términos de la recomendación que contiene el criterio legal que se adjuntó a la consulta, parece ser la hipótesis que le interesa a ese gobierno local (v. gr., en una ocasión especial tal como el recibimiento de un cuerpo representativo de alguna organización, que por razones de tiempo y programa debe ser atendido en horas laborales)– habría de entenderse que dicho funcionario se encontraría legitimado y autorizado para no asistir a tal sesión extraordinaria, dado que, por las razones indicadas, el mismo régimen jurídico se lo impide (…).
(Dictamen N° C-069-2009 del 10 de marzo de 2009)

No procede pago de salarios caídos, si funcionario estaba devengando para las fechas otro salario pagado con fondos públicos. Caso contrario, se daría enriquecimiento sin causa.

(…) De lo anterior, se desprende que en virtud de lo establecido en el numeral 17 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, no procedería el pago de los salarios caídos, en los casos en que el funcionario haya recibido otro salario del Estado, pues estaría beneficiándose de un doble pago (…).
(Dictamen N° C-193-2013 del 23 de setiembre de 2013) (En igual sentido puede verse el dictamen N° C-024-2014 del 28 de enero de 2014)

PROHIBICIÓN PARA SER ASESOR O CONSULTOR

Presupuestos: se trate de un órgano o dependencia municipal u órgano desconcentrado, y que sea un puesto de consultor o asesor. Restricción aplica durante permiso sin goce de salario.

(…) De conformidad con lo expuesto, las causales previstas que restringen la posibilidad de ocupar otro cargo público durante el disfrute de un permiso sin goce de salario serían aplicables en caso de que la hipótesis planteada en la consulta se refiera a un órgano o dependencia de la municipalidad, en cuyo caso existiría una vinculación por razón de jerarquía, o bien, si tuviese la condición de órgano desconcentrado de ese gobierno local. / / Asimismo, habría de cumplirse la otra condición prevista por la norma, cual es que el puesto a ocupar sea el de consultor o asesor, tal como lo dispone expresamente la Ley. Es decir, si el cargo que va a desempeñar el funcionario es en una plaza de otra naturaleza, la restricción no resultaría aplicable (…).
(Dictamen N° C-078-2008 del 14 de marzo de 2008)

Prohibición para ser asesor o consultor. Debe interpretarse de forma restrictiva.

(…) como resulta de sobra conocido, por tratarse de normativa que impone limitaciones, toda interpretación tiene que ser de corte restrictivo, sin que quepa acudir a analogías que extiendan el alcance de la restricción a otros supuestos no recogidos expresamente por la norma. Es decir, tratándose de normas prohibitivas –lo que usualmente se conoce como "materia odiosa"– es

decir, que restringen las facultades naturales o la libertad de las personas, por principio general de derecho su interpretación debe ser de carácter restrictivo (…).
(Dictamen N° C-078-2008 del 14 de marzo de 2008)

RESOLUCIONES JUDICIALES

El término simultáneamente implica superposición horaria.

(…) estima la Sala que, cuando ambas normas utilizan el término "simultáneamente" para definir los empleos públicos cuyo ejercicio no es autorizado, se debe entender que ese concepto implica una superposición horaria, o a lo sumo de una jornada superior a tiempo completo. En su intención de evitar un abuso en el manejo de fondos públicos, el legislador (y posteriormente el Poder Reglamentario) determinaron la imposibilidad de desempeñar dos cargos públicos en forma simultánea, salvo casos de excepción expresamente previstos. Una situación como en la que se encontraba la amparada al formular este recurso no se corresponde con dichos supuestos, pues las dos plazas que ha venido ocupando una en la Junta de Protección Social en horario diurno y la otra en un colegio con horario nocturno, no conllevan una transposición horaria. De ahí que la interpretación dada por las autoridades recurridas a dichas normas resulta excesiva, en detrimento del derecho fundamental de la amparada al trabajo. La señora recurrente no desempeña dos cargos en forma "simultánea", en el sentido en que debe ser comprendido el concepto en el contexto de las normas dichas, por lo que el inicio del procedimiento disciplinario incoado en su contra con la finalidad de cesarla en el puesto que ocupa en propiedad en la Junta de Protección Social de San José consiste en una amenaza a sus derechos, lo que debe llevar a la declaración estimatoria de este recurso, y a la consecuente anulación de los actos basados en dicha errónea interpretación, como en efecto se hace (…).
(Sala Constitucional. Resolución Nº 13431 de las 9:38 horas del 2 de septiembre de 2008)

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 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.

CONCORDANCIAS

- Ver el artículo 37 del Reglamento a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función público.
- Respecto del deber de todo funcionario público de demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley véase el artículo 3 de esta ley (Deber de Probidad).

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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)

Las regulaciones relativas a incompatibilidades en tanto auténticas restricciones a la libertad deben ser leídas y aplicadas en iguales términos.

(...) 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 Nº 3027 (DAGJ-644) del 14 de marzo de 2005)

Limitación al ejercicio de libertades fundamentales.

(…) para cualquier ciudadano que busque acceder a los cargos públicos expresamente indicados en dicha norma, será necesaria la condición ineludible de no ocupar cargos en juntas directivas, ni figurar registralmente como representante o apoderado 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. En ese orden de ideas, el primer aspecto que habrá de ser analizado tanto por la persona interesada en acceder a un cargo público, como

por la Administración respectiva, es verificar si el cargo en cuestión está dentro de aquéllos enumerados por el artículo 18 citado; de modo que si el puesto de interés no está allí referido, no cabe entonces la aplicación del régimen de incompatibilidad desarrollado en la Ley 8422. Valga rescatar a este respecto, que al implicar dicho régimen de incompatibilidades una limitación al ejercicio de libertades fundamentales, la lectura e interpretación de dicha normativa debe ser de carácter restrictivo, es decir, que debe restringirse a los cargos expresamente contemplados en la norma, evitando toda ampliación a puestos que el legislador no previó incluir (…).
(Oficio N° 8881 (DJ-0847-2012) del 29 de agosto de 2012)

Condiciones indispensables para tener por configurada la incompatibilidad.

(…) 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 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 –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 (…).
(Oficio N° 599 (DJ-0094-2011) del 31 de enero de 2011)

Supuestos específicos en los que no es necesario hacer un levantamiento de incompatibilidad.

(…) 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 (…).
(Oficio N° 599 (DJ-0094-2011) del 31 de enero de 2011)

Funcionarios de las federaciones municipales que se ven afectados por el régimen de incompatibilidad.

(…) respecto a la eventual sujeción de "los jerarcas administrativos" de las Federaciones al régimen de incompatibilidades, la indeterminación de esa referencia hace imposible analizar el punto en consulta, ya que por ejemplo dicho de esa manera un jerarca administrativo, no se encuentra incluido dentro de dicho régimen y por ello simplemente señalamos que, al igual y como ocurre con la prohibición, el listado de cargos alcanzados por dicho régimen es taxativo, de manera que únicamente los cargos públicos mencionados en el artículo 18 de la Ley N° 8422 y su Reglamento, son los que se encuentran cubiertos por tales restricciones.
(…) Resta mencionar que, corresponde a la Administración determinar, si alguno de los cargos existentes en la Federación encuadra -o no- en alguno de los cargos públicos indicados en el artículo 18 de la Ley (…).
(Oficio N° 13186 (1398-2011) del 23 de diciembre de 2011)

Del régimen de prohibiciones, impedimentos e 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 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 pública. Asimismo sus parientes y negocios en los cuales participan pueden verse afectados por estos impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones (entre otros, el régimen de prohibiciones que establece la Ley de Contratación Administrativa y las disposiciones que establecen incompatibilidades entre el ejercicio de un cargo público e intereses particulares en la Ley (…).
(Oficio N° 217 (DJ-0039-2011) del 17 de enero de 2011)

Supuestos para la configuración de la incompatibilidad.

(….) 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 incluye a los señores ministros. 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 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 (…).
(Oficio N° 5568 (DAGJ-2313-2010) del 16 de junio de 2010)

Trabajos realizados antes de asumir el cargo público.

(…) en lo que se refiere a los servicios profesionales que usted realizó con anterioridad al momento en que asumió el cargo de Ministra de Vivienda y Asentamientos Humanos, nada le impide que usted valide con su firma a título personal y como profesional responsable, los trabajos para los cuales fue debidamente contratada, pues en el momento en que el contrato fue debidamente suscrito y formalizado y esos servicios prestados, no le asistía impedimento alguno para su ejecución. Sin embargo, en nuestro criterio, no obstante que el contrato de servicios profesionales de referencia fue debidamente formalizado antes del surgimiento del impedimento que le asiste, en razón de la prohibición que cubre a los señores ministros para el ejercicio liberal de su profesión -prohibición que en su caso empieza a regir a partir del 8 de mayo de 2010, fecha en que asumió su cargo de Ministra de Vivienda y Asentamiento Humanos- deberá renunciar a cualquier vínculo laboral o de prestación de servicios profesionales que mantenga con cualquier empresas privada, pues reiteramos el ejercicio del cargo que se encuentra ejerciendo conlleva automáticamente una prohibición para el ejercicio liberal de su profesión (…).
(Oficio N° 5568 (DAGJ-2313-2010) del 16 de junio de 2010)

Aplicación del régimen de incompatibilidades a los auditores y subauditores internos.

(...) 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)

Los regidores están sometidos al régimen de incompatibilidades.

(…) en el ejercicio del cargo de regidor propietario sí les alcanzan las restricciones que contempla el numeral 18 de la Ley en comentario -que regula un régimen de incompatibilidades-, en donde no se pueden ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas ni figurar registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas, ni participar 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. (…) Siguiendo esa línea, se entiende que cuando la norma refiere a "miembros de juntas directivas" incluye a los integrantes del Concejo Municipal, sea los regidores propietarios (…).
(Oficio N° 5794 (DJ-2404-2010) del 17 de junio de 2010)

Los miembros de Junta Directiva de Comités Cantonales de Deportes están sujetos al régimen de incompatibilidades.

(...) 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,-que regula un régimen de 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. (…) 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 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). (...) 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 (…).
(Oficio N° 7859 (DJ-3257-2010) del 17 de agosto de 2010)

Requisitos indispensables para que se configure la incompatibilidad.

(…) conviene recordar que el artículo 18 de la Ley en mención estatuye un régimen de incompatibilidad que rige respecto de una serie de funcionarios públicos expresamente señalados en el texto de la norma, dentro de los cuales quedan incluidos los señores Ministros de Gobierno. Ahora bien, para que la incompatibilidad surja, es necesario que el funcionario en cuestión ocupe simultáneamente cargos en juntas directivas, figure registralmente como representante o apoderado, o participe en el capital accionario de empresas privadas que presten servicios a instituciones o a empresas públicas que por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con ella. Igualmente, rige la incompatibilidad en tratándose de cualquier tipo de entidad privada, con fines de lucro o sin ellos, que reciban recursos económicos del Estado (…).
(Oficio N° 941 (DAGJ-0148-2008) del 6 de febrero de 2008)

Objeto y alcances de la restricción.

(…) debemos señalar que la incompatibilidad dispuesta por el artículo 18 de la Ley No.8422 significa un desarrollo normativo de un sistema preventivo de conflicto de intereses entre la esfera pública y privada, prevista por el ordinal primero de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el cual afecta no a todos los servidores públicos sino únicamente a los cargos referenciados por dicho ordinal (...).
(Oficio N° 1832 (DAGJ-0313-2006) del 8 de febrero de 2006)

Juntas directivas de empresas privadas.

(…) debe tenerse presente que las juntas directivas a que se hace mención en el primer párrafo refieren a juntas directivas de empresas privadas, de tal manera que ninguno de los funcionarios que ostenten alguno de los cargos públicos que se enumeran en el citado artículo pueden a su vez integrar las juntas directivas de empresas privadas, ni tampoco, figurar como representantes o apoderados ni participar en su capital social. Ahora, la norma en dicho primer párrafo no hace alusión a cualquier empresa privada, sino únicamente a aquellas que presten servicios a instituciones o empresas públicas o que por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con una empresa pública. Cabe aclarar, que lo anterior no coincide con una lectura textual del artículo, sin embargo, el sentido que le damos es el que resulta acorde con el espíritu de la norma, al punto que una interpretación literal llevaría a una contradicción que dificultaría su aplicación práctica, haciendo la norma inaplicable en la mayoría de los casos (…).
(Oficio N° 12078 (DAGJ-1393-2006) del 25 de agosto de 2006)

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 Nº 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)

Inaplicabilidad del régimen de incompatibilidades al Decano de Estudios Generales de la Universidad Nacional.

(...) 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 3430 (DAGJ-758) del 29 de marzo de 2005)

Directora de Hacienda Municipal.

(…) del análisis realizado supra respecto al alcance subjetivo del artículo 18 de la Ley No.8422, este Despacho puede llegar a sostener que el ser miembro de la Junta Directiva Regional del Banco de Costa Rica en Puntarenas, se enmarca dentro de los puestos ahí referenciados. Sin embargo no ocurre lo mismo con el puesto que ocupa como Directora de Hacienda Municipal, pues no se encuentra dentro de la lista taxativa que contiene el numeral de cita (…).
(Oficio N° 12666 (DAGJ-1448-2006) del 5 de setiembre de 2006)

Junta Directiva de JUDESUR.

(…) con motivo de la entrada en vigencia de la Ley No.8422, no ha sido modificada la conformación o integración de las juntas directivas de órganos u entidades públicas. Así la cosas, se tiene presente que la Ley No.7730, establece en su artículo 10, la integración de la Junta Directiva de JUDESUR (...) En virtud de lo anterior, sabemos que dicha Junta Directiva, de acuerdo a lo que establece la supracitada ley, debe estar necesariamente integrada por un miembro de los diferentes sectores que señalan en los puntos anteriores, por lo que aunque se configure la incompatibilidad a que hace referencia el artículo 18 de la Ley No.8422, teniendo presente lo que prevé la Ley No.7730, eventualmente si podría un miembro de estos sectores –ya sea asociaciones, cooperativas o municipalidades– a que hace referencia la norma, ocupar un puesto en la Junta Directiva de JUDESUR (…).
(Oficio N° 12323 (DAGJ-1401-2006) del 29 de agosto de 2006)

Aplicación del régimen de incompatibilidad a los diputados y diputadas.

(…) cabe recordar que la interrogante planteada en su oficio No. ML-CGG-003-06 consistía en si existía algún impedimento o incompatibilidad en que una empresa privada, propiedad en todo o en parte de un diputado, le brindara servicios o suministrara bienes a una institución, ente u órgano público. De tal manera, que en los mismos términos generales en que formuló su consulta, se le hizo saber que el supuesto hipotético planteado en su gestión, sí quedaba comprendido dentro de los alcances del régimen de incompatibilidades de la Ley No. 8422, por lo que una vez aclarado el punto consultado, de presentarse el caso señalado, surgía el deber de quien se encontrare ante dicha situación, de acreditar ante este órgano contralor el respectivo traspaso accionario. Evidentemente, si el caso consultado no se llegare a configurar en la práctica, no puede entenderse que el funcionario se encuentre ante el deber de cumplir lo preceptuado por la norma, por lo que si la empresa de la cual el diputado ostenta una participación accionaria no le presta servicios a ninguna institución o empresa pública, ni compite con una empresa pública, no se estaría frente al supuesto regulado, por lo que no surgiría el deber de renunciar a la misma. Sin embargo, en virtud de que el cuestionamiento iba direccionado al caso hipotético de una empresa privada propiedad en todo o en parte de un diputado, que le prestaba servicios a un órgano o ente público, necesariamente debía señalarse que ese supuesto sí se encontraba cubierto por la norma, y consecuentemente, que ante dicho caso eventual, sí le empezaría a correr al funcionario de marras, el término para proceder de conformidad con lo dispuesto por la norma legal (…).
(Oficio N° 12821 (DAGJ-1478-2006) del 7 de setiembre de 2006)

Plazo para acreditar ante la Contraloría General la renuncia respectiva.

(…) existen dos plazos que refieren a supuestos distintos. Por un lado, nos encontramos frente al término de 30 días hábiles que establece el artículo 18 de la Ley No. 8422, para acreditar

ante esta Contraloría General, por parte de alguno de los funcionarios cubiertos por el referido régimen de incompatibilidad, su renuncia al cargo directivo o de representación, o la cesión o traspaso de su respectiva participación accionaria, respecto de alguna empresa privada que le preste servicios a una institución o empresa pública, o que por su naturaleza compita con una empresa pública, o bien, respecto de alguna entidad privada, con o sin fines de lucro, que reciba recursos económicos del Estado, y por otro lado, existe el plazo de seis meses contemplado por el artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, que debe transcurrir desde la respectiva renuncia o traspaso accionario, a los efectos de que la empresa en cuestión esté posibilitada jurídicamente para poder participar como oferente, en forma directa o indirecta, en los procedimientos de contratación administrativa que promuevan los órganos o entes de la Administración Pública sujetos a dicha Ley. Dichos plazos responden a dos impedimentos de naturaleza muy disímil; el primero. proveniente de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, que lo es para el ejercicio de cargos públicos de alta gerencia; y el segundo, originario de la Ley de Contratación Administrativa, cuya naturaleza refiere más bien a un impedimento para participar en procedimientos de contratación administrativa. De forma tal, que si la empresa respecto de la cual un diputado o cualquier otro funcionario sometido al régimen de incompatibilidades que establece el artículo 18 de la Ley No. 8422, participa en su capital accionario, o ejerce un cargo directivo o de representación, no le presta servicios a instituciones o empresas públicas, ni compite con empresas interés en prestarle servicios a una institución o empresa pública, para poder hacerlo, de acuerdo con el régimen de prohibiciones a que se refieren los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, deberá el funcionario afectado, renunciar al cargo directivo o de representación, o ceder o traspasar su participación accionaria, y deberá transcurrir el mencionado plazo de seis meses para tomar parte de la actividad comercial con el Estado (…).
(Oficio N° 12821 (DAGJ-1478-2006) del 7 de setiembre de 2006)

Configuración de la incompatibilidad.

(…) 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, entendiendo 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 (…).
(Oficio N° 2540 (DAGJ-0537-2005) del 3 de marzo de 2005)

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 Nº 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 Nº 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)

Cargos en la junta directiva de una asociación solidarista.

(...) si alguno de los funcionarios públicos señalados en el artículo 18 de la Ley No.8422 formara parte de la junta directiva, o bien fungiera como gerente o representante de una asociación solidarista de una entidad pública, no hay duda de que existiría una abierta incompatibilidad entre ambos cargos, debiendo en tal caso el funcionario separarse de esos cargos en dicha asociación solidarista dentro del plazo de 30 días hábiles otorgado por el párrafo tercero del artículo 18 de la Ley No.8422, de modo que se evite todo eventual o potencial conflicto de intereses, so pena de incurrir en responsabilidad con sustento en el artículo 38 inciso b) de la Ley (…).
(Oficio N° 356 (DAGJ-78-2005) del 12 de enero de 2005)

La no configuración de la categoría de Director Ejecutivo.

(...) 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 Nº 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 Nº 7630 (DAGJ-1751) del 28 de junio de 2005)

Deber de los funcionarios vinculados por incompatibilidades de acreditar tanto la renuncia al cargo como la debida inscripción de su separación.

(...) los funcionarios vinculados por las incompatibilidades establecidas en dicha norma, deben acreditar ante la Contraloría General, además de la renuncia al cargo respectivo en la empresa o entidad privada que se trate, la debida inscripción de su separación. En este sentido en la especie, si bien se acredita la existencia de la renuncia por parte del señor (***) al cargo que ostentaba en la Junta Administrativa de la Fundación para la Vivienda Rural Costa Rica-Canadá, no se presenta aún documento idóneo que acredite la debida inscripción registral de su separación, requerimiento que deberá ser cumplido una vez que dicha inscripción se haga efectiva, 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 Nº 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'. Así las cosas, este Órgano Contralor toma nota de la renuncia presentada por el señor (***), quedando a la espera sin embargo de la presentación de la documentación correspondiente que acredite la debida inscripción registral de la separación del cargo que ostentaba en la Junta Administrativa de la organización antes relacionada, una vez que la misma se haga efectiva cumpliendo para ello previamente con las acciones y diligencias necesarias (…).
(Oficio N° 57 (DAGJ-007-2005) del 4 de enero de 2005)

El término junta directiva no debe interpretarse literalmente sino de forma teleológica.

(...) las juntas directivas a que se hace mención en dicho artículo refieren a juntas directivas de empresas de tal manera que ninguno de los funcionarios que ostenten alguno de los cargos públicos privadas que se enumeran en el citado artículo pueden a su vez integrar las juntas directivas de empresas privadas, ni tampoco, como vimos, figurar como representantes o apoderados ni participar en su capital social. Ahora, la norma no hace alusión a cualquier empresa privada, sino únicamente a aquellas que presten servicios a instituciones o empresas públicas o que por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con una institución o empresa pública. Cabe aclarar, que lo anterior no coincide con una lectura textual del artículo, sin embargo, el sentido que le damos es el que resulta acorde con el espíritu de la norma, al

punto que una interpretación literal llevaría a una contradicción que dificultaría su aplicación práctica, haciendo la norma inaplicable en la mayoría de los casos (…).
(Oficio N° 801 (DAGJ-0163-2005) del 24 de enero de 2005)

Funcionario público que participa como miembro de junta directiva de un órgano, ente o empresa pública, puede ocupar otro puesto directivo en un cuerpo colegiado de otro órgano, ente o empresa pública.

(…) 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 un órgano, ente o empresa pública, puesto que tal prohibición pesa únicamente referida a la participación en enteramente 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° 5355 (DAGJ-1214-2005) del 11 de mayo de 2005)

Finalidad del régimen de incompatibilidades.

(…) del contenido de esta norma se desprende su finalidad, cual es evitar que los funcionarios en ella descritos, mantengan vínculos o lazos con empresas privadas que presten servicios o compitan con el Estado, o con entidades privadas que reciban recursos económicos del Estado, vínculos o lazos que pueden ser fuente de conflictos reales o potenciales de intereses entre los que persigue satisfacer el Estado y los de naturaleza privada a los que responden aquellas empresas o entidades, o bien –aprovechándose del cargo público que ostentan- favorecer actuaciones de injerencia, presión o influencia de parte de servidores públicos, dirigidas a mantener, estimular o incrementar en la institución en la que prestan sus servicios o laboran, relaciones contractuales de las que tales servidores o terceros obtienen un provecho (…).
(Oficio N° 5356 (DAGJ-1215-2005) del 11 de mayo de 2005)

El régimen de incompatibilidad es de aplicación general.

(…) 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 una de estas últimas, no les exime de ajustarse ahora a los mandatos de la nueva ley.
(Oficio N° 5418 (DAGJ-1229-2005) del 12 de mayo de 2005)

Directores de la Junta Administrativa de una fundación.

(…) Tal como se advierte, la totalidad de cargos que se enumeran en estas normas –y por ende los únicos sujetos a su aplicación, tratándose de normas prohibitivas, que deben interpretarse restrictivamente– corresponden a puestos del Sector Público, por lo que debe entenderse que los directores de la Junta Administrativa de esa fundación no se encuentran en modo alguno 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 prohibición ni el de incompatibilidad. A mayor abundamiento, nótese que la naturaleza de estas regulaciones incluso apareja la creación de obligaciones patronales –como la compensación económica del 65% por concepto de prohibición– que la ley puede cargar al Estado en virtud de las relaciones de servicio público, pero que no caben respecto de una organización estrictamente privada, que, en esta materia, goza de plena libertad para establecer los términos y condiciones de

sus relaciones laborales o de servicios profesionales. 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° 5909 (DJ-1334-2005) del 23 de mayo de 2005)

Ámbito de aplicación del régimen.

(…) las juntas directivas a que se hace mención en el primer párrafo refieren a juntas directivas de empresas privadas, de tal manera que ninguno de los funcionarios que ostenten alguno de los cargos públicos que se enumeran en el citado artículo pueden a su vez integrar las juntas directivas de empresas privadas, ni tampoco, figurar como representantes o apoderados ni participar en su capital social. Ahora, la norma en dicho primer párrafo no hace alusión a cualquier empresa privada, sino únicamente a aquellas que presten servicios a instituciones o empresas públicas o que por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con una empresa pública. Cabe aclarar, que lo anterior no coincide con una lectura textual del artículo, sin embargo, el sentido que le damos es el que resulta acorde con el espíritu de la norma, al punto que una interpretación literal llevaría a una contradicción que dificultaría su aplicación práctica, haciendo la norma inaplicable en la mayoría de los casos (…).
(Oficio N° 5807 (DAGJ-1317-2005) del 20 de mayo de 2005)

Aplicación en el tiempo del régimen de incompatibilidades, vinculando a servidores actuales y futuros.

(...) 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 Nº 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 Nº 5418 (DAGJ-1229) del 12 de mayo de 2005)

Condición particular de los directivos del CNREE en razón de ser rector en materia de discapacidad a efectos de analizar la incompatibilidad de la norma.

(…) De conformidad con el artículo 18 de la Ley Nº 8422, así como el 37 de su correspondiente reglamento, los miembros de junta directiva de las instituciones públicas (dentro de las

cuales se incluye el CNREE), no pueden ocupar cargos directivos y gerenciales o poseer la representación legal en 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. Ahora bien, no puede perderse de vista que al ser el CNREE la institución pública rectora en materia de discapacidad, resulta lógico que dentro de la conformación de su Junta Directiva se haya previsto la representación de organizaciones de personas con discapacidad, no sólo para darle la mayor participación a los sectores interesados, sino que dichos representantes estarían en capacidad de contribuir a orientar en forma idónea las políticas y decisiones adoptadas por la institución. En otras palabras, a efectos de contar con una genuina representación de los intereses de las personas con discapacidad, parece razonable que algunos de sus directivos formen parte de las organizaciones de personas que están en dicha condición. En este sentido, atendiendo a las funciones que han sido encomendadas al CNREE y la necesidad de una auténtica representación de las personas con discapacidad dentro de la Junta Directiva, no puede resultar per se incompatible que dichos directivos mantengan también una participación activa en organizaciones privadas de personas con discapacidad, de tal suerte que resulta necesario poner en su justa perspectiva la condición de esos funcionarios. 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 Nº 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. Sin embargo, atendiendo a las consideraciones que señalamos supra con respecto a la naturaleza de la participación de esos representantes en el seno de la Junta Directiva del CNREE, en relación con la importancia de una representación efectiva del sector dentro de ese órgano colegiado, 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 el motivo de incompatibilidad examinado, el directivo afectado estaría en posibilidad de solicitar a esta Contraloría General el respectivo levantamiento de esa incompatibilidad, aduciendo que concurren suficientes motivos de interés público que justifican decretar tal dispensa (…).
(Oficio N° 8433 (DAGJ-2010-2005) del 13 de julio de 2005)

Incompatibilidad no es de aplicación en casos de sociedades cuya finalidad es netamente familiar, sin ningún tipo de actividad comercial, industrial o de servicios que pueda provocar conflictos de intereses.

(…) existe una incompatibilidad legal para que las personas que ocupan los cargos allí referenciados –entre los cuales se encuentra el de cargo de subauditor que Ud. ocupa-, puedan ser directivos, representantes o apoderados, o bien participar personalmente o por medio de otra persona jurídica en el capital accionario de empresas privadas que presten servicios o compitan con instituciones o empresas públicas, incompatibilidad que se extiende a una prohibición para ocupar cargos directivos y gerenciales, u ostentar la representación legal, de entidades privadas -con o sin fines de lucro- en la medida en que reciban recursos económicos del Estado. En el presente caso, 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-1993-2005) del 7 de julio de 2005)

Aplicación del artículo 18 a los miembros del Congreso Nacional Cafetalero.

(…) 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-2056-2005) del 19 de julio de 2005)

Los miembros del Consejo Superior del Poder Judicial no resultan incorporados dentro del listado de cargos alcanzados por dicha restricción.

(...) 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 Nº 7929 (DAGJ-1846) del 1 de julio de 2005)

El caso de los miembros de Junta Administrativa del Archivo Nacional.

(…) 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 Nº 5574 del 17 de setiembre del 1974), así como de la Ley del Sistema Nacional de Archivos (Ley Nº 7202 del 24 de octubre de 1990) dicha Junta Administrativa constituye la máxima autoridad del Sistema Nacional de Archivos (artículo 11 de la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 11 al Diario Oficial La Gaceta Nº 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 Nº 8843 (DAGJ-2105) del 26 de julio de 2005)

Aplicación del régimen 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.

(...) los razonamientos vertidos en el dictamen recién trascrito, 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 Nº 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 Nº 4895, es evidente, a nuestro juicio, que están cubiertos por los términos de la Ley Nº 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 Nº 8422 vino a instaurar un régimen de carácter mucho más restrictivo que el que existía anteriormente en otras normas, entre ellas la Ley Nº 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 Nº 4895, sino también la que contiene esa nueva normativa (...).
(Oficio Nº 7171 (DAGJ-1678) del 20 de junio 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 Nº 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 Nº 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 Nº 5178 (DAGJ-1166) del 6 de mayo de 2005) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 16313 (DAGJ-3468) del 17 de diciembre de 2004; Nº 16315 (DAGJ-3470) del 17 de diciembre de 2004 y N° 1078 (DAGJ-236) de 1 de febrero 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 (…).
(Oficio N° 797 (LEV-INCOMPATIBILIDAD-1-2005) del 24 de enero de 2005)

Sobre el examen casuístico de las restricciones relativas a 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 injerencia, 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)

Sobre el necesario traslado de fondos o recursos a favor de organizaciones privadas sin fines de lucro.

(...) 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 Nº 3022 (DAGJ-639) del 14 de marzo de 2005)

Inaplicabilidad del régimen en razón del giro de la empresa privada que se trate.

(...) 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 Nº 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 Nº 5356 (DAGJ-1215) del 11 de mayo 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 16317 (DAGJ-3472) del 17 de diciembre de 2004)

Alcances de la referencia a miembros de juntas directivas.

(...) la norma es omnicomprensiva en sus alcances de todos 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 Nº 5050 (DAGJ-1128) del 5 de mayo de 2005)

Alcances del régimen de incompatibilidades.

(…) para la configuración del régimen de incompatibilidades al que se viene haciendo referencia, no basta con que la persona ocupe un cargo de los referenciados en las normas antes relacionadas, toda vez que adicionalmente se requiere entonces, tener participación accionaria, desempeñar un puesto directivo, o bien ostentar la representación legal de empresas privadas que presten servicios o compitan con el Estado, o bien de entidades privadas -con o sin fines de lucro- en la medida en que reciban recursos económicos del Estado. Ya descendiendo al caso en consulta, tal y como puede advertirse de lo dicho hasta ahora, importa apuntar que este régimen de incompatibilidades responde y guarda relación con el vínculo de ciertos servidores públicos con empresas o entidades privadas, en la medida en que éstas mantengan en su actividad o en la captación de sus recursos un ligamen con el Estado, este último entendido en sentido amplio y por ende comprensivo de órganos, entes y empresas públicas. En ese sentido 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 (…).
(Oficio N° 9314 (DAGJ-2224-2005) del 4 de agosto de 2005)

No configuración del régimen de incompatibilidades.

(…) Decimos en principio, en virtud de que mientras dicha eventual prestación de servicios se haga a título personal tampoco estaría afectada por el artículo 18 de la Ley No.8422, puesto que dicha norma de incompatibilidad sólo cubre en su párrafo primero la prestación de servicios al Estado –latu sensu- través de empresas privadas, y no cuando lo sea mediante una relación laboral –esto siempre y cuando no suponga el ejercicio de más de un cargo público- o se ejerza mediante servicios profesionales –en cuyo caso deberán respetarse únicamente el régimen de prohibiciones de los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa-. Por otra parte, si la eventual prestación de servicios a una entidad pública por parte de un directivo de un órgano colegiado del sector público se hace a través de una empresa privada en la que el mismo ocupa un cargo directivo, gerencial o tiene participación accionaria , operaría ipso factu la incompatibilidad legal prevista por el párrafo primero del artículo 18 de la Ley No.8422, regla general que sólo cedería en los casos excepcionales que regula el artículo 19 de la Ley No.8422, para lo cual podría solicitarse justificadamente ante este Despacho el levantamiento de incompatibilidad, misma que procede autorizar sólo cuando existan razones para declarar la compatibilidad de la actividad con el cargo público ejercido (…).
(Oficio N° 11431 (DAGJ-2702-2005) del 12 de setiembre de 2005)

Aplicación del régimen al Director Nacional de Notariado asimilándolo al cargo de Director Ejecutivo.

(...) 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 Nº 5050 (DAGJ-1128) del 5 de mayo de 2005)

En virtud de su condición de órgano privado el régimen 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 Nº 8559 (DAGJ-2047) del 18 de julio de 2005)

No aplicación retroactiva del régimen de incompatibilidad.

(…) es evidente que la norma no podría aplicarse retroactivamente, pues en ese momento no existía en el ordenamiento jurídico ninguna norma que estableciera dicho régimen de incompatibilidades, sin embargo, la duda surge con respecto a la expectativa de continuar a futuro ejerciendo el cargo público en idénticas condiciones a aquellas en las cuales en un principio fue asumido. En este sentido, es importante tomar en cuenta que las situaciones jurídicas consolidadas se caracterizan por su inmodificabilidad, a pesar de las vicisitudes de la norma que las originó. (…) Así las cosas, y teniendo presente que nuestro ordenamiento jurídico autoriza al Poder Legislativo, mediante el uso de la potestad de legislar, a variar las condiciones en las cuales se ejerce la función pública, la norma resulta aplicable para aquellos funcionarios que hayan sido designados con anterioridad a la entrada en vigencia de la tantas veces mencionada Ley No. 8422, sin que los mismos puedan entenderse cubiertos por un derecho adquirido o una situación jurídica consolidada que les permita continuar en el ejercicio de sus cargos a pesar de verse cubiertos por alguna incompatibilidad (…).
(Oficio N° 11059 (DAGJ-2638-2005) del 6 de setiembre de 2005)

Definición de recursos económicos.

(…) 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 Nº8422 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 (…).
(Oficio N° 12229 (DAGJ-2921-2005) del 29 de setiembre de 2005)

Contenido y alcances de la referencia a recursos económicos del Estado, tratándose de la incompatibilidad 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,* entendiendo 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 2540 (DAGJ-537) del 3 de marzo 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 Nº 5052 (LEV-INCOMPATIBILIDAD-20-2005) del 5 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 Nº 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 Nº 8433 (DAGJ-2010) del 13 de julio 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 Nº 6214 (DAGJ-1413) del 30 de mayo de 2005)

Vinculación con entidades privadas que reciben 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 este Despacho haya conocido de renuncias a dichas Asociaciones cuando se han enmarcado dentro de los supuestos de ese ordinal (…).
(Oficio Nº 12226 (DAGJ-2919) del 30 de setiembre 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)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

En principio el artículo 18 de la Ley no impide el nombramiento de un alcalde como representante municipal ante JUDESUR, sin embargo, habría impedimento si el servidor se encuentra en otro supuesto de la norma.

(…) debe señalarse que la denominada Ley de JUDESUR no ha previsto ningún impedimento que obste para que se designe a un alcalde como representante en la Junta Directiva de ese ente. (…) al existir un vínculo natural entre la municipalidad y su respectivo alcalde, éste se encuentre habilitado para fungir como representante de la municipalidad en la Junta de JUDESUR si así lo designa el Concejo Municipal respectivo (…) el artículo 18 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública tampoco constituiría un obstáculo para la designación de un alcalde como representante de su municipalidad en la Junta de JUDESUR. (…) Por supuesto debemos precisar que si un particular alcalde se encontrará en cualquiera de los otros supuestos previstos en el artículo 18 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública - por ejemplo, tener capital accionario o ser apoderado de empresas que presten servicios a JUDESUR – es evidente que, en ese caso, sí se encontraría en una de las especies de incompatibilidad que le impedirían, en principio, integrar la Junta Directiva de JUDESUR (…).
(Dictamen N° C-238-2014 del 11 de agosto de 2014)

La Ley no contiene ninguna incompatibilidad que impida que los empleados del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos puedan conformar su junta directiva. Incompatibilidad tendría que estar dispuesta en ley.

(…) la Ley N.° 8422 no ha establecido ninguna norma que efectivamente establezca un impedimento para que un empleado de un colegio profesional pueda integrar también su Junta Directiva. Esto, por supuesto, bajo la condición de que la persona sea un profesional colegiado, y en el caso específico del Colegio Federado, que satisfaga los requisitos del artículo 62 LCFIA. Tampoco la Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos contiene alguna disposición que establezca una incompatibilidad que impida a los empleados del Colegio participar en los procesos electivos de la corporación. (…) conviene citar el dictamen C-127-97 de 11 de julio de 1997. En dicho criterio se determinó que solamente la Ley podría establecer una incompatibilidad que impida a un empleado de un colegio profesional ostentar también y simultáneamente el cargo de miembro de su junta directiva (…).
(Dictamen N° C-109-2013 del 21 de junio de 2013)

Figura de la incompatibilidad. Reserva de ley.

(…) A diferencia de los requisitos y causas de inelegibilidad, las incompatibilidades no estorban a que la persona pueda ser asumir el cargo o función, pero constituyen deberes – normalmente de prohibición – que condicionan el ejercicio del cargo y por tanto la permanencia de la persona en él. Efectivamente, en la Opinión Jurídica OJ-102-2002 de 8 de julio de 2002, que reitera lo dicho en la OJ-88-2002 de 10 de junio de 2002, este Órgano Superior Consultivo se refirió al instituto de la incompatibilidad indicando que éste se relaciona con la imposición de limitaciones para el ejercicio y permanencia de la persona en el cargo. (…) Luego la incompatibilidad supone una prohibición al funcionario de ejercer otra actividad o de ocupar otros cargos o puestos en el sector público o privado según sea el caso. Al decir de Cabanellas, las incompatibilidades implican la exclusión natural de determinadas actividades o la posibilidad de ejercer otros cargos o puestos. (Ver CABANELLAS, GUILLERMO. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL.

Heliasta, Buenos Aires, 2008, P. 194) Debe insistirse. Por tratarse de una limitación a derechos y libertades, las incompatibilidades constituyen una materia reservada a la Ley (…).
(Dictamen N° C-228-2013 del 22 de octubre de 2013)

Figura de la incompatibilidad. Fundamento.

(…) En su jurisprudencia, la Sala Constitucional ha indicado que el fundamento de las incompatibilidades puede ser tanto la necesidad de garantizar la independencia de los funcionarios como el proteger razones de moralidad y evitar la acumulación de funciones en una sola persona (…).
(Dictamen N° C-228-2013 del 22 de octubre de 2013)

La interpretación de los supuestos de incompatibilidad debe hacerse de forma restrictiva por constituir limitaciones a un derecho fundamental.

(…) Así, tenemos que el régimen de incompatibilidades implica una regulación que afecta un derecho fundamental, como lo es el libre acceso a cargos públicos. En este punto 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 el régimen de incompatibilidades 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-153-2008 del 8 de mayo de 2008)

El régimen de incompatibilidades pretende evitar los conflictos de intereses, asegurar el cumplimiento del deber de probidad y prevenir actos de corrupción.

(…) El régimen de las incompatibilidades, que impide desempeñar al mismo tiempo dos puestos o funciones, encuentra su fundamento sobre todo en la oposición de intereses (público-privado), así como la necesidad de mantener la independencia y, por ende, la imparcialidad en el ejercicio de la función pública. Todo con el objeto de garantizar el correcto y eficaz ejercicio de dicha función. La regulación de las incompatibilidades 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. Por ello no es de extrañar que distintas incompatibilidades pretendan evitar el desconocimiento del deber de probidad y se entre en situaciones propicias para de la corrupción en el ejercicio de la función pública (…). (Dictamen N° C-153-2008 del 8 de mayo de 2008)

El régimen de incompatibilidades tutela el principio de imparcialidad, tiende a evitar conflictos de intereses y busca la eficacia administrativa.

(…) 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 *(Resolución Nº 5549-95 de 15:15 horas del 11 de octubre de 1995, Sala Constitucional)*. 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-285-2014 del 10 de setiembre de 2014)

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

- Sobre el levantamiento de la incompatibilidad véase el numeral 39 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

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.

(...) de conformidad con el artículo 19 de la Ley Nº 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 Nº 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 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 Nº 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.

(...) 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 3º 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 injerencia 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 Nº 10338 (DAGJ-1221) del 24 de julio de 2006)

Miembros de Junta Directiva de Colegios Profesionales.

(…) 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-2105-2005) del 26 de julio de 2005)

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 2º de la Ley Nº 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

- Con relación al régimen de donaciones y obsequios ver los artículos 40 y siguientes del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

- Sobre el trámite de donaciones que reciba la Administración Central, consúltese el ordinal 103 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Supuestos de aplicación.

(…) En lo que atañe a la recepción de obsequios por parte de funcionarios públicos, es posible distinguir en nuestro ordenamiento jurídico, al menos dos campos diversos de regulación, uno desde el punto de vista penal, que refiere principalmente, a aquellos obsequios recibidos como contraprestación por la realización de actos u omisiones inherentes al respectivo cargo público o por la realización de actos u omisiones contrarios a los deberes del mismo, y otro que pretende normar aquellos que se otorgan como un mero agasajo o reconocimiento y no en función de pago o retribución. En el primer grupo, nos encontramos frente a obsequios que son recibidos por un funcionario público 'a cambio de...', con lo cual, el aceptar los mismos se configura en una conducta delictiva reprochable penalmente, tal y como sucedería en el caso del cohecho propio e impropio, entre otros, regulados tanto a nivel del Código Penal como de la propia Ley No. 8422. Por otra parte, existe otra serie de obsequios, que a diferencia de los primeros, no es prohibido per se recibirlos, sino que su regulación principalmente va encaminada a establecer el destino que debe dárseles a los mismos, y la forma en que debe actuar el funcionario que en determinada situación los recibe. Precisamente, este caso es el que se regula en el régimen de obsequios y donaciones establecido en el artículo 20 de la citada Ley No. 8422, el cual como señala la Procuraduría General, refiere a aquellos obsequios que no conllevan una contraprestación por parte del servidor público, pues son los que se otorgan con el único fin de agasajar al funcionario público. Ahora bien, tal y como afirma el órgano superior consultivo, los obsequios que regula el mencionado artículo 20, son los que además reúnen la característica de ser entregados como 'gesto de cortesía o costumbre diplomática' y cuyo valor sea superior a un salario base. Así las cosas, el régimen establecido en el numeral 20 de la Ley No. 8422, se limita a regular la recepción de obsequios diplomáticos, por parte de funcionarios públicos, que provengan de sujetos de Derecho Internacional, lo cual no se encuentra por sí mismo prohibido, sino que lo que dispone dicha norma es que en el tanto el valor de dichos bienes supere un salario base, los mismos se considerarán bienes propiedad de la Nación. Así, el funcionario público que en razón de un gesto de cortesía o costumbre diplomática reciba un obsequio, se encuentra en la obligación de reportarlo al jerarca y a la auditoría interna de la entidad u órgano respectivo, según los términos establecidos en los artículos 43 y siguientes del Reglamento a la Ley No. 8422. Consecuentemente, en la medida en que dichos bienes no sean recibidos como gesto de cortesía o costumbre diplomática, no se encontrarían bajo el ámbito de cobertura de dicha normativa (…).
(Oficio N° 707 (DAGJ-0114-2006) del 16 de enero de 2006)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

La norma está destinada a regular el supuesto específico de la recepción de obsequios de carácter diplomático. La regulación general que prohíbe la recepción de obsequios está contenida en otras disposiciones.

(…) La Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N°8422, en su artículo 20 hace una referencia al tema del *régimen de donaciones y obsequios*. Sin embargo, dado que el epígrafe de dicha norma parece referirse a una regulación genérica en la materia, debemos exponer una serie de consideraciones de suma importancia sobre el tema, toda vez que en su contenido se desarrollan algunos supuestos relacionados únicamente con la

recepción de obsequios de carácter diplomático, por lo que no resulta aplicable a la generalidad de funcionarios que no tienen ninguna relación con actividades diplomáticas, como ocurre justamente en la hipótesis que nos ocupa en la presente consulta. En consecuencia, como más adelante se verá, todos aquellos casos no relacionados con actividades diplomáticas, sino con el desempeño de la función pública en general, quedan sometidos a otra serie de normas que prohíben la recepción de regalos con ocasión del desempeño del cargo (…).
(Dictamen N° C-305-2012 del 7 de diciembre de 2012)

Aceptación de dádivas u obsequios entregados en razón del cumplimiento de funciones públicas o con ocasión de ellas constituye una violación al deber de probidad.

(…) No obstante lo anterior, existen otras normas jurídicas en las que se regula el tema y se impone una prohibición expresa y categórica a los funcionarios públicos en general para que estos no reciban dádivas, obsequios, regalos, premios, recompensas o cualquier otra ventaja como retribución por actos u omisiones inherentes a sus cargos. En efecto, el aceptar dádivas u obsequios por parte de un funcionario público en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de ellas constituye una violación al deber de probidad establecido en el artículo 3 de la Ley No. 8422, (…) Y es que dentro de la definición de deber de probidad establecida en el Reglamento a la citada Ley, específicamente se hace referencia al tema de las dádivas u obsequios otorgados en razón del cumplimiento de la función pública (…).
(Dictamen N° C-305-2012 del 7 de diciembre de 2012)

La obligación de rechazar dádivas u obsequios es independiente del valor del bien.

(…) es necesario señalar que de conformidad con el artículo 40 del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública existe una prohibición general, en la que no se realiza ninguna distinción respecto al valor de los bienes obsequiado o el tipo del bien de que se trate, por lo que no es dable a esta Procuraduría hacer diferencias donde no las hace la Ley, concluyéndose necesariamente que ningún funcionario público debe recibir ningún tipo de regalía o dádiva como paga, gratificación o retribución por actuaciones u omisiones en el ejercicio de su cargo (…).
(Dictamen N° C-305-2012 del 7 de diciembre de 2012)

La aceptación de dádivas u obsequios podría llegar a ser una conducta delictiva.

(…) En esa misma línea, tenemos que estas acciones, dependiendo de las circunstancias, eventualmente podrían constituir delitos. En ese sentido, vemos que el Código Penal establece como conductas típicas el hecho de que un funcionario público reciba una dádiva o cualquier otra ventaja indebida para hacer un acto propio de sus funciones, para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de las mismas, o bien, aceptare una dádiva o cualquier otra ventaja indebida por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario (…).
(Dictamen N° C-305-2012 del 7 de diciembre de 2012)

Funcionarios no pueden recibir obsequios de clientes, usuarios o proveedores, sin importar época del año, valor o clase del bien.

(…) De conformidad con todo lo expuesto, puntualizando específicamente en lo consultado, vemos que se nos indica que las personas que brindan los obsequios a los funcionarios de la Municipalidad consultante en algunos casos son clientes, usuarios o proveedores, lo cual implica necesariamente que se presuma que los cobija una relación que se da en el seno del ejercicio de la función pública, razón por la que debemos señalar que dichas conductas resultan contrarias a derecho, sin importar la época del año, el valor del bien obsequiado o la clase de bien que sea (…).
(Dictamen N° C-305-2012 del 7 de diciembre de 2012)

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 y los vicepresidentes de la República; los ministros, con cartera o sin ella, o los funcionarios nombrados con ese rango y los viceministros; los magistrados propietarios y suplentes del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones; los jueces y las juezas de la República, tanto interinos como en propiedad; 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 fiscales adjuntos, los fiscales y los fiscales auxiliares del Ministerio Público; los rectores, los contralores o los subcontralores de los centros estatales de enseñanza superior; 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, los propietarios y los 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.
(Así reformado por el artículo único de la ley N° 9093 del 19 de octubre de 2012)

CONCORDANCIAS

- Ver artículo 193 de la Constitución Política.
- Sobre los sujetos obligados a presentar declaración jurada de bienes ante la Contraloría General, revisar lo dispuesto en los artículos 55, 56, 57 y 58 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 8422. En todo caso importa rescatar, que el Transitorio II de la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 3737 (DAGJ-832) del 4 de abril de 2005) (En igual sentido pueden verse el oficio Nº 2538 (DAGJ-536) del 3 de marzo de 2005)

Obligatoriedad de presentar declaración jurada de bienes por parte de miembros de Juntas Directivas de órganos desconcentrados del MOPT.

(...) al tenor de lo establecido en el artículo 55, inciso II, aparte y del Reglamento a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, se encuentran en la obligación de presentar declaración jurada de bienes, quienes ocupen los cargos de miembros propietarios y suplentes de las Juntas Directivas de los órganos adscritos a los Ministerios de Gobierno. Ahora bien, siendo que el Consejo Técnico de Aviación Civil, el Consejo de Transporte Público, el Consejo de Seguridad Vial y el Consejo Nacional de Concesiones ostentan la categoría de órganos desconcentrados del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (véanse al respecto los artículos No. 2 de la Ley No. 5150 de 14 de mayo de 1953; Nos. 5 y 6 de la Ley No. 7969 de 22 de diciembre de 1999; No. 4 de la Ley No. 6324 de 24 de mayo de 1979; y No. 6 de la Ley No. 7762 de 14 de abril de 1998, respectivamente), se concluye con facilidad que los miembros de sus juntas directivas se encuentran en la obligación de dar cumplimiento al deber de declarar su situación patrimonial, al tenor de lo preceptuado por la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública y el Decreto Ejecutivo No. 32333 que la reglamenta (…).
(Oficio N° 5912 (DJ-1336-2005) del 23 de mayo de 2005)

Directores de la Junta Directiva de una fundación están exentos de rendir declaración jurada de bienes.

(…) 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. (…) 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 Nº 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-Nº 32333-MP-J publicado en el Alcance Nº 11 al Diario Oficial La Gaceta Nº 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 directivos de esa fundación no están obligados a presentar dicha declaración (…).
(Oficio N° 5909 (DJ-1334-2005) del 23 de mayo 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 Nº 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 Nº 5353 (DAGJ-1213) del 11 de mayo de 2005)

Miembros de la Junta Directiva de Colegios Profesionales.

(…) 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 regirá 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 Nº 12830 (FOE-DDJ-2960) del 8 de setiembre de 2006) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 12832 (FOE-DDJ-2962) del 8 de setiembre de 2006 y Nº 12856 (FOE-DDJ-2963) del 8 de setiembre de 2006)

Los sujetos obligados a declarar no necesariamente se encuentran alcanzados por la prohibición.

(…) 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 Nº 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 Nº 7011 (DI-AA-1242) del 17 de junio de 2005) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 5176 (DAGJ-1164) del 6 de mayo de 2005; Nº 7057 (DI-AA-1246) del 17 de junio de 2005; Nº 7021 (DI-AA-1243) de 17 de junio de 2005; Nº 7101 (DI-AA-1254) de 20 de junio de 2005; Nº 7159 (DI-AA-1268) del 21 de junio de 2005; Nº 7125(DI-AA-1263) del 21 de junio de 2005; Nº 7443 (DI-AA-1335) del 24 de junio de 2005; Nº 7488 (DI-AA-1338) del 27 de junio de 2005; Nº 7501 (DI-AA-1342) del 27 de junio de 2005; Nº 12368 (DI-AA-2234) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12369 (DI-AA-2235) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12371 (DI-AA-2237) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12372 (DI-AA-2238) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12373 (DI-AA-2239) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12376 (DI-AA-2242) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12382 (DI-AA-2248) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12801 (DI-AA-2334) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12831 (DI-AA-2335) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12839 (DI-AA-2336) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12841 (DI-AA-2337) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12889 (DI-AA-2356) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12891 (DI-AA-2357) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12893 (DI-AA-2359) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12948 (DI-AA-2371) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13067 (DI-AA-2397) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13068 (DI-AA-2398) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13070 (DI-AA-2400) del 14 de octubre de 2005; Nº 13079 (DI-AA-2403) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13080 (DI-AA-2404) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13710 (DI-AA-2567) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13718 (DI-AA-2571) del 30 de setiembre de 2005; Nº 15413 (DI-AA-2893) del 30 de setiembre de 2005; Nº 15414 (DI-AA-2894) del 30 de noviembre de 2005; Nº 2518 (FOE-DDJ-701) del 20 de febrero de 2006; Nº 2725 (FOE-DDJ-721) del 22 de febrero de 2006; Nº 02963 (FOE-DDJ-742) del 28 de febrero de 2006; Nº 2965 (FOE-DDJ-743) del 28 de febrero de 2006; Nº 12193 (FOE-DDJ-2880) del 31 de agosto de 2006 y Nº 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 Nº 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 Nº 8422 no se ocupa de esta materia, toda vez que ello pertenece a la rama de contratación administrativa, regulada en la Ley Nº 7494 y su respectivo reglamento (Ley de Contratación Administrativa), bastando aquí hacer la observación que (…) de conformidad con el numeral 1º 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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-Nº 32333-MP-J publicado en el Alcance Nº 11 al Diario Oficial La Gaceta Nº 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 Nº 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 2º de la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 8623 (DAGJ-2056) del 19 de julio de 2005)

Los únicos servidores de la auditoria interna del sector descentralizado cubiertos por tal obligación son el Auditor Interno o Contralor, así como los Subauditores internos y específicos.

(…) la redacción en términos generales contenida en el numeral 21 de la Ley Nº 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 Nº 32333-MP-J publicado en el Alcance Nº 11 a la Gaceta Nº 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 auditoria 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 Nº 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.

(…) 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 Nº 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 Nº 8422 (…) el respectivo reglamento ejecutivo (DE-Nº 32333-MP-J publicado en el Alcance Nº 11 al Diario Oficial La Gaceta Nº 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 auditoria interna no se encuentra sometido a la obligación de rendir la declaración jurada de su situación patrimonial (…).
(Oficio Nº 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.

(…) 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. (…) aun 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 Nº 12347 (DI-AA-2223) del 30 de setiembre de 2005) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 6960 (DI-AA-1233) del 20 de junio de 2005; Nº 6956 (DI-AA-1230) del 21 de junio de 2005; Nº 7124 (DI-AA-1262) de 21 de junio de 2005; Nº 7247 (DI-AA-1290) del 23 de junio de 2005; Nº 12354 (DI-AA-2229) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12359 (DI-AA-2232) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12370 (DI-AA-2236) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12374 (DI-AA-2240) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12375 (DI-AA-2241) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12377 (DI-AA-2243) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12380 (DI-AA-2246) del 30 de setiembre de 2005; Nº 12381 (DI-AA-2247) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13163 (DI-AA-2442) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13306 (DI-AA-2472) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13466 (DI-AA-2508) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13476 (DI-AA-2510) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13712 (DI-AA-2568) del 30 de setiembre de 2005; Nº 13726 (DI-AA-2572) del 30 de setiembre de 2005; Nº 15098 (DI-AA-2825) del 30 de setiembre de 2005; Nº 05058 (DFOE-DDJ-995) del 18 de abril de 2006 y Nº 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 Nº 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.

(…) 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 Nº 12353 (DI-AA-2228) del 30 de setiembre de 2005) (En igual sentido pueden verse el oficio Nº 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 Nº 12378 (DI-AA-2244) del 30 de setiembre de 2005) (En igual sentido pueden verse el oficio Nº 12350 (DI-AA-2225) del 30 de setiembre de 2005)

Los miembros de Junta Directiva y los Gerentes Deportivos de los Comités de Deportes y Recreación no se incluyen expresamente como obligados a rendir declaración.

(…) 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 Nº 12894 (DI-AA-2360) del 30 de setiembre de 2005)

Otros funcionarios que deberán cumplir con la rendición de declaración.

(…) 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 (…).
(Oficio Nº 14411 (FOE-DDJ-180) del 10 de noviembre de 2005) (En igual sentido pueden verse el oficio Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 14807 (FOE-DDJ-232) del 16 de diciembre de 2005) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 14811 (FOE-DDJ-0233) del 16 de diciembre de 2005; Nº 14941 (FOE-DDJ-247) del 18 de noviembre de 2005; Nº 14950 (FOE-DDJ-249) del 18 de noviembre de 2005; Nº 15285 (FOE-DDJ-303) del 24 de noviembre de 2005; Nº 15286 (FOE-DDJ-304) del 24 de noviembre de 2005; Nº 16231 (FOE-DDJ-400) del 12 de diciembre de 2005; Nº 16400 (FOE-DDJ-420) del 13 de diciembre de 2005 y Nº 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.

(…) partiendo del marco legal estipulado en el artículo 21 de la Ley Nº 8422 de 6 de octubre del 2004, *"Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública"*, publicada en La Gaceta Nº 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 Nº 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 Nº 02163 (FOE-DDJ-443) del 14 de febrero de 2006)

Los miembros de juntas directivas están sujetos a la obligación de presentar declaración.

(…) 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, contendida 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 Nº 14131 (FOE-DDJ-3174) del 5 de octubre de 2006)

Le corresponde a la Oficina de Recursos Humanos determinar para cada caso en particular los funcionarios que deben 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 Nº 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 Nº 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 Nº 14134 (FOE-DDJ-3175) del 05 de octubre de 2006) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 14422 (FOE-DDJ-3228) del 11 de octubre de 2006; Nº 14514 (FOE-DDJ-3232) del 13 de octubre de 2006; Nº 14516 (FOE-DDJ-3233) del 11 de octubre de 2006; Nº 14543 (FOE-DDJ-3234) del 13 de octubre de 2006; Nº 14938 (FOE-DDJ-3304) del 25 de octubre de 2006; Nº 15570 (FOE-DDJ-3438) del 22 de noviembre de 2006; Nº 16258 (FOE-DDJ-3548) del 22 de noviembre de 2006 y Nº 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 Nº 14136 (FOE-DDJ-3176) del 9 de octubre de 2006)

Situación de los subauditores municipales.

(…) la redacción de ordinal deja duda respecto a si la "o" que el texto señala implica que tanto Auditor como Subauditor Interno deben hacer su declaración de situación patrimonial, o bien,

únicamente debe declarar sus bienes el Auditor Interno de un órgano, ente u empresa pública –tal y como ha operado hasta antes de la promulgación de la Ley No.8422 según los términos del anterior reglamento a la Ley No.6872-. Sobre este particular, en línea de principio considera este Despacho que en razón del alto cargo público que ostenta el Subauditor Interno y el rol que le corresponde ejercer al sustituir en sus ausencias al Auditor Interno –en cuyo caso ostenta los mismos deberes, atribuciones y delicadas responsabilidades-, resulta evidente y necesario que el mismo también se entienda incluido dentro de los funcionarios llamados a rendir su declaración anual de situación patrimonial (…).
(Oficio N° 960 (DAGJ-0201-2005) del 26 de enero de 2005)

Solo los funcionarios públicos costarricenses 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 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 entendiendo 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 Nº 13544 (FOE-DDJ-3055) del 25 de setiembre de 2006) (En igual sentido pueden verse el oficio Nº 13549 (FOE-DDJ-3056) del 25 de setiembre de 2006)

Funcionarios compelidos a declarar.

(…) En el artículo 21 de la Ley Nº 8422 se establece, en primer término, una lista definida de cargos públicos alcanzados por dicha obligación y, en segundo lugar, la extensión de dicha obligación a los funcionarios públicos que 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. Por su parte, en el numeral 56 del Reglamento a la Ley N° 8422 se precisa, el contenido de las categorías genéricas antes indicadas a través del establecimiento de una serie de perfiles funcionales. Ahora bien, fuera de los cargos públicos que de manera específica se encuentran obligados a rendir declaración, en el caso de aquellas categorías definidas de manera genérica en la Ley y su Reglamento, tal y como se indicó líneas atrás cada entidad pública debe determinar –con arreglo a lo que dispone dicha normativa- cuáles de sus servidores se encuentran obligados -o no- a declarar. Siempre sobre el particular, un aspecto que interesa destacar con especial énfasis, es que de cara a esa determinación tanto el artículo 28 de la Ley N° 8422 como el 62 de su Reglamento, echan mano de manera instrumental de las Unidades de Recursos Humanos, sin embargo, no debe perderse de vista que la Ley y su Reglamento son los que determinan el ámbito de aplicación subjetivo de los funcionarios compelidos a declarar, suministrando para tal efecto parámetros generales de orientación que habrán de ser individualizados en cada caso (…).
(Oficio N° 9099 (DJ-0874-2012) del 6 de setiembre de 2012)

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

- Sobre el deber de sujetos privados para presentar la declaración jurada de bienes, ver el artículo 69 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.
- Sobre funcionarios municipales obligados a realizar la declaración jurada de bienes, ver el artículo 56 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.
- Sobre nombramientos interinos revisar el artículo 54 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.
- Sobre los plazos para la presentación de la declaración jurada de bienes ver el numeral 61 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Presentación de la declaración jurada 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 Nº 12502 (DI-AA-2280) del 30 de setiembre de 2005)

Cuando el funcionario se encuentre suspendido en su puesto persiste la obligación de presentar la declaración.

(…) 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 Nº 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 por parte de los diputados y diputadas 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 Nº 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 Nº 6243 (DAGJ-803) del 17 de mayo de 2006) (En igual sentido pueden verse el oficio Nº 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 Nº 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 Nº 14513 (FOE-DDJ-3231) del 13 de octubre de 2006) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 15196 (FOE-DDJ-3351) del 31 de octubre de 2006 y Nº 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.

(…) 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)

Para efectos de autenticación es igualmente válido el sello blanco como 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 Nº DAGJ-1927 del 29 de noviembre de 2006 aclarado mediante el Nº 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

- En cuanto a las declaraciones juradas por orden singular ver el artículo 69 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

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 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 Nº 12341 (DI-AA-2220) del 30 de setiembre de 2005) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 6961 (DI-AA-1234) del 20 de junio de 2005; Nº 7362 (DI-AA-1312) del 23 de junio de 2005; Nº 6395 (DAGJ-1469) del 3 de junio de 2005; Nº 6755 (DAGJ-1546) del 10 de junio de 2005; Nº 7046 (DAGJ-1644) del 16 de junio de 2005 y Nº 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 Nº 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 Nº 13121 (DI-AA-2417) del 30 de setiembre de 2005)

Otros funcionarios públicos no contemplados deben presentar declaración.

(…) 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 Nº 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 Nº 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 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 Nº 13078 (DI-AA-2402) del 30 de setiembre de 2005

Posibilidad 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 Nº 13702 (DI-AA-2564) del 30 de setiembre de 2005) (En igual sentido pueden verse el oficio Nº 13705 (DI-AA-2565) del 30 de setiembre de 2005)

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

- Sobre el acceso a las declaraciones juradas ver el artículo 121 inciso 23) de la Constitución Política.
- En cuanto a la confidencialidad de las declaraciones ver los artículos 38 inciso l) de la Ley y 76 y 77 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

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 Nº 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 Nº 669 (DI-AA-116) del 24 de enero de 2005) (En igual sentido pueden verse el oficio Nº 10208 (DFOE-DDJ-2252) del 24 de julio de 2006)

RESOLUCIONES JUDICIALES

Constitucionalidad de la norma.

(…) Como tercer cuestionamiento, los recurrentes señalan que este numeral autoriza a saber la información relativa a cuáles y cuántos son los ingresos pecuniarios de una persona, el origen de los mismos, sus propiedades muebles e inmuebles, inversiones y cualquier otro activo, lo que constituye un núcleo esencial del ámbito de intimidad. Estiman desproporcionado e irrazonable que los funcionarios públicos deban desprenderse de esa parte esencial de su ámbito de intimidad para entregarla a la Asamblea Legislativa en general. Agregan que la Ley No 8422 no dice si la información se debe entregar a comisiones investigativas, al Plenario, a los diputados considerados individualmente o a los asesores legislativos, siendo que la disposición es imprecisa y vaga. Señalan que la divulgación irrestricta de la situación patrimonial de los funcionarios puede afectar su seguridad e integridad física ya que no existe en dicha ley una garantía real y efectiva para que la información que se deba entregar a la Asamblea Legislativa se encuentre protegida con el mismo celo que lo hace la Contraloría General de la República. En primer lugar debe decirse que la normativa es clara al señalar que el acceso a las declaraciones de la situación patrimonial de los funcionarios públicos es requerida por las Comisiones Especiales de Investigación de la Asamblea Legislativa, único órgano legislativo que el legislador encargó para aquella labor, y no como erróneamente dicen los accionantes refiriéndose al Plenario, los diputados en general y sus asesores. El artículo

121 inciso 23) de la Constitución Política, le atribuye a la Asamblea Legislativa la potestad de nombrar comisiones de su seno para que investiguen cualquier asunto que les encomiende y rindan el informe respectivo, lo que constituye un instrumento normal e indispensable para que la Asamblea Legislativa descargue su función de fiscalización política que le es consustancial como la netamente legislativa. De manera que debe estar dotada de los medios razonables para el cumplimiento de sus cometidos constitucionales, tal es el caso de la facultad que tienen al libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones y recabar datos, incluidas las declaraciones a que esta obligados los funcionarios públicos de su situación patrimonial. Por otra parte, los recurrentes alegan la inconstitucionalidad de este numeral porque la divulgación irrestricta de la situación patrimonial de los funcionarios puede afectar su seguridad e integridad física ya que no existe en dicha ley una garantía real y efectiva para que la información que se deba entregar a la Asamblea Legislativa se encuentre protegida con el mismo celo que lo hace la Contraloría General de la República. Pero siendo como son, actos de control político, solamente en ese contexto, conforme a las valoraciones políticas en el Parlamento, y en segundo término, quedarían sometidos al análisis y la crítica pública. Por eso señaló esta Sala: 'Corresponderá al buen juicio de los diputados y de los partidos políticos que los han llevado al cargo público, un recto ejercicio de tal función, pues su abuso o, simplemente, su torcido uso, puede revertir en una desvalorización política para la misma Asamblea o para algún sector de ella…' (Véase la sentencia número 1322-91). También la función de control político tiene inserta la obligación de los diputados, como funcionarios públicos, de denunciar al Ministerio Público cualquier hecho que hayan podido percibir al tener acceso a las declaraciones juradas, constitutivo de delito, y específicamente de delito de enriquecimiento ilícito o corrupción en la función pública. En conclusión, la autorización que hace el legislador a las Comisiones Legislativas de Investigación para que tengan acceso a las declaraciones juradas de los funcionarios públicos respecto a su situación patrimonial, no solo encuentran sustento en el mismo texto constitucional, sino que hay una necesidad imperiosa de detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública. Por lo expuesto, contrario a lo alegado por los recurrentes, la normativa aquí citada no tiene roces con la Constitución Política, propiamente que pueda comprometer el derecho a la intimidad (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 7689 de las 14:52 horas del 7 de mayo de 2008)

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

- Sobre el concepto de custodia ver el inciso 8) del artículo 1° del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

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

- En cuanto a los nombramientos de funcionarios obligados a declarar ver el artículo 54 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

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 Nº 12352 (DI-AA-2227) del 30 de setiembre de 2005) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 7361 (DI-AA-1311) del 23 de junio de 2005; Nº 12503 (DI-AA-2281) del 30 de setiembre de 2005); Nº 12198 (FOE-DDJ-12198) del 31 de agosto de 2006 y Nº 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 Nº 02704 (FOE-DDJ-0717) del 14 de febrero de 2006) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 863 (FOE-DDJ-3821) del 16 de marzo de 2006 y Nº 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

- Sobre la modificación de la descripción de puestos ver el numeral 59 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

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 capitulo, 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 está 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 Nº 10208 (FOE-DDJ-2252) del 24 de julio de 2006) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 12857 (FOE-DDJ-2964) del 8 de setiembre de 2006; Nº 12859 (FOE-DDJ-2965) del 8 de setiembre de 2006; Nº 12863 (FOE-DDJ-2966) del 8 de setiembre de 2006; Nº 16317 (FOE-DDJ-3561) del 24 de noviembre de 2006; Nº 16318 (FOE-DDJ-3562) del 24 de noviembre de 2006 y Nº 17137 (FOE-DDJ-3673) del 13 de diciembre de 2006)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Aplicación de la Ley al Cuerpo de Bomberos Voluntarios.

(…) es evidente que los alcances concretos de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública pueden establecerse respecto de *sujetos de derecho privado –como sería el caso del voluntariado público-*, especialmente en la medida en que éstos custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública por cualquier título o modalidad de gestión. Pero debe advertirse que aun cuando muchas de sus disposiciones no resultan directamente aplicables a aquellos sujetos que prestan sus servicios a organizaciones privadas,

aunque éstas reciban fondos públicos, lo cierto es que con base en lo dispuesto por su numeral 27, dicho marco normativo delimita y orienta la gestión de esas organizaciones por una serie de principios generales de buena administración y transparencia en sus operaciones, obligándolas a observar mejores prácticas administrativas, de control interno y de supervisión de los recursos que les confía el Estado costarricense. (...) A mayor abundamiento en el artículo 27 de la Ley Nº 8422 –entre otras disposiciones de la misma- se confirma lo anterior, al establecer dicha norma en lo que interesa, que los empleados de sujetos de derecho privado que administren, custodien o sean concesionarios de fondos, bienes y servicios públicos *"(...) en lo conducente, estarán sometidos a las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento".*" (...) En todo caso insistimos en que aun cuando muchas de las disposiciones de la citada Ley Nº 8422 pudieran resultar no aplicables, de forma directa, a todos los integrantes del Cuerpo de Bomberos Voluntarios, lo cierto es que con base en lo dispuesto por su numeral 27, dicha organización, integralmente considerada, está obligada a observa mejores prácticas administrativas, de control interno y de supervisión de los recursos que les confía el Estado costarricense; es decir, debe regirse por los principios generales que de aquella normativa legal se derivan (...).
(Dictamen C-114-2006 del 14 de marzo 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

- Sobre las unidades de recursos humanos ver el artículo 62 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Deber de informar sobre funcionarios sujetos a declaración.

(…) 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 Nº 13716 (DI-AA-2569) del 30 de setiembre de 2005) (En igual sentido pueden verse el oficio Nº 13716 (DI-AA-2570) del 30 de setiembre de 2005)

El director, jefe o encargado de la unidad de recursos humanos informará de los funcionarios obligados a declarar.

(…) en los términos de la Ley Nº 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 inadmisible argüir "desacuerdos" para abstraerse a la aplicación de la Ley Nº 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, Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 14105 (FOE-DDJ-126) del 30 de setiembre de 2005) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 14147 (FOE-DDJ-3177) del 6 de octubre de 2006; Nº 14272 (FOE-DDJ-0171) del 9 de noviembre de 2005 y Nº 15288 (FOE-DDJ-0236) del 24 de noviembre de 2005)

Deber de informar sobre funcionarios sujetos a declaración.

(…) 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 pueda ser asumida dentro de las prácticas administrativas respectivas (…).
(Oficio Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 7021 (FOE-DDJ-1190) del 6 de junio de 2006) (En igual sentido pueden verse los oficios Nº 6014 (FOE-DDJ-1108) del 12 de mayo de 2006 y Nº 17133 (FOE-DDJ-3671) del 13 de diciembre de 2006)

Unidades de Recursos Humanos.

(…) Lo anterior conduce a subrayar, que la conformación del listado de sujetos declarantes a lo interno de cada entidad no es una labor autónoma o enteramente discrecional. Antes que eso, se trata de un ejercicio que debe darse con arreglo a lo que establece la Ley N° 8422 y su Reglamento, individualizando lo que en ellas se dispone a la estructura de cargos existente y las atribuciones, labores y responsabilidades de quienes ocupan tales puestos. En una palabra y, tal y como sucede con cualquier decisión administrativa, las decisiones que se adopten en

esta materia deben estar debidamente motivadas, lo anterior con vista en los manuales de puestos o instrumentos de similar naturaleza, o bien, cuando dicha normativa –en virtud de su falta de actualización- no refleje la realidad, deberá sujetarse al contrato realidad y las atribuciones y funciones que en la práctica los funcionarios respectivos tengan a su cargo. Llevando lo dicho a la especie, bajo esta inteligencia no es posible para el órgano contralor, al desconocer con detalle la estructura orgánica de puestos de esa municipalidad y, aún más, las atribuciones y responsabilidades de las personas que los ocupan, establecer si determinado cargo se encuentran obligado -o no- a declarar (…).
(Oficio N° 8709 (DJ-830-2012) del 24 de agosto de 2012)

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. 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.
   (Así reformado el aparte d) del inciso 2° de este artículo, mediante resolución de la Sala Constitucional N° 7689-08 del 7 de mayo del 2008.)
   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) 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

Sobre el contenido de la declaración jurada de bienes ver el artículo 68 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

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 Nº 15105 (DI-AA-2827) del 30 de setiembre de 2005 y Nº 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

- Sobre la potestad de la Contraloría General para requerir información ver el artículo 24 de la Constitución Política.
- Sobre el acceso a la información por parte de la Contraloría General ver el numeral 81 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.
- En cuanto a la garantía de acceso y disposición de información ver el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Constitucionalidad de la norma.

(…) Indican los accionantes que esta norma viola el artículo 24 Constitucional, porque la Contraloría General de la República únicamente puede revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos. La ley impone el deber a los funcionarios públicos de autorizar el acceso a su información financiera bancaria, lo que burla la prohibición al acceso a información confidencial y la autorización otorgada por la Carta Magna. (...) Los cuestionamientos que hacen los accionantes, ya fueron objeto de análisis y pronunciamiento por parte de este Tribunal, mediante la resolución 2004-07242 de las diecisiete horas con tres minutos del treinta de junio del dos mil cuatro (Consulta Facultativa Legislativa), en la cual se relevó de inconstitucionalidad la citada norma. En dicha oportunidad se indicó en lo conducente: 'Este Tribunal estima que el precepto propuesto no vulnera el Derecho de la Constitución, puesto que, nuevamente, se trata de un instrumento idóneo y necesario para cumplir con el fin de la ley cual es prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública (artículo 1°), puesto que, solo a través de este medio se podrá determinar claramente si un funcionario público, durante el ejercicio de su cargo, ha experimentado un aumento extraordinario en su patrimonio que haga presumir, razonablemente, que ha cometido un acto de corrupción o se ha enriquecido ilegítimamente'. El criterio expuesto en

el antecedente mencionado, se mantiene inalterable, sin que se expongan nuevos argumentos que justifiquen su variación. Es importante destacar que la norma cuestionada supone una autorización del funcionario, por lo que no se trata de una intervención unilateral o arbitraria del poder público sobre la intimidad del funcionario. La autorización tiene su especificidad, en este caso, sólo puede hacerlo la Contraloría General de la República; no se trata de una autorización indiscriminada, manteniéndose el equilibrio entre la protección de la intimidad y la tutela de la correcta y transparente actuación de los funcionarios estatales. Respecto de la norma cuestionada, no se exponen argumentos que le den sustento a la inconstitucionalidad que se acusa (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 7689 de las 14:52 horas del 7 de mayo de 2008)

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.

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.

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.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Sobre las adiciones o aclaraciones a la declaración jurada de bienes.

(…) De conformidad con el artículo 33 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, No. 8422 los sujetos consultantes podrán presentar sus declaraciones juradas de bienes, así como las aclaraciones pertinentes o información adicional relacionadas

con dichas gestiones exigidas por la Contraloría General de la República ésta última en razón de sus competencias de fiscalización de la Hacienda Pública. Existe un interés fundamental no solo de presentar la declaración patrimonial en los tiempos establecidos, sino además de incorporar información veraz y clara que permita al órgano contralor realizar las verificaciones correspondientes en el ámbito de sus competencias. No se desprende de la legislación vigente alguna restricción para aclarar o rectificar información incorporada en las declaraciones de bienes. El declarante se encuentra entonces en la obligación de cumplir adecuadamente con su obligación, de allí que toda actuación voluntaria del sujeto obligado encaminada a aclarar o rectificar información de su declaración, es de recibo y se incorpora al expediente respectivo. En atención a lo anterior, la Contraloría General recibe las aclaraciones o rectificaciones de la situación patrimonial que presente el declarante de forma voluntaria sin establecer restricción alguna, dado que es una oportunidad que tiene el declarante para mantener informado al órgano contralor y no incurrir en omisiones o falsedades en su documento de declaración. Así entonces corresponde al declarante especificar el ámbito de su aclaración para que se integre y actualice su expediente de declaración de bienes. En igual sentido es importante mencionar que la declaración periódica de bienes tiene como propósito la actualización de los movimientos patrimoniales ocurridos durante el año, de allí que los cambios ocurridos con posterioridad al período anual declarado, deben ser comunicados en el período siguiente correspondiente. Diferente es el supuesto en el que el declarante ha declarado y considera de forma voluntaria rectificar o aclarar información consignada en su declaración última, lo cual según se ha indicado es de recibo. La Contraloría General de la República, por medio de la Unidad de Servicios de Información es la encargada de atender el proceso de recepción y custodia de las declaraciones de bienes del régimen establecido en la Ley No. 8422. Toda gestión encaminada a aclarar o rectificar información declarada es de recibo, aun cuando se haya cerrado la declaración a través del Sistema de declaraciones juradas (sistema automatizado). Para ello el declarante debe dirigir nota escrita dirigida a la jefatura de la Unidad de Servicios de Información indicando el objeto de su solicitud de si se trata de una aclaración, rectificación, adición de declaración de bienes, así como la información detallada de su gestión. Dicha solicitud se recibe en las mismas condiciones que la declaración de bienes, se procesa de forma confidencial y se incorpora al expediente único del declarante en el archivo central institucional (…).
(Oficio N° 6190 (DJ-0642-2012) del 22 de junio de 2012)

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

Sobre la constatación de la veracidad de las declaraciones por parte de la Contraloría General ver el artículo 82 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Efectos de la modificación, rectificación adición o aclaración de una declaración jurada.

(…) Es importante mencionar que el artículo 22 de la ley de marras establece los períodos para presentar las declaraciones inicial, anual y final de bienes siendo los momentos en los que el declarante actualiza y modifica- en su caso- su realidad patrimonial. No obstante si el declarante estima que en las declaraciones presentadas ha incurrido en algún error, no existe impedimento para que realice la aclaración correspondiente y se incorpore en su expediente de declaración. Será con la valoración de cada caso donde se defina, de acuerdo con la legislación vigente en esta materia, si existe algún efecto jurídico en el ámbito de responsabilidad del declarante. Siguiendo la orientación del artículo 34 comentado, cuando se trata de procesos de investigación y es la Contraloría General la que requiere la información omisa o inexacta del declarante, se estaría permitiendo al sujeto obligado presentar la información correcta de su realidad patrimonial y los efectos se valorarían en el procedimiento administrativo correspondiente (…).
(Oficio N° 6190 (DJ-0642-2012) del 22 de junio de 2012)

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

- Sobre el acceso a cargos públicos ver el artículo 70 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

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

- En cuanto al inciso a) ver los artículos 14 y siguientes de la Ley.
- En relación al inciso b) ver el artículo 14 la Ley.
- En cuanto a la causal de responsabilidad administrativa indicada en el inciso d), véase los artículos 10 y 39 de la Ley General de Control Interno.
- Respecto al inciso e) consultar el numeral 40 Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.
- En atención al inciso h) ver los numerales 183 y 184 de la Constitución Política, así como el 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- En cuanto al inciso i) ver el numeral 22 de la Ley y el artículo 69 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.
- Respecto al inciso j) ver el numeral 34 de la Ley y el artículo 82 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.
- En relación al inciso l) ver los artículos 24 y 42 de la Ley y los artículos 76 y 77 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.
- En cuanto al inciso n) ver los artículos 17 de la Ley y 33 y siguientes del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Responsabilidad administrativa. Sólo aplica a funcionarios públicos.

(...) Tal como lo dispone expresamente el numeral 38 de la Ley Nº 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 Nº 5909 (DAGJ-1334) del 23 de mayo de 2005)
Responsabilidad administrativa por percepción de honorarios o beneficios de cualquier tipo.

(…) 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. (...) 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 currículo 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 (…).
(Oficio N° 8059 (DAGJ-01872-2005) del 5 de julio de 2005)

Aplicación del régimen de responsabilidades disciplinarias y civiles a los Directores de la Junta Administrativa de una fundación.

(…) Tal como lo dispone expresamente el numeral 38 de la Ley Nº 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. Sin embargo, lo anterior no significa que los directivos se encuentren exentos de responsabilidad por faltas de esta naturaleza en relación con los fondos públicos que le han sido confiados a la fundación para su administración, toda vez que ya existen normas que regulan justamente esa situación (…).
(Oficio N° 5909 (DJ-1334-2005) del 23 de mayo de 2005)

Deber de imparcialidad del funcionario protegido en el artículo 38 inciso b) de la Ley.

(…) 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 aun 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-1313-2005) del 20 de mayo de 2005)

La actuación de un servidor público como tramitador de gestiones privadas de particulares en la institución en la que labora provoca un conflicto de intereses.

(…) además de estarse exponiendo el acto o contrato administrativo que se dicte a una nulidad absoluta por la intervención de una de las autoridades municipales ya señaladas cuando ésta no debió de participar en la decisión respectiva, el ordenamiento jurídico castiga disciplinariamente esa conducta con la sanción de despido sin responsabilidad patronal –artículo 4 de la Ley No.8422-, en este caso por constituir una violación evidente y difícilmente excusable al deber de probidad estatuido por la misma Ley. Por consiguiente, y atendiendo a la consulta concreta formulada, si se demuestra que un regidor ha gestionado determinados trámites ajenos vinculados a la entidad para la cual tiene una relación de servicio, estén éstos relacionados o no con su cargo, incurre en un conflicto de intereses violatorio de sus deberes éticos, situación que es aún más grave si ha concurrido con su voto a aprobar actos o contratos en los que no debió intervenir conforme a la prohibición expresa del inciso a) del ordinal 31 del Código Municipal (…).
(Oficio N° 959 (DAGJ-0087-2007) del 1 de febrero de 2007)

Uso administrativo de vehículos que son propiedad de un particular.

(…) situaciones como las descritas en su consulta ameritan un examen de los términos y condiciones bajo los cuales los sujetos privados han facilitado los bienes a la Administración o directamente a los funcionarios, con independencia de que esa conducta pueda estar sancionada expresamente por la Ley Nº 8422. Así las cosas, los diversos supuestos que se plantean en este aparte requieren necesariamente una determinación clara de las condiciones bajo las cuales los funcionarios puedan estar haciendo uso de estos vehículos, pues si se trata de bienes puestos estrictamente al servicio de las funciones institucionales, tendría no sólo que existir una regulación de ese acuerdo, sino además una sujeción a mecanismos de control. Lo contrario implicaría que el funcionario pueda hacer libre uso de ese vehículo que le ha sido facilitado exclusivamente con ocasión de cargo, para fines y bajo condiciones ajenas al servicio público, como si se tratara de un vehículo de su propiedad, lo cual desde luego no sería procedente, ya que estaría prevaleciéndose indebidamente de las condiciones que le brinda su puesto en la Administración para acceder a esos beneficios. En ese sentido, reiteramos, esta situación merece ante todo una revisión de la normativa institucional y de las regulaciones de control interno, teniendo como norte el principio de legalidad, habida cuenta de que ello resulta fundamental para determinar si se está incurriendo en una situación irregular que de inmediato debe ser corregida (…).
(Oficio N° 8631 (DAGJ-2062-2005) del 19 de julio de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Desempeño de actividades privadas incompatibles. Régimen municipal. Todo funcionario tiene impedimento para laborar en otra entidad pública o privada si hay superposición horaria y para realizar actividades que causen conflicto de intereses respecto a la función pública o afecten la institución.

(…) Dentro de esa conceptualización genérica del deber de responsabilidad, objetividad y probidad que debe caracterizar de manera imperativa el quehacer de todo funcionario o servidor público, se encuentran dos disposiciones legales concretas en el mencionado Código Municipal, que deben cumplirse a cabalidad. Tales son, la prohibición de laborar en otras entidades públicas o privadas con evidente superposición horaria del cargo que ocupa en la Municipalidad, y la prohibición de participar en actividades vinculadas con empresas o intereses privados que puedan causar evidente perjuicio a las municipalidades o competir con ellos. Como se ha podido observar a través de todo este desarrollo jurídico, cualquier servidor o funcionario de esa Municipalidad, -incluso los que poseen funciones de seguridad y vigilancia- deben no sólo acatar lo dispuesto en los mencionados artículos 147, incisos b)

y d), y 148, incisos c) y d) del Código Municipal, sino que deben actuar siempre apegados a los principios éticos y morales de la objetividad, neutralidad y probidad que demanda la función pública; pues de lo contrario se expondrían a la aplicación del régimen disciplinario correspondiente (…).
(Dictamen N° C-215-2010 del 29 de octubre de 2010)

Durante el disfrute de vacaciones o permiso sin goce de salario, el funcionario no puede realizar actividades privadas que luego podrían someterse a conocimiento de la institución donde labora.

(…) nótese que en ambos supuestos –permiso sin goce de salario y vacaciones- la relación laboral sigue subsistiendo. En este sentido, debe insistirse en lo inconveniente que resulta que un funcionario haga uso del permiso sin goce de salario o bien vacaciones para realizar estudios privados que deberán ser aprobados en el mismo lugar en el que desarrolla sus funciones, máxime que, como se indicó, dichas figuras no hacen desaparecer la relación laboral, y en consecuencia estaríamos en presencia de un situación de evidente conflicto entre los propios intereses y los de la Administración (…).
(Dictamen N° C-192-2008 del 4 de junio de 2008)

Siempre que la actividad privada genere conflicto de intereses opera la prohibición. Hay conflicto de intereses cuando coincide la actividad privada con las funciones propias de su cargo como funcionarios públicos, o bien, propias del órgano para el cual labora.

(…) Así las cosas, si bien es cierto hay casos en los que no existe una prohibición expresa para que sus funcionarios realicen actividades propias de su profesión de forma privada y fuera de las horas laborales –lo cual evita la superposición horaria-, es claro que en tanto dichas actividades puedan significar un conflicto entre el interés público y su interés particular –en los términos antes definidos-, al coincidir la actividad privada con las funciones propias de su cargo como funcionarios público, o bien, propias del órgano para el cual labora -en cuyo caso el formar parte de la estructura orgánica le permitiría tener una ventaja de toda índole que no tendrían terceras personas y la cual le podría eventualmente significar un provecho-, estamos en presencia de un claro conflicto de intereses.//Consecuencia de lo anterior, debe entenderse que siempre que exista la posibilidad de un conflicto de intereses, como ocurre en el supuesto antes referido, existe una prohibición para que el funcionario realice de forma privada actividades cuya naturaleza pueda comprometer la transparencia y apego a la legalidad de la función pública, prohibición que como hemos dicho, se deriva de los principios éticos que rigen la función pública –contenidos en la Ley No. 8422 y su Reglamento (…).
(Dictamen N° C-192-2008 del 4 de junio de 2008)

Se genera conflicto de intereses cuando la actividad privada coincide con las funciones propias del órgano para el cual labora el funcionario, aun y cuando el asunto no debe ser resuelto directamente por el servidor.

(…) En el supuesto que se nos plantea, es evidente que la actividad privada del sujeto podría coincidir con las funciones propias de su cargo como funcionarios público, o bien, propias del órgano para el cual labora, aspecto este último altamente inconveniente, precisamente porque el hecho de que el funcionario forme parte de la estructura orgánica del órgano le permitiría tener una ventaja que no tendrían terceras personas –información, documentación o datos sobre la materia a los que sólo tienen acceso los funcionarios del MAG-INTA-, lo cual le podría eventualmente significar un provecho, o bien, podría colocar en una situación incómoda a otros funcionarios del MAG-INTA que tengan a su cargo la aprobación de los estudios presentados por el primer funcionario, todo lo cual pone en evidencia un alto riesgo de que se presente un conflicto de intereses (…).
(Dictamen N° C-192-2008 del 4 de junio de 2008)

Se puede configurar la causal prevista en el inciso m) cuando un médico institucional cobra a un paciente dinero por la atención prestada en los servicios de la CCSS.

(…) Por supuesto es claro que, a fortiori, es también causal de responsabilidad administrativa el hecho de que un médico institucional cobre a un paciente cualquier suma en ocasión de la atención prestada en los servicios de la Caja Costarricense del Seguro Social, aun y cuando la persona haya venido referenciada de su consulta privada, lo cual, insistimos, no se encuentra permitido. Al respecto, citamos el artículo 38.m de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (…).
(Dictamen N° C-118-2013 del 1 de julio de 2013)

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.

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.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Junta Directiva de la ARESEP es competente para aplicar al Consejo de SUTEL las normas sancionatorias contenidas en la Ley.

(…) Es el caso de las sanciones contra infracciones al régimen de la Hacienda Pública, incluido el régimen de control interno o respecto de conductas que no se conforman con el principio de probidad. En la medida en que el funcionario incurra en una infracción, se debe aplicar el régimen sancionador correspondiente. En ese sentido, la Junta Directiva de ARESEP como superior jerárquico del Consejo de SUTEL puede aplicar las normas sancionatorias contenidas en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y en la Ley de Control Interno, siempre y cuando se respete el debido proceso y los demás principios informadores de la potestad sancionatoria estatal (…).
(Dictamen N° C-219-2010 del 5 de noviembre de 2010)

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) Violen 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.

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.

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, Nº 7428, de 7 de setiembre de 1994, publicada en La Gaceta n° 210 del 04 de noviembre de 1994.

CONCORDANCIAS

- Con relación a la prescripción de la responsabilidad administrativa véanse los artículos 43 de la Ley General de Control Interno y 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Plazo de prescripción de la potestad disciplinaria establecido en el Código de Trabajo no es aplicable a faltas contra el deber de probidad o vulneraciones a la Hacienda Pública por existir norma especial.

(…) La definición del régimen legal aplicable ha de considerar los hechos por los cuales se dio la apertura del procedimiento administrativo, a fin de establecer si se trata de un cuadro fáctico que se relaciona con una relación funcionarial simple o bien, con conductas que se amparan al régimen de incompatibilidad. Acorde a lo expuesto en el traslado de cargos, los hechos imputados, se insiste, tienen relación con el deber de probidad y el de administración de la hacienda pública. A la luz de esa circunstancia, resulta notorio que las conductas reprochadas no se corresponden a una responsabilidad disciplinaria simple, sino que la implicación y alcance de los comportamientos intimados se relacionan con presuntas infracciones al deber de probidad y manejo de recursos públicos. Desde ese plano, ese tipo de faltas presuntas se encuentran reguladas por la Ley No. 8422, tanto en lo que se refiere a causales y sanciones, pero además, en procedimientos, principios y prescripción. En efecto, si bien la potestad disciplinaria del jerarca administrativo se encuentra sujeta a plazo prescriptivo, genéricamente regulado por el mandato 603 del Código de Trabajo, norma que fija un plazo de un mes para el ejercicio de esa potestad represiva, lo cierto del caso es que tratándose de conductas que se regulan y precisan por la Ley No. 8422, están afectas a éste régimen particular. Se trata de un sistema normativo que se constituye como un ordenamiento sectorial que contiene reglas concretas, que en tanto especiales, prevalecen sobre la normativa general. Desde esa arista, el artículo 44 de la citada legislación, en cuanto al plazo de prescripción de la responsabilidad administrativa del funcionario, se señala: (...). En consecuencia, en conductas que puedan implicar infracción a las normas fijadas por la Ley No. 8422, en menesteres de prescripción, la normativa aplicable es el ordinal 71 de la Ley No. 7428, por la remisión dispuesta por el mandato 44 de aquella fuente legal, ergo, un plazo de cinco años, y no el plazo mensual estatuido por el Código de Trabajo, se insiste, al ser una normativa especial y posterior que prevalece sobre el régimen general laboral (…).
(Tribunal Contencioso-Administrativo. Resolución N° 199-2011-VI de las 16:20 horas del 12 de septiembre de 2011)

En materia de procedimientos sancionatorios relacionados con la Hacienda Pública se aplica una prescripción "especial" y no la "genérica".

(…) En cuanto al ejercicio de la potestad sancionatoria, lo expuesto implica que el titular del derecho es el jerarca administrativo o quien tiene la competencia para ejercer el referido poder-deber, mientras que el sujeto pasivo es el funcionario público, quien en esa medida, se encuentra sujeto a la potestad correctiva solo por el plazo que expresamente fije la normativa aplicable; vencido el cual, emerge su facultad de requerir el reconocimiento de la pérdida de la potestad jerárquica. Desde este plano, no hay duda que se trata de una potestad correctiva que, por criterio de seguridad jurídica, se encuentra sujeta a plazo prescriptivo. De manera genérica, ese plazo se regula por el mandato 603 del Código de Trabajo, norma que fija un plazo de un mes para el ejercicio de esa potestad represiva. Sin embargo, ha de advertirse que se trata de una norma que cede frente a regulaciones particulares y especiales, que incorporan reglas diversas en cuanto a ese extremo. Es el caso, por ejemplo, que se presenta en menesteres

de Hacienda Pública, supuesto que aquí nos ocupa. Para este tipo de procedimientos, el plazo aplicable es el regulado por las Leyes No. 8292 (artículo 43), 8422 (artículo 44) y 8131 (artículo 112). Se trata de un sistema normativo que se constituye como un ordenamiento sectorial que contiene reglas concretas, que en tanto especiales, prevalecen sobre la normativa general (…).
(Tribunal Contencioso-Administrativo. Resolución N° 041-2013-VI de las 16:15 horas del 28 de febrero de 2013)

Prescripción de la acción. Prescripción de la falta.

(…) No debe confundirse lo que el Reglamento denomina prescripción de la acción, la cual consiste en la perención del ejercicio de una potestad procesal –asimilable desde el punto de vista técnico a una caducidad- con la prescripción de la falta, la cual conlleva, en caso de ser alegada, la imposibilidad jurídica de sancionar un actuar antijurídico. De esto se sigue que el acaecimiento de la primera deriva, necesariamente, en la prescripción de la falta. Ambos plazos corren en forma independiente, y presentan algunas particularidades. En el caso de la primera, opera de pleno derecho, ya que condiciona el actuar administrativo a un término de extinción. (...) Por ello, una vez transcurrido el lapso de tiempo que prevé la norma para que se ejerza la conducta sin que el órgano facultado al efecto la realice, su competencia para iniciar el procedimiento decae en el asunto concreto, por lo que, al mediar una incompetencia, aún y cuando no se alegue deberá ser declarada de oficio, tal y como lo exige el artículo 182 de la LGAP. Caso contrario ocurre con la prescripción de la falta, la cual requiere ser alegada por el sujeto que se vea beneficiado, ya que es una defensa de carácter renunciable. Por último, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la prescripción (al menos de los derechos patrimoniales) se encuentra sujeta al principio de reserva de ley (votos 2008-14004 de las 10 horas 13 minutos del 19 de setiembre de 2008 y 2009-13605 de las 14 horas 56 minutos del 26 de agosto de 2009). No obstante lo anterior, es criterio de esta Sala que la perención por el ejercicio de la acción bien puede ser regulado vía reglamentaria, toda vez que se trata de una limitación de la aplicación temporal de la competencia de la Administración mas no implica la restricción un derecho patrimonial, tal y como se deriva del sustrato de los antecedentes citados (…).
(Sala Primera. Resolución N° 479-F-S1-2011 de las 11:40 horas del 7 de abril de 2011)

La prescripción en materia sancionatoria de la Hacienda Pública está sujeta a interrupciones.

(…) No existe duda de que la accionante fue sometida a un procedimiento administrativo sancionatorio de la Hacienda Pública. De ahí que resulte evidente que en la especie, el plazo de prescripción aplicable, será el de cinco años regulado en las normas indicadas supra. Ahora bien, es claro que el fenecimiento del plazo conferido para ejercer la potestad correctiva se encuentra sujeto a las causales de interrupción que fija tanto el ordinal 876 del Código Civil o bien de las previstas por el precepto 977 del Código de Comercio. Cabe precisar, las causales de interrupción -que hacen que el plazo prescriptivo inicie de nuevo- solo pueden producir ese efecto en la medida en que ocurran antes del vencimiento del plazo a interrumpir, pues aún ocurridas, si lo es vencido el plazo, la simple alegación de prescripción negativa lleva a la pérdida del ejercicio del derecho precluido por inercia en su ejercicio. Con todo, debe entenderse que la interrupción no se produce con la simple apertura del procedimiento, sino con la debida comunicación del auto que tiene por instruida la causa, de conformidad con los ordinales 140, 239, 240, 243 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP). Ahora bien, en el caso que se analiza tenemos que a la actora se le reclaman actuaciones negligentes y omisiones relacionadas con el diseño y construcción del puente sobre el Río Puerto Viejo de Mortero en las que, presuntamente, incurrió a partir del 5 de octubre de 2005 y hasta el 11 de mayo de 2006. Es precisamente a partir de estas fechas (en las que se reclaman las actuaciones u omisiones que atentan contra la Hacienda Pública) que deben computarse los cinco años que aplican en esta materia. Luego, el acto de apertura de procedimiento se dictó a las 13 horas 30 minutos del 8 de abril del 2010, fue notificado y ya para junio de ese año se había citado a comparecencia oral y pública. Conforme a lo expuesto supra, la comunicación de ese auto de apertura genera un efecto interruptor de la prescripción, lo que en este caso ha sucedido, siendo que al momento de su notificación (e incluso al realizarse la comparecencia), no habían

pasado los cinco años fijados para la expiración de la potestad correctiva (que se cumplían para octubre de 2010, cuando ya el asunto estaba resuelto en fase constitutiva). Desde ese plano, es evidente que al momento de la apertura del procedimiento no había operado la prescripción del ejercicio del derecho de sancionar faltas en materia de Hacienda Pública por parte de la CGR, lo que supone el rechazo del vicio que se alega. Cabe agregar, además, que mientras el procedimiento administrativo se tramita, los diversos actos internos que se emiten en su curso, producen un efecto igualmente interruptor en el plazo aludido, siempre que busquen la efectiva prosecución de la causa y no meras estratagemas formales para burlar los plazos que deben ser aplicables al procedimiento. Sin embargo, si el proceso ingresa en inercia o abandono atribuible a la Administración por un plazo superior a seis meses, y ante petición expresa del funcionario encausado, se dispone la caducidad de ese procedimiento, acorde al numeral 340 inciso 3) de la LGAP (…).

(Tribunal Contencioso Administrativo. Resolución N° 041-2013-VI de las 16:15 horas del 28 de febrero de 2013) (En similar sentido puede consultarse la Resolución N° 12-2013-VII emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo a las 10:30 horas del 8 de mayo de 2013)

Criterio material objetivo para determinar la prescripción en materia de Hacienda Pública.

(…) La prescripción es un instituto por medio del cual, el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas, que obedece a la máxima de que "El tiempo lleva a la consolidación de cierto derechos o a la pérdida de los mismos". Como bien lo apunta el tratadista Rafael Caballero Sánchez en su obra "Prescripción y Caducidad en el Ordenamiento Administrativo", el Instituto es de antigua data en otras ramas, ya que su aplicación en el Derecho Administrativo es más reciente. Su aplicación en el Derecho Público ha alcanzado su madurez, ofreciendo un modelo acabado, conformado por sus propias normas, reglas y principios. Así planteadas las cosas, en el régimen de empleo público, existen distintos plazos de prescripción, de la potestad disciplinaria, debidamente diferenciados, aplicables a los funcionarios públicos, que derivan de los cuerpos normativos. En primer término, se encuentra el artículo 603 del Código de Trabajo, que aplica como norma de carácter general, salvo disposición especial contraria. Dicha norma dispone que la prescripción opera en un mes. Por otro lado, el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, establece un plazo de 5 años, cuando se trata de transgresiones al ordenamiento de Control y Fiscalización. En el mismo sentido, el canon 43 de la Ley General de Control Interno y 44 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, establecen el plazo de los 5 años cuando se trata de transgresiones al ordenamiento de control y fiscalización. Con base en lo anterior, se puede afirmar, en términos generales, que existen dos plazos de prescripción, aplicables a los funcionarios públicos, en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria, sin perjuicio de otros ordenamientos especiales que tienen sus propios plazos, como lo es el caso de la Ley General de Policía N° 7410. Resulta importante, tener presente lo dispuesto por los numerales mencionados, que regulan la prescripción de la potestad sancionatoria en el campo del control y la fiscalización. (...) De los numerales mencionados, se desprende un criterio material objetivo que permite determinar cuándo aplica la prescripción mencionada a una falta en contra de la Hacienda Pública. En ese sentido, si existe una transgresión al ordenamiento de control y fiscalización o relativo a la Hacienda Pública, aplica el plazo de los 5 años de prescripción de la potestad disciplinaria. Este criterio permite diferenciar la prescripción aplicable en casos de naturaleza laboral de un mes, de acuerdo con lo que dispone el artículo 603 del Código de Trabajo. Con la reforma que sufrió el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, al variar el criterio de valoración, para determinar el plazo de prescripción aplicable, se pasa de un régimen subjetivo a uno objetivo. Anteriormente era necesario llevar a cabo el ejercicio para determinar, a efectos de aplicar el plazo de prescripción, si era un servidor de la Hacienda Pública (aspecto subjetivo). Como se mencionó supra, el criterio que rige en la actualidad es material objetivo, que se determina con la transgresión al ordenamiento de control y fiscalización, que lo componen entre otras las leyes mencionadas, así como la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, N° 8131 y su Reglamento, la Ley de Contratación Administrativa N° 7494 y su Reglamento. Así pues, es claro que la inteligencia de la normativa citada, permite aplicar el plazo de prescripción, a cualquier funcionario público

que, independientemente que ocupe o no un cargo de la Hacienda Pública, incurre en un quebrantamiento al ordenamiento de control y fiscalización, si esto se produce, le aplica el plazo de los 5 años (…).
(Tribunal Contencioso Administrativo. Resolución N° 101-2011-V de las 15:30 horas del 24 de octubre de 2012)

Órgano competente para sancionar a los diputados o diputadas que infringen el deber de probidad.

(…) No obstante lo indicado en el considerando anterior, lo cierto del caso es que el ordinal 43 cuyo epígrafe es "Responsabilidad de los miembros de los Supremos Poderes" impone comunicarle al órgano competente la infracción cometida para que, conforme a derecho, proceda a sancionarla. Este Tribunal Constitucional entiende que en el caso de los diputados y diputadas la Procuraduría de la Ética Pública debe informar a la Asamblea Legislativa y no al Tribunal Supremo de Elecciones órgano que resulta, a todas luces, incompetente para imponerle una sanción a un diputado por haber presuntamente infringido el deber de probidad, por lo que, en su momento, debió declinar su competencia y remitir el asunto al órgano competente. De otra parte, es a la Asamblea Legislativa a quien le corresponde, con vista en el informe de la Procuraduría de la Ética Pública, imponer la sanción que resulte pertinente. Cabe advertir que al exigir el artículo 43 que la sanción a imponer sea la que conforme a derecho proceda, le corresponde, entonces, al órgano competente –en el caso de los diputados y diputadas al plenario legislativo- determinar si el ordenamiento jurídico establece alguna sanción sobre el particular. En caso de constatarse una laguna o vacío normativo es deber impostergable de la Asamblea Legislativa proveerse de un régimen explícito –por virtud de la habilitación constitucional para dotarse de su propio régimen interior, artículo 121, inciso 22- para actuar las políticas y normas jurídicas –internacionales e internas- que pretenden asegurar la rectitud, probidad y honradez en el ejercicio de la función pública, a las que, obviamente, no puede sustraerse el órgano legislativo y sus miembros, por suerte de una imprevisión normativa absolutamente reprochable e injustificable. Si como se indicó precedentemente, también, los diputados y diputadas están sujetos a los deberes establecidos en la normativa internacional e interna para garantizar la integridad y moralidad de los funcionarios públicos, la omisión del poder legislativo para garantizar su observancia resulta, a todas luces, ilegítima por lo que debe ser suplida a la mayor brevedad posible (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 18564 de las 14:44 horas del 17 de diciembre de 2008)

Artículo 44 bis.- Sanciones administrativas a personas jurídicas.

En los casos previstos en el inciso m) del artículo 38 y el artículo 55 de esta Ley, y en los artículos del 340 al 345 bis del Código Penal, cuando la retribución, dádiva o ventaja indebida la dé, prometa u ofrezca el director, administrador, gerente, apoderado o empleado de una persona jurídica, en relación con el ejercicio de las funciones propias de su cargo o utilizando bienes o medios de esa persona jurídica, a la persona jurídica le será impuesta una multa de veinte a mil salarios base, sin perjuicio e independientemente de las responsabilidades penales y civiles que sean exigibles y de la responsabilidad administrativa del funcionario, conforme a esta y otras leyes aplicables.

Si la retribución, dádiva o ventaja indebida está relacionada con un procedimiento de contratación administrativa, a la persona jurídica responsable se le aplicará la multa anterior o hasta un diez por ciento (10%) del monto de su oferta o de la adjudicación, el que resulte ser mayor; además, se le impondrá la inhabilitación a que se refiere el inciso c) del artículo 100 de la Ley N° 7494, Contratación Administrativa.

Sin perjuicio de las potestades de la Contraloría General de la República, será competente para iniciar el procedimiento administrativo e imponer las sanciones previstas en este artículo, cada ministerio o institución que forme parte de la Administración Pública, central o descentralizada, a nombre de la cual o por cuenta de la cual actúe, o a la que le preste servicios el funcionario

a quien se le haya dado, ofrecido o prometido la retribución, dádiva o ventaja indebida, de acuerdo con las reglamentaciones aplicables. En los casos a que se refiere el artículo 55 de esta Ley, será competente el Ministerio de Justicia y Paz(*), el cual contará, para esos efectos, con el asesoramiento de la Procuraduría General de la República, en lo pertinente.
(*) (Modificada su denominación por el artículo 3° de la ley N° 8771 del 14 de setiembre de 2009)

En los casos en que la institución pública competente para imponer las sanciones previstas en ese artículo ostente competencia regulatoria atribuida por ley sobre la persona jurídica responsable, podrá aplicarse la sanción indicada en los párrafos primero y segundo, o bien, según la gravedad de la falta y sin perjuicio de las demás potestades de la respectiva institución, cualquiera de las siguientes sanciones:

a) Clausura de la empresa, las sucursales, los locales o el establecimiento con carácter temporal, por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
b) Suspensión de las actividades de la empresa hasta por el plazo máximo de cinco años.
c) Cancelación de la concesión o el permiso de operación de la empresa.
d) Pérdida de los beneficios fiscales o las exoneraciones otorgados a la empresa.

Para la imposición de las sanciones previstas en este artículo, deberá seguirse el procedimiento ordinario previsto en la Ley General de la Administración Pública y respetarse el debido proceso. En cuanto a la prescripción, se aplicará lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428.

La resolución final que se dicte deberá declarar la responsabilidad correspondiente y el monto pecuniario. La certificación de la resolución firme será título ejecutivo contra el responsable.
Si se presentan causas de abstención o recusación respecto de algún funcionario que deba intervenir o resolver en un procedimiento basado en este artículo, se aplicarán las reglas pertinentes de la Ley General de la Administración Pública.

Las auditorías internas de las instituciones públicas velarán por que se establezcan procedimientos adecuados para el efectivo cumplimiento de las disposiciones de este artículo, sin perjuicio de las potestades de la Contraloría General de la República.

(Así adicionado por el artículo 2° inciso b) de la Ley N° 8630 del 17 de enero de 2008)

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

- En cuanto al enriquecimiento ilícito consultar el artículo 353 del Código Procesal Penal.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Responsabilidad penal en el manejo de fondos públicos por parte de directivos de una organización privada.

(…) Asimismo, siempre dentro del tema de las responsabilidades, no está de más señalar que dentro del capítulo V de la Ley Nº 8422 correspondiente al ámbito penal (artículos 45 y siguientes) se prevé toda una serie 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 2º, en cuanto a personeros o directivos de organizaciones privadas que reciban fondos públicos (…).
(Oficio N° 5909 (DJ-1334-2005) del 23 de mayo de 2005)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

No todos los supuestos de enriquecimiento sin causa configuran el delito.

(…) Ahora bien, a pesar de que nuestra jurisprudencia administrativa ha sentado que en la especie podría existir un enriquecimiento sin causa, dicha afirmación no significa en todos los casos que con este actuar se esté violentando la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, ni mucho menos que se haya cometido uno de los delitos que dicha ley establece, según la duda externada por la Auditoría Interna. Reiteramos que la ausencia de una justificación jurídica para que el trabajador conserve los dineros pagados por concepto de cesantía únicamente lo obliga a devolver el dinero que recibió, al reingresar al servicio

del Estado. Debemos recordar que la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito tiene por finalidad *"prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública"* (artículo 1), por lo que únicamente podrá considerarse que un funcionario ha cometido una infracción a dicha ley cuando la negativa a devolver los dineros, en ejercicio de sus funciones, violente alguno de los deberes incluidos dentro de dicho cuerpo normativo, o su accionar se enmarque dentro de alguno de los tipos penales que dicha ley contiene, determinación que por razones obvias excede los alcances de esta consulta (…).
(Dictamen N° C-323-2007 del 14 de setiembre de 2007)

RESOLUCIONES JUDICIALES

Aplicación de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

(…) No es sino a partir de la entrada en vigencia del Artículo 45 de la Ley8422 del 6 de octubre del 2004, vigente a partir del 29 de ese mes, en que se tipifica nuevamente el acrecimiento del patrimonio en el ejercicio del cargo, lo que no es aplicable a los hechos acusados por tratarse de una norma de fondo vigente con posterioridad a aquellos, al tenor del Artículo 11 del Código Penal. Siendo así, el tipo penal por el que se acusa el Enriquecimiento Ilícito está derogado y por ello corresponde anular el fallo condenatorio y absolver de toda pena y responsabilidad (…).
(Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 2550 de las 13:00 del 21 de diciembre de 2012)

Recibo de dádivas por parte de funcionarios públicos.

(…) Dicho imputado como funcionario público faltó a su deber de probidad, en la función pública, al haber recibido una dádiva en el ejercicio de su cargo y no como pretendió justificar en su defensa material, de que había recibido el dinero, por cuanto no se le pagaba la dedicación exclusiva, obviando que lo que impera como funcionario público es el cumplimiento de su deberes (…).
(Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 416-2010)

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.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Configuración del Delito de Falsedad en la Declaración Jurada de Bienes.

(…) Derivado de lo anterior se desvirtúa la explicación que el imputado da en el debate, porque de la simple lectura del formulario de las declaraciones juradas de la Contraloría General de la República, se desprende que las casillas que se deben llenar, no sólo son claras, sino que de manera expresa hay un ítem exclusivo para los pasivos, sin que permite inducir en error al declarante al momento de llenar el formulario, de tal forma que la simple indicación de la existencia de una variación en un bien inmueble que ya no le pertenece y sin explicar en qué consiste esa variación, nunca puede justificar la omisión de exponer la existencia de pasivos o bien que la propiedad que declara como suya no lo era en dos de las declaraciones que así lo hizo (…).
(Sala Tercera. Sentencia N° 877 de las 10:00 horas del 22 de julio de 2011)

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.

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.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Aplicación de la norma y su relación con el deber de probidad.

(…) Téngase en cuenta que el legislador sanciona con prisión de uno a ocho años de cárcel al funcionario público que participe con su voto favorable en acuerdos que otorguen en forma directa beneficios para sí mismo –artículo 48 de la Ley No.8422 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública- y el deber de probidad regulado en el numeral tercero de esa misma ley obliga a todo funcionario público a demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley, motivo por el cual si la junta directiva de ese Instituto pretende en ejercicio de la potestad reglamentaria incluir una o más normas habilitantes sobre esta materia alimentaria, el contenido y alcances de las mismas no deben contrariar los principios y criterios señalados supra, que son los que en definitiva garantizan un buen uso de los recursos públicos, unos controles internos estrictos, una efectiva fiscalización posterior y una rendición de cuentas satisfactoria (…).
(Oficio N° 6964 (DJ-0504-2013) del 10 de julio de 2013)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Mediante una actuación violatoria del deber de abstención se podrían incluso incurrir en un delito de legislación o administración en provecho propio.

(…) Finalmente, y en orden al campo penal, se plantea en la consulta la posibilidad de que el supuesto planteado pueda ser sancionado a partir de la aplicación del artículo 48 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, (…). La aplicación de este numeral a la hipótesis analizada -es decir, el supuesto de que un regidor participe en la

discusión y votación de asuntos donde tiene un interés directo- podría resultar una posibilidad factible (…).
(Dictamen N° C-368-2007 del 11 de octubre de 2007)

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.

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.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Configuración del delito de falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados.

(…) Sobre este particular debe tomarse en cuenta que el artículo 50 de la Ley 8422, Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, regula: *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…'.* El Ministerio Público acusó al señor M., porque afirmó, falsamente, que recibía los chalecos correspondientes a la licitación del 2005, porque correspondían con los que habían sido objeto de contratación en la licitación de ese año, a sabiendas de que eso no era cierto. Es decir, que recibió unos chalecos, indicando que correspondían a los que habían sido objeto de adjudicación, a sabiendas de que lo anterior no era cierto, con lo cual habría incurrido en el ilícito acusado. En relación con esa imputación, el Tribunal absolvió, por certeza, al imputado M., bajo el argumento de que no era una persona que tuviera conocimientos especiales en esta materia, es decir, no era un perito y que no tuvo una participación activa en ambas licitaciones, ni fue quien escogió dichos chalecos, o bien que no se logró establecer algún vínculo entre M. y los representantes de la empresa, quienes ganaron la licitación y entregaron bienes que no correspondían a los contratados. Como bien lo señalan los representantes del Ministerio Público, el tema en cuestión no era si el acusado había participado activamente en el proceso de contratación de los chalecos, sino que, en forma

dolosa afirmó, falsamente, que los chalecos que recibía correspondieran a los que habían sido objeto de licitación. Tampoco era esencial determinar si había relación de alguna índole entre ese acusado y los representantes de la Sociedad Anónima, pues en ningún momento se le imputó un hecho en tal sentido (…).
(Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 1042 de las 11:40 horas del 21 de mayo de 2013).

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.

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, prevaliéndose 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.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Tipificación del delito de tráfico de influencias.

(…) Como se desprende de la norma transcrita, la intención del legislador es castigar a quien influya en un servidor público para que: *"haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones,"* de forma tal que genere un beneficio económico para sí o un tercero. Como acertadamente lo señala la representante del Ministerio Público la conducta penalizada es aquella que provoque un resultado concreto, así como que la misma sea capaz de influir a un funcionario para que tome un acto administrativo determinado. Como se deduce, el trámite de nombramientos, según lo establece las normas atinentes del Estatuto de Servicio Civil y demás normativa que la complementa, es un proceso algo complejo que se divide en diferentes etapas: a) ofertas de servicio, b) orden de prelación según condiciones establecidas legalmente, c) calificación de atestados, d) ingreso a la nómina de elegibilidad, entre otros. Es decir, para ocupar un puesto en el sector educación no sólo se requiere llenar una oferta de trabajo sino que deben superarse una serie de etapas de previo a ingresar a la lista de elegibles y optar de acuerdo a un orden preestablecido por una plaza en forma interina o en propiedad. Por lo tanto, la recomendación que pudiera extender la denunciada, no abona en nada el proceso al que deben sujetarse las personas interesadas para

acceder a un puesto en el sector educación. En este sentido, no se cumplen los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal de Tráfico de influencia, razón por la cual los hechos denunciados no son típicos de la delincuencia acusada (…).
(Sala Tercera. Sentencia N° 05 de las 8:57 horas del 14 de enero de 2011)

Concepto de tráfico de influencias.

(…) El artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública contiene la conducta que el legislador ha tipificado como constitutiva del delito de tráfico de influencias. La disposición de comentario está dirigida a sancionar a toda persona que, por sí misma o utilizando un intermediario, se valga de su cargo o de cualquier situación personal o jerárquica suya respecto de un funcionario público, influya sobre este último. Como se ve, el núcleo de la acción es el influir sobre un servidor público. A su vez, el verbo influir, cuando se refiere a personas, significa 'ejercer predominio, o fuerza moral' (Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22a edición). Entonces, el tráfico de influencias supone que el sujeto activo ejerce sobre el pasivo un dominio o una fuerza suficientes para imponerse sobre él. En otras palabras, el influido se ve determinado por el influyente. Además, la preponderancia del sujeto activo sobre el pasivo requiere de una situación de jerarquía o personal entre ambos, de forma que el funcionario público destinatario de la influencia se vea comprometido a cumplir la voluntad de quien influye. Adviértase entonces que autor del delito puede ser tanto quien desempeña un cargo público como alguien ajeno a la función pública. Esto porque en el primer párrafo del artículo 52 mencionado, luego de donde se lee '...prevaliéndose de su cargo...', se lee una 'o', lo cual significa que aparte de la utilización del puesto, además hay otros supuestos en que se tipifica la influencia, como lo pueden ser ligámenes afectivos (familiares, de amistad íntima, de pareja, entre otros) o de otra índole (negocios o intereses comunes, por ejemplo) que conlleven la sumisión del servidor público destinatario del ejercicio de predominio ante quien practica esa fuerza. Finalmente, debe tenerse siempre presente que para la configuración de este ilícito, se influye al funcionario, con el fin de que genere beneficios económicos o ventajas indebidas, ya sea para quien influye o para un tercero. Así, todo ese ejercicio de poder ya descrito requiere de una finalidad específica, cual es la de que el sujeto activo obtenga, para sí o para alguien más, alguna situación beneficiosa que no es debida, es decir, que el ordenamiento jurídico no reconoce a favor de quien la obtiene. Y ese favorecimiento indebido abarca cualquier tipo de ventaja, incluidos los beneficios económicos. Claro está que se trata de asuntos que estén al alcance del funcionario público influido y enmarcados en el ámbito de sus atribuciones (…).
(Sala Tercera. Resolución N° 60-b de las 9:30 horas del 30 de enero de 2009)

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.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL

Nombramiento en otro puesto.

(…) Así las cosas, eventualmente el funcionario podría incurrir en el citado delito en caso de que se configuren todos los elementos que componen el tipo penal en relación con la empresa

privada que haya sido contratada por la Municipalidad y en la cual aquel acepte empleo remunerado (…).
(Dictamen C-078-2008 de 14 de marzo de 2008)

RESOLUCIONES JUDICIALES

Conformidad de la norma con el bloque de constitucionalidad.

(…) Los accionantes dicen que este numeral pretende sancionar como delictiva una conducta que en modo alguno conlleva la afectación a la moral, orden público, buenas costumbres o terceros. Señalan que dicho artículo no indica si el proceso de contratación se realizó en contravención o no del ordenamiento jurídico aplicable; además, tampoco indica la norma si el funcionario objeto de la sanción realizó una conducta irregular o indebida en el cumplimiento de sus deberes, es decir, no sanciona la conducta ilícita de un funcionario público, por el contrario, lo que pretende es sancionar que el funcionario sea contratado laboralmente por una empresa que a su vez contrató con la entidad pública en que laboraba el funcionario. Al respecto, debe señalarse que el numeral citado penaliza al funcionario público que, sin guardar el plazo de espera de un año a la celebración de un contrato administrativo en la entidad que prestó sus servicios, acepte empleo remunerado o participe en el capital social con la persona física o jurídica favorecida, si tuvo participación en algunas 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. No resulta ético ni conveniente que quien ha participado en todos los actos descritos en el tipo penal, una vez que deja la entidad donde prestó sus servicios pase a formar parte de la empresa, ya sea por empleo remunerado o participación en el capital social con la persona física o jurídica que se ha visto beneficiada con un contrato con la Administración. El ejercicio de la función pública debe estar signado por la transparencia y la lealtad del obrar de sus empleados en el manejo de los procedimientos de actuación y decisión. Ello ha sido explicitado en la Convención Interamericana contra la Corrupción, que nuestro país suscribió, el día 29 de marzo de 1996, la cual como se ha indicado, tiene como fin principal, prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, considerando que es propio de la democracia representativa, combatir por cualquier medio posible este tipo de actuaciones. Para tal efecto, el Estado costarricense se comprometió a utilizar los instrumentos legales necesarios para aplicar dentro de su ordenamiento los principios y disposiciones consagrados en ella y lograr una mayor transparencia en el funcionamiento de sus entidades. Así, nos obligamos a considerar la tipificación, entre otras conductas, de: a. El aprovechamiento indebido, en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada; b. El uso o aprovechamiento indebido, en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en las que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada. Este Tribunal estima que el numeral en cuestión no vulnera el derecho de la Constitución, pues se trata de un instrumento idóneo y necesario para cumplir con en el fin de la ley que es prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública (artículo 1) pues sólo así se podrá tutelar el bien jurídico de una correcta Administración Pública. De manera que el argumento de los recurrentes de que la norma no afecta la moral, el orden público, las buenas costumbres o a terceros, ni tampoco indica si el funcionario realizó una conducta indebida en el cumplimiento de sus deberes, no es cierto, ya que la corrección y la vigencia de las normas éticas como pauta de conducta publica, impone los límites de la moral pública. La misma impera desde la etapa precontractual y de celebración y perfeccionamiento del contrato hasta el control de su desarrollo, estipulando la conducta debida por los protagonistas estatales. En conclusión,

el numeral indicado no se confronta con el texto constitucional, en los términos reclamados por los recurrentes. La naturaleza y entidad de la pena guarda proporción con el bien jurídico tutelado por el tipo penal, que en este caso se refiere a una medida que asegura la lealtad y fidelidad del funcionario mientras ejerce su función, especialmente frente a particulares con los que se ha celebrado un contrato o acto jurídico que compromete bienes o fondos públicos. No se trata de un tipo penal que carezca de un bien jurídico que pueda lesionarse o ponerse en peligro, conforme lo exponen los recurrentes (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 7689 de las 14:52 horas del 7 de mayo de 2008)

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.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Apropiación de bienes y recibo de dádivas.

(…) En segundo lugar, el cuadro fáctico tampoco se enmarca dentro de los supuestos del ordinal 54 de la Ley Nº 8422, denominada *"Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función Pública"*, en donde se tiene previsto la apropiación de bienes que fueron obsequiados al Estado, así reza: *"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."*. Tómese en cuenta que, de la totalidad de las pruebas no se desprende ningún indicio que haga presumir que ambas funcionarias hayan recibido dádivas para su beneficio o el de un tercero, ni mucho menos se corrobora que obligaran o indujeran a los propietarios del medio de transporte aéreo para que les otorguen o prometan alguna ventaja patrimonial, en razón de sus cargos públicos (…).
(Sala Tercera. Sentencia N° 1497 de las 8:56 horas del 18 de octubre de 2013)

Artículo 55.- Soborno transnacional.

Será sancionado con prisión de dos a ocho años, quien ofrezca u otorgue a un funcionario de otro Estado, cualquiera que sea el nivel de gobierno o entidad o empresa pública en que se desempeñe, o de un organismo o entidad internacional, directa o indirectamente, cualquier dádiva, retribución o ventaja indebida, ya sea para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario, utilizando su cargo, realice, retarde 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 solicite, acepte o reciba la dádiva, retribución o ventaja mencionadas.
(Así reformado por el artículo 2° inciso c) de la Ley N° 8630 del 17 de enero de 2008)

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

Reconocimiento ilegal.

(…) Incluso conviene recordar que el otorgamiento de beneficios laborales a los empleados de la Caja con infracción al ordenamiento jurídico aplicable, puede generar no sólo responsabilidad administrativa o civil, sino incluso penal (art. 56 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública) del funcionario que otorga esos beneficios, así como en todos aquellos otros funcionarios que participen en la emisión y ejecución de los mismos. Por lo expuesto, es claro que las autoridades competentes de la Caja deben valorar adecuadamente la posibilidad de incoar oficiosamente los procedimientos administrativos ordinarios que correspondan a efecto de sentar las responsabilidades personales subsecuentes (…).
(Dictamen C-118-2011 del 31 de mayo de 2011)

Legitimidad de la actividad administrativa.

(…) Recuérdese que conforme al principio de juridicidad administrativa, complementado con la exigencia de eficiencia, obliga a que toda actividad administrativa que se requiera en ejercicio de atribuciones públicas, para que sea legítima y jurídicamente admisible, además de coincidir con la Constitución, deberá ser eficaz para alcanzar los objetivos que le hayan sido fijados por el ordenamiento, redundándose así positivamente en la obtención del bienestar general; máxime que en nuestro medio se prohíbe y sanciona penalmente el reconocimiento de beneficios laborales patrimoniales derivados de la relación de servicio, con infracción del ordenamiento jurídico aplicable (art. 56 de la Ley Nº 8422).
(Dictamen C-168-2012 del 2 de julio de 2012)

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.

RESOLUCIONES JUDICIALES

La norma no vulnera los principios de legalidad, tipicidad penal y seguridad jurídica.

(…) esta Sala estima que el artículo 57 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito no infringe los principios de legalidad, tipicidad penal y seguridad jurídica, con fundamento en las razones que a continuación se exponen. Al respecto, la norma cuestionada se ubica en el capítulo V Delitos de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, la cual fue emitida por la Asamblea Legislativa y publicada en el diario oficial La Gaceta No. 212 el 29 de octubre de dos mil cuatro. Afirma la autoridad que plantea la consulta que cualquier conducta desplegada por funcionarios públicos o sujetos equiparados, entre ellas faltas meramente administrativas, encuadrarían en el tipo penal bajo análisis. Esta afirmación no se ajusta al contenido mismo del tipo penal porque se trata de los asuntos en los que deba intervenir el sujeto activo por razón de su cargo, en los que ejecuta las siguientes acciones: Influir, dirigir o condicionar, de cualquier forma, o desplegar cualquier maniobra o artificio que lesione los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública o al interés público. La norma objetada por el juez consultante, define bien los actos en los que un funcionario, en el ejercicio de su cargo, ocasione un perjuicio a la Hacienda Pública. No se trata de cualquier acción, sino que se determina el contenido y característica de las acciones del sujeto activo y además, tales actos deben ocasionar perjuicio al patrimonio público. La descripción que contiene el tipo penal sí define claramente los límites

precisos dentro de los que debe actuar el juzgador, sin dejar una imprecisión que propicie un ejercicio abusivo del poder punitivo, como lo asume la autoridad judicial que plantea la consulta. Conforme a la definición del tipo penal no es cierto que el ilícito penal reprime todo tipo de actos, desde la más leve hasta la más grave, pero los elementos del tipo penal, según se expuso, señala claramente los actos que ocasiona un perjuicio a la hacienda pública (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 827 de las 14:30 horas del 25 de enero de 2012)

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.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Conformidad de la norma con el bloque de constitucionalidad.

(...) Esta Sala en su jurisprudencia ha señalado en forma reiterada que para que una figura penal cumpla con el requisito de tipicidad a fin de no contrariar lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política debe como mínimo, identificar el sujeto activo, la conducta que se considera delictiva y la sanción que se aplicará al infractor. Hay casos en que no todos los elementos del tipo se encuentran en la misma norma, que es lo que en doctrina se conoce como 'Leyes penales en blanco' , que ocurre cuando se recurre a otra norma de igual, superior o inferior rango, para lograr el tipo totalmente integrado (véase entre muchas y en el mismo sentido la sentencia número 3465-93 de las 15:00 horas del 20 de julio de 1993). En este caso, la remisión al artículo 5o de la Ley de Enriquecimiento Ilícito que contiene el artículo 58 de la ley recién citada, no constituye una lesión al principio de tipicidad, pues la remisión del tipo penal se refiere a otra norma del mismo rango. Respecto del contenido del artículo 5°, no se da una imprecisión esencial, como lo aseveran los recurrentes, pues se comprende muy bien que el núcleo del ilícito se refiere a la utilización ritual de una norma jurídica que no satisface el interés público, sino que propicia la satisfacción de intereses privados o espurios. Se trata de una modalidad de fraude o de prevaricato, en el que el sujeto activo al amparo de una norma de derecho público, en lugar de proteger la finalidad pública de las instituciones, satisface intereses particulares muy concretos. Si un acto o decisión se ejecuta desconociendo el interés público, tal actuación es fraudulenta, pues ignora la finalidad que debe orientar la función estatal. La finalidad pública la reconoce el artículo diez de la LGAP, que establece que: 1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular. 2. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las normas conexas y la naturaleza y el valor de la conducta y hechos a que se refiere. Esta referencia normativa demuestra que la realización del fin público es una obligación que impone, específicamente, el ordenamiento jurídico. La acción que tipifica el artículo quinto y cincuenta y ocho de la ley contra la corrupción, criminaliza los actos que privatizan, impropiamente, a la administración pública. Se reprime al funcionario público y al particular que mediante la aplicación formal de una disposición de derecho público, persiga, impropiamente, satisfacer intereses particulares, ignorando los fines públicos que rigen los actos y decisiones de las instituciones estatales. El tipo penal que se objeta contiene sus elementos básicos, es decir, el sujeto, la conducta, la sanción ; no se trata de una descripción ininteligible. La norma no contraviene el principio de tipicidad como argumentan los accionantes, sino que más bien se encuentra acorde con el bloque de constitucionalidad y los precedentes de esta Sala. A mayor abundamiento, en el precedente supra mencionado se dijo: 'En el citado artículo 45 se encuentra claramente definido el sujeto activo y las acciones que se tipifican como punibles, y respecto a lo que interesa en esta acción, en la frase <<a quien no enterare a la Caja el monto de la cuota obrera establecida en el artículo

30 de esta ley (…). Por otra parte, este tipo hace una doble remisión a normas legales de igual rango, para imponer la sanción remite al artículo 216 del Código Penal, es decir, el monto de la pena a imponer por este delito es el que indica el Código Penal para el delito de estafa y por otra parte, en cuanto a la cuota no enterada o retenida remite a otra norma legal de igual rango, que es el artículo 30 de la misma Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social. En este caso, nos encontramos frente a un caso de ley penal en blanco, que si bien puede conllevar alguna dificultad de interpretación, no presenta ningún roce de constitucionalidad (...).
(Sala Constitucional. Resolución N° 7689 de las 14:52 horas del 7 de mayo de 2008)

Elementos del delito de fraude de ley.

(…) no se está en presencia de los elementos típicos de los delitos de: a) coacción, ya que en el memorando no se advierte amenaza alguna, ni sus destinatarios compelieron a nadie mediante amenazas o violencia, a hacer o tolerar algo a lo que no estaban obligados; b) tráfico de influencias ni influencia en contra de la Hacienda Pública, al no adecuarse a ninguno de los supuestos objeto de tutela; c) fraude de Ley en la función administrativa, en la medida que el documento: "…no refleja el ejercicio de la función pública per se, ni es muestra del encubrimiento de una actuación a través de una norma (…).
(Sala Tercera. Sentencia 51-2010 de las 10:05 horas del 3 de febrero de 2010)

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.

Artículo 61-Consecuencias civiles del enriquecimiento ilícito.

La condena judicial firme por el delito de enriquecimiento ilícito producirá la pérdida, en 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 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.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Realización de comisos.

(…) Corresponde ordenar el comiso por disponerlo así la ley, en concreto los artículos 103 inciso 3) y 110 del Código Penal, así como el numeral 61 de la Ley N° 8422 (Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública). Analizada la conducta del coimputado, quedó debidamente acreditado que las maniobras fraudulentas realizadas por él y por el otro coimputado configuraron el delito de enriquecimiento ilícito, pues acrecentaron el patrimonio del imputado como funcionario público, disfrutando del usufructo de la finca que había perdido judicialmente por no poder hacer frente a la obligación crediticia, logrando recuperarla al poner en marcha el plan delictivo desarrollado por ambos (…).
(Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José. Sentencia N°337-2014 de las 9:05 horas del 21 de agosto de 2014)

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.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Plazo de prescripción especial.

(…) Lo anterior implica que en la materia regulada en dicha ley no opera el rebajo del plazo de prescripción que estipula el artículo 33 del Código Procesal Penal. El delito de Abuso de Autoridad se ubica dentro de los Delitos contra los deberes de la función pública (artículo 331 del Código Penal). Consecuentemente, en estos ilícitos rige una regla especial para el cómputo del plazo de prescripción (…).
(Tribunal de Casación Penal. Resolución N° 105 de las 14:55 horas del 2 de febrero de 2007)

Prescripción de la responsabilidad penal.

(…) En este caso el reparo es que el artículo introduce una flagrante violación al principio de igualdad y al debido proceso al crear una regla particular para funcionarios públicos en materia de prescripción de la acción penal, con lo cual discrimina arbitraria e injustificadamente a los eventuales funcionarios investigados. El artículo 6 in fine del Código Procesal Penal garantiza el principio de igualdad procesal dentro de toda investigación de esta naturaleza, además se define la regla general para todos los delitos previstos en el ordenamiento jurídico en materia de prescripción. La regla de la reducción a la mitad de los plazos de la prescripción del Código Procesal Penal se aplica para ilícitos muy graves, pero la normativa en cuestión, la regla de la reducción a la mitad de los plazos de la prescripción no se aplica, lo que crea una desigualdad entre imputados y torna la normativa en carente de razonabilidad. Una vez analizada la norma en cuestión, debe establecerse si el principio de igualdad, receptado en

el artículo 33 de la Constitución Política, obliga a tener un solo procedimiento en cuanto a la prescripción penal en todos los delitos del ordenamiento jurídico. La conclusión es que no, pues el principio de igualdad acepta el trato desigual, para situaciones desiguales, siempre y cuando este no sea irrazonable o desproporcionado. El artículo 62 establece una diferenciación que no es irrazonable o desproporcionada, pues siendo el ilícito de corrupción un delito que se ejecuta, desde el poder que ostenta el funcionario público, tal condición le permite controlar y neutralizar la posible investigación, de manera que la especificidad de algunas causales de prescripción frente a otros infractores no resulta contraria a aquellos postulados. La ejecución de los actos de abuso de poder desde posiciones de poder es una condición que no poseen todos los infractores, los funcionarios públicos no obran manejando cosa propia o haciendo uso de un derecho propio, sino por mandato y en representación del pueblo, cuerpo político en quien reside la soberanía, por esa razón se justifica la variación de las causales de prescripción, caso contrario se podría convertir en fuente de impunidad (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 1011 de las 14:30 horas del 23 de enero de 2013)

Prescripción de la acción penal.

(…) En igual sentido es menester analizar el artículo 62 inciso a) de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en cuanto a la prescripción de la responsabilidad penal la cual señala: "Una vez interrumpida la prescripción, los plazos fijados en el artículo 31 del Código Procesal Penal volverán a correr por un nuevo periodo, *sin reducción alguna*." En el folio 233 del tomo primero, se encuentra la declaración indagatoria del imputado Campos Salas, realizada en la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos Tributarios del Ministerio Público a las nueve horas y treinta minutos del veinticinco de mayo de dos mil seis. En el folio 241 de este mismo tomo, se encuentra la declaración indagatoria del imputado Herrera Quesada, de las ocho horas y cincuenta minutos del treinta de mayo de dos mil seis. Por otra parte, el artículo 33 del Código Procesal Penal, en cuanto a la interrupción de los plazos de prescripción como causas interruptoras establece en el inciso a) la comparecencia a rendir declaración indagatoria y en inciso c) la resolución que convoca por primera vez a la audiencia preliminar, siendo que en el folio 2942 del tomo VII se realiza por primera vez el señalamiento de audiencia preliminar, al ser las siete horas treinta y minutos del treinta de junio del año dos mil ocho. Ahora bien, realizando el estudio del expediente desde la primera causa interruptora de la prescripción de la acción penal (declaración indagatoria) y la segunda causa (señala por primera vez a la audiencia preliminar) ha transcurrido un plazo mayor a los DOS AÑOS, por lo que conforme al artículo 30 inciso e) de la normativa procesal citada, procede a declarar la extinción de la acción penal por el delito de Malversación y declarar a favor de los imputados Campos Salas y Herrera Quesada una sentencia absolutoria (…).
(Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 391 de las 10:00 horas del 21 de octubre de 2010)

Prescripción Penal y los delitos funcionales.

(…) si bien la Ley Nº 8422 introduce un delito de Receptación especial en su artículo 47, los hechos acá juzgados datan de fecha anterior a la promulgación de la citada ley, por lo que también en aplicación de los principios legalidad y de irretroactividad de la ley penal (sin que corresponda la vigencia del principio de norma más favorable) el tipo penal aplicable es el antes enunciado y no el descrito en la señalada Ley Nº 8422. Por ende, y en virtud de que los delitos de Receptación (artículo 323 del Código Penal) y de Favorecimiento real (artículo 325 del Código Penal) se encuentran comprendidos en el Título XIV: "Delitos contra la Administración de Justicia", y no dentro del Título XV: "Delitos contra los Deberes de la Función Pública" del Código Penal, en cuanto a ellos no resulta aplicable la Ley Nº 8422 que deja sin efecto la reducción del plazo de prescripción; es decir, el plazo de 18 meses (reducido a la mitad) es el que debe computarse para determinar la prescripción de la acción penal conforme lo establece la legislación procesal penal (…).
(Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José. Resolución N° 167 de las 15:00 horas del 27 de abril de 2011)

Conformidad de la norma con el bloque de constitucionalidad.

(…) En este caso el reparo es que el artículo introduce una flagrante violación al principio de igualdad y al debido proceso al crear una regla particular para funcionarios públicos en materia de prescripción de la acción penal, con lo cual discrimina arbitraria e injustificadamente a los eventuales funcionarios investigados. El artículo 6 in fine del Código Procesal Penal garantiza el principio de igualdad procesal dentro de toda investigación de esta naturaleza, además se define la regla general para todos los delitos previstos en el ordenamiento jurídico en materia de prescripción. La regla de la reducción a la mitad de los plazos de la prescripción del Código Procesal Penal se aplica para ilícitos muy graves, pero la normativa en cuestión, la regla de la reducción a la mitad de los plazos de la prescripción no se aplica, lo que crea una desigualdad entre imputados y torna la normativa en carente de razonabilidad. Una vez analizada la norma en cuestión, debe establecerse si el principio de igualdad, receptado en el artículo 33 de la Constitución Política, obliga a tener un solo procedimiento en cuanto a la prescripción penal en todos los delitos del ordenamiento jurídico. La conclusión es que no, pues el principio de igualdad acepta el trato desigual, para situaciones desiguales, siempre y cuando este no sea irrazonable o desproporcionado. El artículo 62 establece una diferenciación que no es irrazonable o desproporcionada, pues siendo el ilícito de corrupción un delito que se ejecuta, desde el poder que ostenta el funcionario público, tal condición le permite controlar y neutralizar la posible investigación, de manera que la especificidad de algunas causales de prescripción frente a otros infractores no resulta contraria a aquellos postulados. La ejecución de los actos de abuso de poder desde posiciones de poder es una condición que no poseen todos los infractores, los funcionarios públicos no obran manejando cosa propia o haciendo uso de un derecho propio, sino por mandato y en representación del pueblo, cuerpo político en quien reside la soberanía, por esa razón se justifica la variación de las causales de prescripción, caso contrario se podría convertir en fuente de impunidad (…).
(Sala Constitucional. Resolución N° 7689 de las 14:52 horas del 7 de mayo de 2008)

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".

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".

"**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".

"**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.

Refórmanse los artículos 22, 23, 24 y 25 de la Ley de la Contratación Administrativa, Nº 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.

"**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".

"**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.

Artículo 67.-Adición a la Ley Orgánica del Banco Central.

Adiciónase al artículo 132 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, Nº 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".
[...]

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 omita 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.

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 Nº 6872.

Derógase la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, Nº 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.

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.

Rige a partir de su publicación.

Dado en la Presidencia de la República. -San José, a los seis días del mes de octubre del dos mil cuatro.

Contraloría General de la República

Sabana Sur, Mata Redonda
Apartado Postal 1179-1000
San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2501-8000 / Fax: (506) 2501-8100
correo: contraloria.general@cgr.go.cr
http://www.cgr.go.cr/

Elaborado en la Contraloría General de la República,
todos los derechos reservados. Setiembre 2015.
Versión del documento digital.

Publicaciones cgr

Publicaciones
cgr