

# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

### INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

#### TEMA: ENTES PÚBLICOS NO ESTATALES

**INTRODUCCIÓN:** A lo largo del presente informe, se incorpora una extensa recopilación jurisprudencial administrativa, principalmente de la Procuraduría General de la República, relativa a los entes públicos no estatales. Se aborda la naturaleza y régimen jurídico por el cual se rigen este tipo de organizaciones, así como las especificidades propias del régimen al que se encuentran adscritas. Asimismo, se aborda el tema de los controles ejercidos por la Contraloría General de la República, así como las relaciones laborales existentes entre los empleados de colegios profesionales y sus respectivos patrones.

### Índice de contenido

1. Jurisprudencia.....	2
a. Régimen jurídico aplicable a los entes públicos no estatales y concepto de servicio al costo.....	2
b. Aplicación de la Ley de Administración Financiera a los entes públicos no estatales.....	15
c. Naturaleza Jurídica de PROCOMER y la relación de empleo existente con sus trabajadores.....	18
d. Competencia de ejercicio facultativo de la Contraloría General de la República sobre los entes públicos no estatales.	22
e. Delegación de competencias de la Administración Pública Central a un ente público no estatal.....	25
f. Relación entre el Colegio de Abogados y el Fiscal, y entre el Colegio y los instructores de la Fiscalía.....	30

Centro de Información Jurídica en Línea  
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

g. Aplicabilidad de la Ley No. 8422, Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública a los miembros de la Junta Directiva y Comisiones de Trabajo del Colegio de Contadores Privados.....36

**DESARROLLO:**

**1. Jurisprudencia**

**a. Régimen jurídico aplicable a los entes públicos no estatales y concepto de servicio al costo**

[PROCURADURÍA GENERAL]<sup>1</sup>

"Sobre el primer aspecto, en la opinión jurídica O.J.-113-99 de 29 de setiembre de 1999, expresamos lo siguiente:

"La Procuraduría General de la República, en diversos dictámenes y opiniones jurídicas, ha definido, con base en la ley, la jurisprudencia y la doctrina lo que es un ente público no estatal. En efecto, en el dictamen C 253-87 del 17 de diciembre de 1987 indicamos:

'Se reconoce doctrinalmente el concepto de institución pública no estatal como aquella que, si bien se rige por el Derecho Público, no pertenece al encuadramiento estatal. Así: 'Si bien es frecuente en el lenguaje común (incluso en muchos autores contemporáneos) hablar indistintamente de 'entes públicos' y 'entes estatales' como sinónimos, tales conceptos no son intercambiables entre sí. El mérito de haber señalado la diferencia pertenece a SAYAGUEZ LASO, quien expresa

'La doctrina clásica sostenía que las personas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Ello llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras, toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado, no podría ser pública. En definitiva, público y estatal venía a ser la misma cosa 'El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas indudablemente por el derecho público...'. '...personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sean porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público'. (GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho

# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

Administrativo, Tomo I, Ediciones Machi, Buenos Aires, 1977, pág. XI-8)'.

Queda claro de lo expuesto, que una institución puede estar regida por normativa de Derecho Público, y por ende ser considerada de carácter público, sin que ello conlleve la necesaria conclusión de que está adscrita al Estado'

Por su parte, en el dictamen No. C-127-97 de 11 de julio de 1997, refiriéndonos a los Colegios Profesionales, entes que, dada su naturaleza, se ubican en los no estatales, expresamos lo siguiente:

'A la luz de la anterior normativa, resulta claro que el Colegio de Médicos y Cirujanos, al igual que los demás colegios profesionales, constituye una persona de Derecho Público de carácter no estatal, en virtud de las funciones que se le han encomendado.

Bajo la denominación de 'entes públicos no estatales' se reconoce la existencia de una serie de entidades, normalmente de naturaleza corporativa o profesional, a las cuales si bien no se les enmarca dentro del Estado, se les reconoce la titularidad de una función administrativa, y se les sujeta -total o parcialmente- a un régimen publicístico en razón de la naturaleza de tal función.

En relación con el carácter público de esta figura jurídica, la Procuraduría ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse indicando que la '... razón por la cual los llamados «entes públicos no estatales» adquieren particular relevancia para el Derecho Público reside en que, técnicamente, ejercen función administrativa. En ese sentido, sus cometidos y organización son semejantes a los de los entes públicos. En otras palabras, el ente público no estatal tiene naturaleza pública en virtud de las competencias que le han sido confiadas por el ordenamiento. El ente, a pesar de que su origen puede ser privado, sus fondos privados y responder a fines de grupo o categoría, es considerado público porque es titular de potestades administrativas; sean éstas de policía disciplinarias, normativas, etc. En ejercicio de esas potestades, el ente público no estatal emite actos administrativos. Es, en esa medida, que se considera Administración Pública' (O.J.-

015-96 de 17 de abril de 1996).

En conclusión, los entes públicos no estatales son aquellos que ejercen una función administrativa, a pesar de que no pertenecen al Estado y están fuera de su órbita y, por ende, en uso de las

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

potestades públicas emiten actos administrativos, por lo que están sujetos a los principios, institutos y normas del Derecho Administrativo, en especial a los de legalidad y del control jurisdiccional de sus actuaciones."

Así las cosas, la naturaleza jurídica de ente público no estatal que se le pretende dar a la Oficina Nacional de Semillas en el proyecto de ley, es adecuada.

Sobre el alcance el régimen jurídico aplicable a los entes públicos no estatales, en esa misma opinión jurídica, señalamos lo siguiente:

"En la década de los ochenta existió una tendencia muy marcada en nuestro país en el sentido de convertir a los entes públicos en no estatal, en vez de estatal. La explicación de este fenómeno lo encontramos en el hecho de que, en esa época, los no estatales tenían un régimen jurídico atenuado.

'En Costa Rica los entes públicos no estatales tienen un régimen positivo netamente recortado contra el fondo de los entes estatales, que son la gran mayoría; este régimen se define por cuatro exenciones básicas a favor de los entes no estatales, a saber:

El ente no estatal no está sujeto a la Contraloría General de la República ni a su contralor de legalidad (pero frecuentemente la ley o la práctica administrativa exige que, al menos, se comunique a la Contraloría el Proyecto de presupuesto y éste ya aprobado, y también se le envié un informe final posterior a su ejecución;

el ente no estatal no está sujeto a la Ley de Administración Financiera de la República, ni consecuentemente, al requisito de la licitación pública para la selección de sus contratos y contratistas;

el ente público no estatal está fuera de la ley llamada 'los Presidentes Ejecutivos' de entes autónomos y semiautónomos, por lo que conserva autonomía de gobierno y administración frente a la planificación central o nacional, aún después de la reforma del Artículo 188;

En ente público no estatal está gobernado normalmente por un grupo sectorial titular de la máxima autoridad de gobierno y por una junta directiva, representativa y designada por elección en esa

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

Asamblea, sin intervención ninguna del Consejo de Gobierno ( ni al menos en lo que toca a los representantes de cada grupo de interés del sector (1)'

Esta situación tan 'ventajosa' de los no estatales generó una gran presión en la Asamblea Legislativa, para que los entes públicos que se pretendían crear, adoptaran esa naturaleza jurídica. A tal grado llegó el punto, que la Contraloría General de la República manifestó, en forma vehemente, su oposición a la creación de nuevos entes públicos no estatales (2).

Empero, la situación actual ha cambiando en forma significativa. En primer lugar, porque la Ley N° 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, Ley de Contratación Administrativa, incluye dentro de los órganos y entes que están sujetos a esta normativa, a los entes públicos no estatales (artículo 1).

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428 de 7 de setiembre de 1994, en su artículo 4, señala que el órgano contralor tiene competencia facultativa sobre los entes públicos no estatales de cualquier tipo, con lo que se zanjó las disputas que se daban en el pasado en el sentido de si la Contraloría tenía o no competencia sobre este tipo de entes.

Existen una serie de entes a los cuales, pese a que el legislador los calificó como públicos no estatales, tales como: el Banco Popular y Desarrollo Comunal (artículo 2 de la Ley N° 4351 de julio de 1969), el Banco Hipotecario de la Vivienda (artículo 4 de la Ley N° 7052 de 13 de noviembre de 1986), su naturaleza era más acorde con el de una institución pública estatal, lo que provocó que el legislador los sujetara a la potestad de dirección del Poder Ejecutivo, por lo que, en este ámbito, no se diferencian en nada de los entes públicos estatal.

En materia presupuestaria, por regla general, los presupuestos de los entes públicos no estatales no son aprobados por la Contraloría General de la República (3), salvo que exista norma legal que así lo establezca, como ocurre con el Banco Popular y Desarrollo Comuna (artículo 46 de su Ley Orgánica), con el Banco Hipotecario de la Vivienda (artículo 4 de la Ley N° 7052) y la Academia Nacional de Ciencias ( artículo 9 de la Ley N° 7544 de 21 de setiembre de 1995), aunque, en este último supuesto, la aprobación se limita, exclusivamente, aquellos gastos que se van a financiar con recursos públicos, no así los que se financian con recursos privados.

Por último, es importante indicar que a los entes públicos no

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

estatales no se les aplica la Ley de Presidencias Ejecutivas, número 5507 del 19 de abril de 1974, lo que supone una escasa injerencia del Poder Ejecutivo. Empero, en aquellos entes públicos no estatales en los cuales el órgano fundamental del Estado nombra un número importante de miembros de la Junta Directiva, la injerencia es mayor (4).

Como puede observarse, en los últimos años, se ha dado una tendencia en nuestro país de ampliar el régimen jurídico de los entes públicos estatales a los no estatales. Esta situación ha provocado que haya decaído el interés de crear éstos últimos, en aquellos supuestos, en los cuales las características del ente no compaginan con esa naturaleza. Sin embargo, gracias a los procesos de reforma del Estado, también se ha dado el fenómeno de otorgar esa naturaleza a entes de Derecho Público de base corporativo, como ocurrió con la transformación del Instituto del Café de Costa Rica y la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar, mediante Leyes N° 7736 de 19 de diciembre de 1997 y N° 7818 de 2 de setiembre de 1998 y la creación de la Corporación de Fomento Ganadero, a través de la Ley N° 7837 de 5 de mayo de 1998, lo que sí está acorde con esta figura organizativa administrativa. La única excepción a este correcto enfoque de los entes públicos no estatales, lo constituyó la creación de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica, mediante ley N° 7638 de 30 de octubre de 1996, la que en el artículo 7, le atribuye esa naturaleza jurídica."

Por su parte, en relación con la aplicación de la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Público, ley n.º 8131 de 18 de setiembre del 2001, a los entes públicos no estatales, en reciente dictamen, el C-052-2002 de 21 de febrero del 2002, expresamos lo siguiente:

"El ámbito general de la Ley de la Administración Financiera está definido en el artículo 1º de esta Ley. Dos aspectos deben ser tomados en consideración al analizar dicho artículo. En primer término, que dicha Ley es producto de la discusión a que fue sometido el proyecto en los años en que duró su tramitación ante la Asamblea Legislativa y particularmente las consultas legislativas de constitucionalidad a que fue sometido. Ello explica la redacción sui generis y la ausencia de claridad que presentan algunos de los párrafos de este artículo. En segundo término, la circunstancia de que el propio artículo enuncia que la aplicación de la ley a los distintos organismos públicos no es uniforme, ya que debe estarse no sólo a las excepciones de régimen que se establecen (por ejemplo en lo relativos al punto d), a la

# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

circunstancia de que muchas de las disposiciones regulan la administración financiera del Poder Central, sino también a que determinadas prescripciones contienen excepciones. Por ende, la ley no tiene la pretensión de establecer un régimen uniforme para todo organismo público.

Dispone el artículo de mérito:

'Ámbito de aplicación

La presente Ley regula el régimen económico-financiero de los órganos y entes administradores o custodios de los fondos públicos. Será aplicable a:

La Administración Central, constituida por el Poder Ejecutivo y sus dependencias.

Los Poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares, sin perjuicio del principio de separación de Poderes estatuido en la Constitución Política.

La Administración Descentralizada y las empresas públicas del Estado.

Las universidades estatales, las municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social, únicamente en cuanto al cumplimiento de los principios establecidos en el título II de esta Ley, en materia de responsabilidades y a proporcionar la información requerida por el Ministerio de Hacienda para sus estudios. En todo lo demás, se les exceptúa de los alcances y la aplicación de esta Ley.

También esta Ley se aplicará, en lo que concierna, a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público y las entidades privadas, en relación con los recursos de la Hacienda Pública que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria, por los órganos y entes referidos en los incisos anteriores o por los presupuestos institucionales de los bancos del Estado.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a los bancos públicos, excepto en lo correspondiente al trámite de aprobación de sus presupuestos, así como a lo ordenado en los artículos 57 y



# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

---

94 y en el título X de esta Ley.

Las normas técnicas básicas para aplicar esta Ley serán dictadas por los órganos competentes del Poder Ejecutivo, previa consulta a la Contraloría General de la República, la cual dictará las correspondientes a las universidades, municipalidades y los bancos públicos.

En cuanto al ámbito de aplicación de esta Ley, rigen las restricciones dispuestas en este artículo para el resto de las disposiciones establecidas'.

Con las excepciones previstas, el principio es que en tanto haya fondos públicos por ser administrados o custodiados la ley es eficaz y debe ser aplicada. Este elemento fundamental, fondos públicos, determina que se haya previsto la aplicación de la ley a sujetos privados en tanto dispongan o administran fondos públicos, así como a las sociedades en que los entes públicos tienen una participación minoritaria (lo que determinaría que no puedan ser consideradas técnicamente como empresas públicas). Empero, lo que interesa es la sujeción a la ley cuando se trata de entes públicos no estatales.

De la redacción de la Ley se desprende que a los entes públicos no estatales se les aplicará la ley en la medida en que estén administrando o custodiando fondos públicos. Ergo, la ley no se aplica respecto de los entes que no administren o custodien fondos públicos, pero tampoco debería aplicarse respecto a los fondos no públicos de que sea titular, administre o custodie. Simplemente, si no hay fondos públicos pareciera que no se justifica el régimen "económico-financiero" en que consiste la ley.

Lo anterior no es susceptible de provocar mayores dudas. Empero, la norma genera incertidumbre al pretender referirse al origen de los fondos de los entes no estatales. En efecto, el párrafo hace referencia a que los recursos de la Hacienda Pública y a que estos recursos hayan sido transferidos o puestos a su disposición "mediante partida o norma presupuestaria" por los órganos y entes a que se refieren los incisos a, b, c y d) o los "presupuestos institucionales de los bancos del Estado". Para conocer el alcance de la norma hay que desentrañar el contenido del término "recursos de la Hacienda Pública". Lo que obliga a remitirse a la reforma a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Pues bien, el artículo 8 de la Ley de la Contraloría General fue modificado para establecer que la Hacienda Pública está

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

constituida tanto por los fondos públicos, como por un conjunto de potestades referidas a esos fondos y el régimen jurídico que los rige (párrafo primero). Obviamente, recursos de la Hacienda Pública está referido a los fondos públicos, cuya regulación hace el artículo 9 de la Ley de la Contraloría. Empero, el párrafo segundo del artículo viene a regular lo relativo a la Hacienda Pública de los entes públicos no estatales, disponiendo:

'Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan'.

De la redacción del artículo 1º de la Ley de la Administración Financiera podría intentarse una interpretación en el sentido de que los fondos públicos de los entes no estatales son también aquellos creados por normas no presupuestarias y que no requieren una transferencia presupuestaria. Y es que la presencia de fondos públicos puede originarse no sólo en normas y partidas presupuestarias. Empero, al remitirse al criterio legal de "hacienda pública" resulta claro que los fondos a que se refiere la Ley de la Administración Financiera –y que son los que determinan la aplicación de la Ley-, son los provenientes de una transferencia presupuestaria o de una disposición presupuestaria que así lo establezca. Ergo, si hubiere fondos públicos a favor de los entes no estatales que no deban ser transferidos por normas o partidas del Presupuesto del Estado o de los presupuestos de la Administración Descentralizada, las universidades del Estado, las municipalidades y los bancos del Estado (notamos que la duda podría presentarse respecto de fondos provenientes de un banco público no estatal), estos fondos no integrarían la Hacienda Pública y, por ende, respecto de ellos no se aplicaría la Ley de la Administración Financiera.

Pero más allá de la valoración que pueda merecer la restricción legal al concepto de fondos públicos, lo cierto es que en tanto estemos en presencia de fondos provenientes de una norma o partida

# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

presupuestaria, los entes públicos no estatales estarán sujetos a la Ley de la Administración Financiera, lo que en principio permitiría considerar que resulta aplicable el capítulo referente a la Autoridad Presupuestaria. Por ello, los alcances del artículo 21 y siguientes de la Ley N. 8131 deben estar referidos a los entes no estatales que reciban fondos públicos en los términos indicados. Dispone en lo conducente dicho numeral:

### 'Autoridad Presupuestaria

Para los efectos del ordenamiento presupuestario del sector público, existirá un órgano colegiado denominado Autoridad Presupuestaria. Además de asesorar al Presidente de la República en materia de política presupuestaria, tendrá las siguientes funciones específicas:

a) Formular, para la aprobación posterior del órgano competente según el inciso b) del presente artículo, las directrices y los lineamientos generales y específicos de política presupuestaria para los órganos referidos en los incisos a), b) y c) del artículo 1, incluso lo relativo a salarios, empleo, inversión y endeudamiento. No estarán sujetos a los lineamientos de la Autoridad Presupuestaria los órganos mencionados en el inciso d) del artículo 1, además de los entes públicos, cuyos ingresos provengan, mediante una legislación especial, del aporte de los sectores productivos a los que representan.

Se exceptúa del ámbito de competencia de la Autoridad Presupuestaria las universidades estatales, las municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social; así como los entes públicos cuyos ingresos provengan del aporte de los sectores productivos a los que representan.

En el dictamen N. C-339-2001 de 10 de diciembre del año pasado, ante una consulta formulada por la Oficina Nacional de Semillas, señalamos respecto de esa frase:

'La exclusión está referida a los entes públicos representativos de sectores productivos. Con ello la ley hace referencia a los entes corporativos que constituyen, en estricto sentido, los llamados entes públicos no estatales. Dos elementos son necesarios para que se dé la exclusión. En primer término, la naturaleza del ente y luego, el modo de financiamiento. Si la corporación representativa es financiada mediante tributos o contribuciones parafiscales no podría decirse que se cumple el supuesto de excepción previsto en la ley, por lo que el ente estará sujeto a

## Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

los lineamientos de la Autoridad Presupuestaria. La ley está orientada hacia los entes representativos de intereses financiados con aportes no tributarios de los sectores que lo integran. Respecto de este segundo requisito, es de notar la correspondencia del artículo 21 con lo dispuesto en el artículo 1 en orden a los entes no estatales. Estos están sujetos a la aplicación de la ley cuando administren o dispongan de fondos públicos, naturaleza que tienen los recursos creados por ley o bien, que son transferidos del presupuesto de otro ente público.

Ahora bien, para que la Oficina de Semillas esté excluida de la sujeción a las directrices de la Autoridad Presupuestaria sería necesario que constituyera un ente representativo de sectores productivos. Empero, de las disposiciones de su ley de creación, no es posible concluir en tal condición. ..

No cabe duda de que la Oficina vende bienes y servicios a sectores productivos. Pero la relación que se establece entre los citados sectores y la Oficina es de naturaleza comercial, totalmente diferente a la relación de representación de intereses.

Cabe observar, además, que existe una profunda diferencia entre la composición de la Oficina y la propia de los entes representativos de los sectores productivos (ICAFE, Liga Agrícola de la Caña, por ejemplo). Estos últimos están organizados como corporaciones, cuyo órgano principal es una asamblea donde participan todos los sectores involucrados y que poseen capacidad de dirigir los destinos del Ente. No puede olvidarse que la corporación es un ente cuya base es asociativa; las personas que lo integran son "miembros del ente" y tienen posibilidad de manifestarse o hacerse manifestar en la asamblea y, por ende, participan en la toma de decisiones de este órgano fundamental. ...'.

Ahora bien, no todo ente no estatal es representativo de sectores productivos. En efecto, puede discutirse si los colegios profesionales son representantes de sectores productivos. Empero, de la conjunción de los artículos 1 y 21 pareciera derivarse que la no sujeción a las directrices de la Autoridad Presupuestaria está referida a los entes públicos no estatales en tanto sus ingresos provengan del aporte de los asociados, miembros de o representados por esos entes. Es decir, que la exclusión se justifica en la inexistencia de fondos públicos."

En vista de lo anterior, el marco de referencia es la ley n.º 8131, y no la ley n.º 6821 de 19 de octubre de 1982, Ley que crea la Autoridad Presupuestaria, tal y como erróneamente se consigna

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

en el artículo 5, toda vez de que esa ley está derogada. ( Véase el inciso c del numeral 127 de la ley n.º 8131).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en relación con el principio del servicio al costo, en la opinión consultiva n.º 6252-97, señaló lo siguiente:

"En efecto, lo que caracteriza el giro de las personas físicas o jurídicas que actúan con sentido comercial no es la producción de ganancias en sí mismas, sino el hecho de desplegar su actividad con el constante y deliberado propósito de generarlas (animus lucrandi), bien sea para su apropiación individual o para la distribución en forma de dividendos. Puesto que las entidades del Estado carecen del objetivo de crear lucro, es natural que el costo de los bienes o servicios que produzcan carezcan de un margen de utilidad, que es lo mismo que decir que se venden al costo (el cual, desde luego, puede incorporar -sujeto a los trámites correspondientes, por ejemplo, aprobación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos- una previsión para el financiamiento de obras y servicios, actuales o futuros). Y si de las circunstancias particulares resulta la producción de un excedente, éste tendrá que recibir el destino que legalmente esté señalado al efecto, incluyendo -en el caso de las instituciones y empresas que son aquí de interés- el pago del impuesto sobre la renta. Por ende, la Sala estima injustificada la preocupación concreta de los consultantes, aunque -por sus profundas implicaciones sobre la estructura y funcionamiento de nuestro Estado Social de Derecho- importa efectuar aquí las precisiones que siguen. En primer término, es importante distinguir entre los dos grupos de entidades contempladas en el proyecto de ley que se examina: de una parte tenemos a aquéllas cuyo giro es eminentemente comercial (bancos, Fábrica Nacional de Licores, etc.), respecto de las cuales no estima la Sala necesario efectuar mayor indicación. De otra, están las instituciones que tienen encomendada la prestación de servicios públicos que son fundamentales para la generalidad de los ciudadanos (Instituto Costarricense de Electricidad, Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, etc.). Respecto de éstas, no podría la aprobación y aplicación de una legislación como la que se pretende, derivar -por una incorrecta inteligencia del marco constitucional aplicable- en un estado de cosas que produzca que se deprima el suministro de dichos servicios a la población, congelando sus posibilidades de desarrollo futuro. En efecto, se debe tener claro que el mandato asignado a estas entidades -implícito tanto en la Constitución Política como en la ley- va más allá de llenar las necesidades inmediatas de la ciudadanía

# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

para incluir, además, la de prever los futuros requerimientos del país en cada uno de sus campos (electricidad, telefonía, agua, etc.). Por esta razón, no sólo es posible sino incluso indispensable que, en su actividad (y, consecuentemente, en sus fijaciones tarifarias), dichas instituciones contemplen la necesidad no sólo de reponer a futuro la infraestructura con que cuentan hoy sino también de hacerla crecer para acomodar no sólo el natural crecimiento de la población sino también sus justas expectativas de una cada vez mayor calidad de vida. Estima la Sala que esto está claro en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, n° 7593 de 9 de agosto de 1996, en disposiciones como las que -por su interés- se transcribe en cuanto interesan:

'Artículo 3.-

Definiciones

Para efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:

(...)

Servicio Público: el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley.

b) Servicio al costo: principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31.'

'Artículo 30.-

Cambios de tarifas

(...)

De acuerdo con las circunstancias, las fijaciones tarifarias serán de carácter ordinario o extraordinario. Serán de carácter ordinario aquellas que contemplen factores de costo e inversión, de conformidad con lo estipulado en el inciso b) del artículo 3, de esta ley.'

'Artículo 32.-

Costos sin considerar

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

No se aceptarán como costos de las empresas reguladas:

(...)

e) Las inversiones rechazadas por la Autoridad Reguladora por considerarlas excesivas para la prestación del servicio público.' (Los subrayados no son del original.)

De las disposiciones citadas se sigue con claridad que el principio de servicio al costo que gobierna las fijaciones tarifarias realizadas por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos a las entidades sujetas a su fiscalización, no sólo no excluye sino que explícitamente incorpora las necesarias previsiones para que aquéllas puedan disponer de fondos de inversión que aseguren el desarrollo adecuado de los servicios. Y dichas reservas no podrían ser estimadas como una ganancia o renta gravable para los efectos del proyecto de ley en cuestión. Estimar lo contrario lesionaría directamente el ya expresado mandato que está inserto en la Constitución. De aquí se sigue, en particular, que no podrían las autoridades tributarias cuestionar la inclusión de dichas reservas dentro de la estructura de costos deducibles para efectos de fijar el excedente gravable. Y ello es así no sólo por las razones explicadas, sino -además- porque en tal pretensión estaría implícito también un juzgamiento de los planes y proyectos de la entidad en cuestión, tal que infringiría el espacio de autonomía que también les está asignado constitucionalmente. Es justamente en este sentido que se estima necesario advertir, como se hará en la parte dispositiva, que debe entenderse inconstitucional la simple remisión que hace el proyecto de ley a la que regula el impuesto sobre la renta en lo que toca a la forma de fijar el monto gravable para las instituciones en cuestión, a menos que se entienda claramente que dentro de las exclusiones que ellas puedan efectuar por vía de gastos deducibles estén incluidas las que previamente haya señalado la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos como integradoras de la respectiva estructura de costos (incluyendo la creación de las reservas o fondos de desarrollo futuro), a tenor de lo que se dispone en los artículos 3, incisos a y b; 29 y siguientes de su Ley constitutiva."

Por otra parte, en el artículo 34 del proyecto de ley se habla de tasa, cuando en realidad es un impuesto. Sobre los diferentes tributos que existen, el Código de Normas y Procedimientos Tributarios enuncia los requisitos que debe reunir una imposición para considerarla de naturaleza tributaria, a la vez que establece las definiciones de impuestos, tasas y contribuciones especiales en los siguientes términos:

"Artículo 4º.-

Definiciones.

Son tributos las prestaciones en dinero (impuestos, tasas y contribuciones especiales), que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines.

Impuesto es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente.

Tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente; y cuyo producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye la razón de ser de la obligación. No es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicios no inherentes al Estado.

Contribución especial es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, ejercidas en forma descentralizada o no; y cuyo producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o de las actividades que constituyen la razón de ser de la obligación".

En la opinión jurídica O.J.-084-98 de 2 de octubre de 1998, establecimos las condiciones que deben darse para la existencia de una tasa. Al respecto, expresamos lo siguiente:

"De conformidad con la definición que de ese tributo hace el artículo 4º transcrito del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, la tasa tiene al menos tres características: 1) debe tener como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente; 2) el producto de la obligación no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye su razón de ser; y, por último, 3) debe tratarse de una contraprestación recibida del usuario en pago de servicios inherentes al Estado."."



**b. Aplicación de la Ley de Administración Financiera a los entes públicos no estatales**

[PROCURADURÍA GENERAL]<sup>2</sup>

"En vista de que el criterio de la Procuraduría sólo tiene interés en el tanto en que entes públicos pretendan constituir un fideicomiso, aportando bienes, este Organismo Consultivo está en el deber de señalar lo dispuesto por el artículo 14 de la nueva Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos:

"Los entes establecidos en el artículo 1 no podrán constituir fideicomisos con fondos provenientes del erario de no existir una ley especial que los autorice. Dicha ley regulará las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso. Estos entes se sujetarán a la legislación vigente en lo relativo a la contratación tanto de bienes y servicios como del recurso humano necesario para la consecución de los objetivos. Asimismo, dichos contratos de fideicomiso serán de refrendo obligado por parte de la Contraloría General de la República, la cual, para todos los efectos y en acatamiento del mandato constitucional, deberá fiscalizar el uso correcto de los dineros, aprobar los presupuestos de ingresos y egresos, así como emitir las directrices atinentes a procurar el manejo sano de ellos".

El término "entes" está mal utilizado puesto que los incisos a) y b) del artículo 1 de la Ley se refieren a órganos, pero no a entes. Lo importante es que, a partir de la vigencia de la Ley, los entes públicos carecen de libertad para constituir fideicomisos. Por ende, requieren una habilitación legal especial para tal efecto. Es interesante, además, acotar que la modificación se produce no sólo por la necesidad de ley sino también por el hecho de que el fideicomiso viene a ser asimilado a una Administración Pública para efectos de contratación de bienes y servicios. Y sin embargo, el fideicomiso es un contrato constitutivo de un patrimonio autónomo, cuyas operaciones tradicionalmente se han regido por el Derecho Comercial.

El punto es si el ICAFÉ resulta concernido por la disposición de mérito. La ley se aplica a los "entes públicos no estatales", naturaleza que tiene el ICAFÉ conforme lo dispuesto por el artículo 102 de la Ley N. 2762 de 21 de junio de 1961. Si sólo retuviésemos esa naturaleza, habría que decir que la Ley N. 8131 de 18 de setiembre último se aplica al ICAFÉ. Empero, para efectos

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

de determinar su propia aplicación, la ley retiene otros elementos referidos al origen de los recursos. En ese orden de ideas, la Ley se refiere a los recursos de la Hacienda Pública. Además, el legislador por medio de la conjunción "y" asocia la titularidad o administración de recursos de la Hacienda Pública a un origen particular de éstos: sea "que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria, por los órganos y entes referidos en los incisos anteriores o por los presupuestos institucionales de los bancos del Estado" (sic). Lo que implica que el ente debe haber recibido transferencias presupuestarias. Requisito que está más presente en el texto que reforma el artículo 8 de la Ley de la Contraloría. En efecto, la nueva redacción del artículo 8 determina que en el caso de los entes no estatales los recursos de la Hacienda Pública serán aquéllos transferidos o puestos a disposición del ente por los poderes del Estado, sus órganos, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades o los bancos del Estado. La redacción total del artículo no es muy clara y puede conducir a problemas de gestión financiera y presupuestaria, máxime en los casos en que la ley de creación de los entes no estatales permita afirmar la naturaleza pública de los recursos del ente.

Podría decirse, entonces, que dependiendo del origen de los fondos que administra o dispone un ente público no estatal, éste estará o no sujeto a lo dispuesto por la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos.

De lo anterior se desprende que en la medida en que los recursos del ICAFÉ sean producto de una partida o norma de la Ley de Presupuesto o provenientes de los presupuestos de los bancos estatales, el Instituto estará concernido por lo dispuesto en el artículo 14 antes transcrito. Ergo, requerirá de una ley que lo autorice expresamente a constituir un fideicomiso, aportando sus recursos. De no estarse en ese supuesto, sea si los ingresos no tienen el origen a que se refiere el artículo 1º, cabría afirmar que el dictamen N. C-275-001 de 4 de octubre mantiene su vigencia, salvo en cuanto al régimen aplicable al fideicomiso. En efecto, la norma es aplicable a todo tipo de fideicomiso, por lo que tanto los constituidos con anterioridad como los que se constituyan en el futuro, deberán sujetarse a las normas sobre contratación de bienes y recursos humanos.

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

Va de suyo, por demás, que la autorización legal es exigida siempre que se trate de un fideicomiso en que interviene la Administración Central o un ente estatal. Lo cual debe ser tomado en cuenta si se pretende que el Gobierno y el INFOCOOP participen en el fideicomiso para garantizar los créditos que otorgue el Sistema Bancario Nacional a los beneficiadores de café. En efecto, salvo los casos de excepción previstos en el inciso d) del artículo 1 y de los entes públicos no estatales, el principio es que la Administración Pública debe regir su actividad financiera y presupuestaria por lo dispuesto en la Ley N. 8131 de cita."

#### **c. Naturaleza Jurídica de PROCOMER y la relación de empleo existente con sus trabajadores**

[PROCURADURÍA GENERAL]<sup>3</sup>

"La Promotora de Comercio Exterior de Costa Rica, por disposición del artículo 7 de la Ley 7638 del 30 de octubre de 1996, Ley que Crea el Ministerio de Comercio Exterior y la Promotora de Comercio Exterior, es un ente público no estatal. Al respecto, establece ese artículo lo siguiente:

#### ARTÍCULO 7.- Creación

Créase la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica, cuyo acrónimo será PROCOMER, como entidad pública de carácter no estatal.

Los entes públicos no estatales han sido definidos como organismos de base corporativa, creados por convenio o por disposición legal, que agrupan intereses privados que resultan relevantes para el Estado (Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Editorial Stradtman, Tomo I, 2002, pag 392.) En términos generales, estos entes se financian por el aporte de sus afiliados o miembros, ya sea a través de contribuciones parafiscales o aportes directos de aquellos, y en menor medida, por el aporte estatal. Por otra parte, el régimen jurídico de estos entes es predominantemente privado, siendo que el sometimiento de los entes públicos no estatales al bloque de legalidad administrativo está restringido al ejercicio de las potestades de imperio que ejerce el ente por delegación legal, por lo que técnicamente estos entes no pertenecen al Estado, sino que ejercen excepcionalmente función administrativa. Al respecto, se ha indicado:

"Bajo la denominación "ente público no estatal" se reconoce la existencia de una serie de entidades, normalmente de naturaleza corporativa o profesional, a las cuales si bien no se les enmarca dentro del Estado, se les reconoce la titularidad de una función administrativa, y se les sujeta -total o parcialmente- a un

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

régimen publicístico en razón de la naturaleza de tal función. En otras palabras, el ente público no estatal tiene naturaleza pública en virtud de las competencias que le han sido confiadas por el ordenamiento jurídico. El ejemplo típico, lo constituyen los Colegios Profesionales.

Así, a pesar de que el origen del ente público no estatal puede ser privado, sus fondos privados y responder a fines de grupo o categoría, es considerado público porque es titular de potestades administrativas; sean éstas de policía, disciplinarias, normativas, etc. En ejercicio de esas potestades, el ente público no estatal emite actos administrativos y es, en esa medida, que se le considera parte de la Administración Pública...

Ahora bien, como parte integrante de la Administración Pública, a los entes públicos no estatales les resultan aplicables la normativa de Derecho Público, en particular la administrativa y sus principios, con todas las consecuencias jurídicas que ello trae consigo, como por ejemplo, el sometimiento al principio de legalidad y el control de legalidad contencioso-administrativo.

No obstante, como bien lo ha señalado la Sala Constitucional, las referidas corporaciones o entes públicos no estatales "[...] participan de la naturaleza de la Administración Pública, pero sólo en cuanto ejercen funciones administrativas [...]."

(Sentencia n.º 5483-95, de las 9:33 horas del 5 de octubre de 1995). Por ello, únicamente en tal ámbito estarían sujetas a los indicados bloque y principio de legalidad; fuera del mismo, actúan sin estar revestidas de potestades de imperio, vinculándose con otros sujetos sobre la base del principio de autonomía de la voluntad y dando lugar a relaciones disciplinadas por el Derecho Privado.

La Procuraduría General de la República, en diversos pronunciamientos (dictámenes y opiniones jurídicas), ha tenido oportunidad de definir qué debe entenderse por un ente público no estatal. Por ejemplo, en la O.J.-015-96, del 17 de abril de 1996, en lo que interesa, se afirma:

"La distinción de los entes públicos en estatales o no estatales tiene su origen en la doctrina sudamericana, particularmente en Sayagués Laso. Este autor, a partir de la observación de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que reconoce la titularidad de una función administrativa en entes privados (arrets Monpeurt, Bouguen, Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables, Magnier, entre otros) normalmente de naturaleza corporativa o profesional, concluye que existen entes públicos que no se enmarcan en el Estado, por lo que

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

considera que no integran la Administración Pública, pero que están sujetos, total o parcialmente, a un régimen publicístico en razón de las funciones que desempeñan:

«Pero además de esas entidades existen otras personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante, dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público [...]» E, SAYAGUES LASO: Tratado de Derecho Administrativo, I, Montevideo, Martin Bianchi Altuna, 1953, p. 175. " (C-070-2007 del 5 de marzo del 2007, lo resaltado en negrita no es del original.)

Aplicando los conceptos anteriores a la Promotora de Comercio Exterior, vemos que a pesar de que la ley le otorga una naturaleza jurídica de ente público no estatal, las notas que caracterizan a este tipo de entes no se presentan tan claras en PROCOMER.

En primer término, debemos apuntar que el ente público no estatal no presenta una base corporativa [1]. En efecto, de conformidad con lo establecido en su ley de creación, la Promotora de Comercio Exterior no está conformada por un grupo asociado que defienda un interés gremial o comercial afín. Ello se desprende claramente del artículo 10 de la Ley 7638, en el tanto señala que la Promotora está dirigida por una Junta Directiva integrada por miembros del Poder Ejecutivo y del sector privado, pero que no ostentan la condición de asociados sino de directivos de la entidad y que son nombrados por el Consejo de Gobierno y no mediante una asamblea general de socios.

Por otra parte, de las funciones asignadas a la Promotora de Comercio Exterior en el artículo 8 de su ley de creación [2], se desprende fácilmente que dichas funciones revisten un eminente carácter público: desarrolla fines públicos del Estado que se encuentran enmarcados dentro de los postulados del Estado Social de Derecho (artículo 50 de la Constitución Política). Por lo tanto, los fines u objetivos del ente público no estatal no sólo resultan relevantes para el Estado, sino que además son coincidentes con los fines públicos que debe desarrollar.

Por último, la forma de financiamiento de la entidad tampoco resulta típica de este tipo de corporaciones. En efecto, como señalamos líneas atrás, el financiamiento de estas corporaciones se realiza a través de contribuciones parafiscales o contribuciones directas de sus asociados, y sus fondos, por lo general, son privados o mayoritariamente privados. En el caso de PROCOMER, al no existir agremiados, esta característica también se

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

encuentra ausente [3] y los fondos que administra son públicos, tal y como lo ha señalado esta Procuraduría General de la República en el dictamen C-047-2001 del 21 de febrero del 2001.

Las características anteriores deben ser consideradas al determinar el régimen de empleo que rige en la Promotora de Comercio Exterior. Como regla de principio, hemos señalado que a partir de su naturaleza, los entes públicos no estatales no forman parte de la Administración Pública, salvo en aquellos aspectos en los que desarrollan las potestades públicas que les han sido delegadas [4], Bajo esta inteligencia, el régimen jurídico es mixto, ya que son regulados por el derecho privado en la mayoría de las actividades que desarrollan y excepcionalmente se encuentran vinculados al derecho público, pero únicamente cuando ejerzan las potestades públicas que le han sido asignadas por ley, por lo que hemos concluido que el régimen que regula las relaciones de trabajo en estos entes es de derecho privado, en el tanto el ámbito laboral escapa a las prerrogativas y potestades administrativas otorgadas por la legislación a la corporación.

La conclusión anterior resulta de aplicación también a PROCOMER de conformidad con lo señalado por el inciso e) del artículo 11 de la Ley 7638, que indica expresamente que "El nombramiento, remoción y el régimen de empleo de la Promotora se regirán por las disposiciones del Código de Trabajo". Al respecto, este Órgano Técnico Consultivo ha señalado que:

"Por disposición expresa de los numerales 11 inciso e) y 12 incisos a) y g) de la Ley No 7638 de 30 de octubre de 1996 (Ley de Creación del Ministerio de Comercio Exterior y de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica), publicada en La Gaceta No 218 de 13 de noviembre de 1996, la relación de empleo existente entre el personal de la Promotora y ésta, no reviste carácter público ni estatutario, sino meramente privado. Como tal, el régimen de la Promotora se rige expresamente por las disposiciones del Código de Trabajo, así como por el reglamento interior de trabajo que conforme a dicho Código elabore la Junta Directiva de ese ente, con el objeto de precisar las condiciones y a que deben ajustarse el patrono y trabajadores en la ejecución y prestación del trabajo." (Pronunciamento C-203-97 del 21 de octubre de 1997)

No obstante lo expuesto, debemos hacer algunas aclaraciones en orden al régimen privado al que se encuentran sujetos sus empleados, ya que, por las peculiaridades presentadas por la Promotora de Comercio Exterior, aquel régimen cede ante principios del Derecho Público que resultan aplicables.

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

Así, hemos señalado que el derecho público resulta aplicable a las relaciones de empleo de los puestos gerenciales de las corporaciones, en atención a que son estos trabajadores los que dictan actos administrativos en ejercicio de las potestades públicas delegadas al ente. Para el caso de PROCOMER, esta conclusión debe extenderse a todos aquellos empleados que realicen las funciones administrativas delegadas, y que como vimos, no se encuentran tan reducidas como en la mayoría de los entes públicos no estatales.

Bajo esta misma línea de pensamiento, en el tanto sean públicos los fondos que administra el ente, los principios generales del Derecho Público - sobre todo en lo atiente a la debida fiscalización que sobre dichos fondos debe efectuarse - les resultan de aplicación a los trabajadores que tengan por función la custodia o administración de dichos fondos.

A partir de lo expuesto, debemos señala que el régimen de empleo en la Promotora de Comercio Exterior es privado, pero sujeto a los principios de derecho público en aquellas materias que desarrollan las potestades administrativas delegadas y en lo atiente al régimen de fiscalización de los fondos públicos.

Por último, debemos indicar que los trabajadores de la Promotora de Comercio Exterior tampoco pueden ser considerados como trabajadores del Estado, en razón de que el ente para el cual desempeñan su actividad laboral, por disposición expresa de la Ley 7638, es de carácter no estatal, y por lo tanto no se enmarcan dentro de la definición que de aquellos trabajadores realiza el artículo 585 del Código de Trabajo. Señala el artículo en comentario lo siguiente:

"Trabajador del Estado o de sus Instituciones, es toda persona que preste a aquél o a éstas un servicio material; intelectual o de ambos géneros, en virtud del nombramiento que le fuere expedido por autoridad o funcionario competente, o por el hecho de figurar en las listas de presupuestos o en los pagos por planillas. Cualquiera de estas últimas circunstancias sustituye, para todos los efectos legales, al contrato escrito de trabajo."

Evidentemente, al asignarle el legislador una naturaleza no estatal al ente para el cual laboran, los trabajadores de PROCOMER no pueden considerarse como empleados estatales."

**d. Competencia de ejercicio facultativo de la Contraloría General de la República sobre los entes públicos no estatales**

[PROCURADURÍA GENERAL]<sup>4</sup>

"La Ley de Control Interno tiene como objeto consolidar el concepto de sistema de control interno que estableció la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, precisando en mejor manera los elementos integrantes del sistema, sus objetivos y funciones. La Ley pretende reforzar la responsabilidad de los órganos de control interno (administración activa y auditorías internas) en esta función. El control interno no depende de un órgano específico, la auditoría, sino de toda la organización y fundamentalmente de la jerarquía del ente. La administración activa se convierte, así, en un elemento esencial para el establecimiento del sistema de control interno y para su funcionamiento efectivo y eficiente, todo con el objeto de proteger los fondos públicos y garantizar la eficacia y eficiencia del aparato administrativo. Objetivos que no corresponden a una Administración Pública en concreto, sino que deberían ser propios de toda organización administrativa.

Ahora bien, el sistema de control interno que regula la ley es aquél de los "entes y órganos sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República", según se desprende del artículo 1ª de la Ley, a cuyo tenor:

"Contenido y ámbito de aplicación. Esta Ley establece los criterios mínimos que deberán observar la Contraloría General de la República y los entes u órganos sujetos a su fiscalización, en el establecimiento, funcionamiento, mantenimiento, perfeccionamiento y evaluación de sus sistemas de control interno".

Son estos entes los obligados, conforme el artículo 7, a disponer de un sistema de control interno, que resulte integrado y congruente con sus competencias y proporcione seguridad en el cumplimiento de éstas.

Cobra, entonces, particular importancia la determinación de cuáles son los entes sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, aspecto que no encuentra respuesta en la Ley de Control Interno, sino en la propia Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Los artículos 4 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República regulan su competencia. En ese sentido, se dispone que

"ARTICULO 4.- AMBITO DE SU COMPETENCIA



## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública.

La Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre:

a) Los entes públicos no estatales de cualquier tipo.

(...).

Se entenderá por sujetos pasivos los que están sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de acuerdo con este artículo.

(...)"

El artículo 8 dispone sobre la Hacienda Pública:

"Artículo 8.- Hacienda Pública

La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan.

El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior."

En la medida en que un ente integre la Hacienda Pública, en los términos del artículo 8 de la Ley, puede entenderse que está

sujeto a la competencia de la Contraloría General de la República y que, por ende, para todo efecto, se trata de un sujeto pasivo. Esa sujeción determinará la aplicación de la nueva Ley de Control Interno. Empero, al emitir la Ley Orgánica de la Contraloría General se diferenciaron entre los entes estatales y los no estatales para efectos de la fiscalización de los fondos públicos. Los entes públicos no estatales forman parte de la Hacienda Pública en la medida en que administren fondos públicos. Para lo cual se considera que estos fondos son los administrados, por cualquier título y han "sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado...". A contrario, no se consideran los fondos producto del aporte de los colegiados. No obstante, que se delimita en esos términos el concepto de pertenencia a la Hacienda Pública y, por ende, sobre qué podría ejercer control la Contraloría, lo cierto es que el ejercicio de la competencia del Órgano Contralor sobre los entes no estatales es facultativo. En consecuencia, la Contraloría la ejerce si lo considera conveniente y necesario. En caso de no estimarlo así, esos fondos no serán fiscalizados.

Puesto que la Ley de Control Interno se aplica a los entes sujetos a la fiscalización de la Contraloría General, se sigue que, en principio, el Colegio es susceptible de aplicación de la Ley. Empero, esa aplicación no es automática como puede suceder con otros entes públicos, ya que está determinada por la decisión de la Contraloría General de ejercer sus competencias fiscalizadoras sobre dicho Colegio. De allí que, en el fondo, la aplicación de la Ley dependerá del criterio y decisión del Órgano Contralor."

**e. Delegación de competencias de la Administración Pública Central a un ente público no estatal**

[PROCURADURÍA GENERAL]<sup>5</sup>

"El estudio de este aspecto, nos obliga a referirnos, aunque en forma breve, a la figura de los entes públicos no estatales. En la opinión jurídica O.J.-113-99 de 29 de setiembre de 1999, expresamos lo siguiente:

"La Procuraduría General de la República, en diversos dictámenes y opiniones jurídicas, ha definido, con base en la ley, la jurisprudencia y la doctrina lo que es un ente público no estatal. En efecto, en el dictamen C 253-87 del 17 de diciembre de 1987 indicamos:

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

'Se reconoce doctrinalmente el concepto de institución pública no estatal como aquella que, si bien se rige por el Derecho Público, no pertenece al encuadramiento estatal. Así: 'Si bien es frecuente en el lenguaje común (incluso en muchos autores contemporáneos) hablar indistintamente de 'entes públicos' y 'entes estatales' como sinónimos, tales conceptos no son intercambiables entre sí. El mérito de haber señalado la diferencia pertenece a SAYAGUEZ LASO, quien expresa

'La doctrina clásica sostenía que las personas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Ello llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras, toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado, no podría ser pública. En definitiva, público y estatal venía a ser la misma cosa 'El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas indudablemente por el derecho público...'. '...personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público'. (GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Ediciones Machi, Buenos Aires, 1977, pág. XI-8)'

Queda claro de lo expuesto, que una institución puede estar regida por normativa de Derecho Público, y por ende ser considerada de carácter público, sin que ello conlleve la necesaria conclusión de que está adscrita al Estado'

Por su parte, en el dictamen No. C-127-97 de 11 de julio de 1997, refiriéndonos a los Colegios Profesionales, entes que, dada su naturaleza, se ubican en los no estatales, expresamos lo siguiente:

'A la luz de la anterior normativa, resulta claro que el Colegio de Médicos y Cirujanos, al igual que los demás colegios profesionales, constituye una persona de Derecho Público de carácter no estatal, en virtud de las funciones que se le han encomendado.

Bajo la denominación de 'entes públicos no estatales' se reconoce la existencia de una serie de entidades, normalmente de naturaleza corporativa o profesional, a las cuales si bien no se les enmarca

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

dentro del Estado, se les reconoce la titularidad de una función administrativa, y se les sujeta -total o parcialmente- a un régimen publicístico en razón de la naturaleza de tal función.

En relación con el carácter público de esta figura jurídica, la Procuraduría ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse indicando que la '... razón por la cual los llamados «entes públicos no estatales» adquieren particular relevancia para el Derecho Público reside en que, técnicamente, ejercen función administrativa. En ese sentido, sus cometidos y organización son semejantes a los de los entes públicos. En otras palabras, el ente público no estatal tiene naturaleza pública en virtud de las competencias que le han sido confiadas por el ordenamiento. El ente, a pesar de que su origen puede ser privado, sus fondos privados y responder a fines de grupo o categoría, es considerado público porque es titular de potestades administrativas; sean éstas de policía disciplinarias, normativas, etc. En ejercicio de esas potestades, el ente público no estatal emite actos administrativos. Es, en esa medida, que se considera Administración Pública' (O.J.-015-96 de 17 de abril de 1996).

En conclusión, los entes públicos no estatales son aquellos que ejercen una función administrativa, a pesar de que no pertenecen al Estado y están fuera de su órbita y, por ende, en uso de las potestades públicas emiten actos administrativos, por lo que están sujetos a los principios, institutos y normas del Derecho Administrativo, en especial a los de legalidad y del control jurisdiccional de sus actuaciones." ( Las negritas no están en el original).

Más adelante, en esa misma Opinión Jurídica, reiteramos lo siguiente:

"Ese carácter de ente público -aunque no estatal-, determina que estas corporaciones se consideren parte de la Administración Pública y que, en principio, les sean aplicables la normativa de Derecho Público, en particular la administrativa y sus principios, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva (art. 1º y 3º de la Ley General de la Administración Pública).

Sin embargo, debe quedar claro que las referidas corporaciones '...participan de la naturaleza de la Administración Pública, pero sólo en cuanto ejercen funciones administrativas ...' (voto N° 5483-95 de la Sala Constitucional). Por ello, únicamente en tal ámbito estarían sujetas los indicados bloque y principio de legalidad; fuera del mismo, actúan sin estar revestidas de potestades de imperio, vinculándose con otros sujetos sobre la base del principio de autonomía de la voluntad y dando lugar a relaciones regentadas por el Derecho Privado (sobre esto último

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

puede consultarse la sentencia N° 493-93, de la misma Sala)."

(Las negritas no están en el original).

En el caso que nos ocupa, la Corporación Arrocera participa de la naturaleza jurídica de un ente público no estatal, lo que le permite ejercer potestades de imperio, necesarias para cumplir, en forma oportuna y eficaz, los fines que le impone el legislador. En pocas palabras, es una entidad que ejerce función administrativa y, por ende, está sujeta a los principios e institutos del Derecho Público.

Ahora bien, revisando el artículo 46 ( que regula los derechos de los consumidores y usuarios) y el numeral 140 constitucional ( que norma las atribuciones del Poder Ejecutivo), no encontramos ningún precepto que le otorgue a la Administración Pública central la exclusividad de la función administrativa de proteger y garantizar los derechos de los consumidores y usuarios. Desde esta perspectiva, el asignar esa competencia a un órgano de la Administración Pública central (Poder Ejecutivo estricto sensu o a los órganos Ministerio de Economía o Ministerio de Agricultura y Ganadería) o a un ente ya existente ( Consejo Nacional de Producción) o a uno que se pretende crear por ley para regular las actividades económicas que se desarrollan en un determinado sector de la economía ( Corporación Arrocera), es un asunto de política legislativa, que se deja a la discrecionalidad del legislador y, por ende, no entraña problemas de constitucionalidad. Y una decisión positiva en tal sentido, de acuerdo con lo expuesto supra, no parece ser irracional ni desproporcionada, parámetros que también la Sala Constitucional ha utilizado para establecer, en caso de que se lleguen a violentar estos límites, que una norma es inconstitucional. Dicho de otra forma, al no estar garantizada, en el ámbito constitucional, estas competencias a favor de un órgano de la Administración Pública central, el legislador bien puede asignárselas a un ente público no estatal. Así las cosas, el asunto que nos ocupa no involucra aspectos de constitucionalidad, sino de conveniencia o de discrecionalidad legislativas.

En conclusión, el Derecho de la Constitución no le otorga a la Administración Pública central una competencia exclusiva para la protección de los consumidores; ergo, la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de la potestad de legislar, puede asignar esta competencia a un ente público no estatal. A mayor abundamiento, debe recordarse que el propio artículo 46 in fine de nuestra Ley Fundamental, es claro en señalar que para la protección y defensa de los derechos de los consumidores, éstos pueden constituir organizaciones, que "...el Estado apoyará...". Si ello es así, como efectivamente lo es, y el propio texto constitucional sujeta a la

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

ley la regulación de esta materia, a fortiori sería constitucionalmente posible que el legislador crease un órgano público no estatal, para defender los intereses de los consumidores, máxime tratándose de la materia concerniente a un producto esencial en la dieta de todos los costarricenses, cual es el arroz.

Antes de terminar, y para dar cumplida respuesta a su atenta solicitud (en el sentido de que además de los aspectos por usted señalados se proceda al estudio del proyecto, y si es del caso "... se formule cualquier otra observación de relevancia legal o constitucional...") debemos referirnos al numeral 29 del proyecto de ley. En él se faculta a los funcionarios de la Corporación a tener acceso a la documentación de los agroindustriales y a sus inventarios físicos. Dicha disposición merece un mayor análisis, dado que puede violentar lo preceptuado por los artículos 24 y 30 de nuestra Carta Magna, en lo que hace a la regulación de los derechos de acceso a la información y el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los documentos privados.

Efectivamente, en lo concerniente a la inviolabilidad de los documentos privados (artículo 24 de la Constitución Política), según el Tribunal Constitucional, la disposición "...obedece a la necesidad de "proteger" a cualquier persona de injerencias extrañas, en el acceso a sus documentos privados y comunicaciones escritas y orales, que puedan conducir a algún tipo de responsabilidad..." . Asimismo, la Sala Constitucional ha precisado que "...una cosa es, pues, el derecho y la legitimación de un órgano del Estado para contar y tener la información necesaria proveniente de una empresa privada a los fines pertinentes, y otra muy diferente es que de ahí se derive un derecho para terceros de tener acceso a esa información..." (Voto 2351-94 de las 14:39 hrs. de 17 de mayo de 1994). Más concretamente, y en punto al proyecto de ley que tendía a la creación de la Corporación Ganadera, la Sala Constitucional expresó en orden a lo que interesa: "...En torno a la inviolabilidad de los documentos privados y las comunicaciones escritas de los habitantes de la República, principio contenido en el artículo 24 constitucional, la Sala ha dictado diversos pronunciamientos que conviene tener presentes. En las sentencias 6776-94 de las catorce horas cincuenta y siete minutos del veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro y 6497-96 de las once cuarenta y dos horas del dos de diciembre de mil novecientos noventa y seis, se examinó ampliamente esa disposición y expresó en lo interesa que no son inconstitucionales las incursiones del Estado sobre cierto tipo de documentos a partir del artículo 24, como producto de una interpretación sistemática de la Constitución en la que se

encuentran delineados los pilares fundamentales del Estado costarricense. Pero en cambio, no sería admisible otorgar esta posibilidad al fondo de la Corporación que se crea, en los términos actuales del proyecto que se consulta, pues en este caso habría un exceso a su favor que excedería la garantía contenida en el artículo 24 mencionado, pues resulta obvio que su motivación y fines no alcanzan a ser lo suficientemente relevantes para el bienestar del conglomerado social, como para justificar tales poderes de intervención en los documentos privados de los ganaderos. Sin embargo, conviene acotar que el mismo artículo 24 constitucional contiene las excepciones al principio general y remite a la ley ordinaria para regular los casos en que el Ministerio de Hacienda y la Contraloría General de la República puedan revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos. En consecuencia, la Sala entiende que la posibilidad de investigación contenida en el inciso j) del artículo 19 del proyecto de ley consultado se refiere, estrictamente, a las actuaciones de la Administración Tributaria (Ministerio de Hacienda y Contraloría General de la República), y consecuentemente, la disposición no resulta inconstitucional..." (Voto 04247-98 de 17:24 hrs. de 17 de junio de 1998). En este aspecto, la jurisprudencia de ese Alto Tribunal ha adoptado una posición garantista en orden a la protección de la intimidad, entendiendo por ésta "... el derecho del individuo a tener un sector personal, una esfera privada de su vida, inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado..." (Voto 678-91 de 14:16 hrs. de 27 de marzo de 1991. Véase también, Voto 5376-94 de 11:54 hrs. de 16 de setiembre de 1994). Y nuestra preocupación al respecto adquiere relevancia, si consideramos que sólo a través de una ley especial, aprobada por dos tercios de total de los Diputados, se puede determinar cuáles órganos de la Administración Pública - aparte del Ministerio de Hacienda y la Contraloría General de la República - pueden revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos ( artículo 24 constitucional); y teniendo el proyecto de ley una naturaleza de legislación ordinaria, abrigamos serias dudas sobre la constitucionalidad de esta norma."

**f. Relación entre el Colegio de Abogados y el Fiscal, y entre el Colegio y los instructores de la Fiscalía**

[PROCURADURÍA GENERAL]<sup>6</sup>

"A pesar de que el Colegio de Abogados de Costa Rica, como quedó expuesto, es un ente público no estatal, la naturaleza de la

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

relación que lo une a sus empleados no está regida por el Derecho Público, sino por el Derecho Laboral común.

Respecto a ese tema, en doctrina se ha indicado lo siguiente:

“El ejercicio indirecto de funciones públicas no transforma al particular en ente público, ni a sus empleados en funcionarios públicos. Se trata, simplemente, de un ejercicio privado de funciones públicas, y como privada es la persona, que las realiza, privado es también el personal que de él depende para el desarrollo de la función que tiene a su cargo; privada es la relación jurídica que une al personal y al ente, y privados han de ser también los actos del mismo respecto de ese personal.” (TOMAS HUTCHINSON. Las corporaciones profesionales, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 1982, p. 92).

Por su parte, esta Procuraduría, en su dictamen C-354-2001 del 20 de diciembre de 2001, indicó:

“(...) es claro que las corporaciones, aún cuando son calificadas de públicas, no se integran dentro del concepto de la Administración Pública, al tenor de lo que disponen los artículos 1 de la Ley General de la Administración Pública y 1, ordinal 4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; concluyéndose, sin forzamiento alguno, que el carácter de la relación de trabajo que allí se despliega es típicamente de derecho privado, sujeta a la regulación del Código de Trabajo (...)”.

Posteriormente, en nuestro dictamen C-408-2006 del 9 de octubre de 2006, indicamos, sobre el mismo tema, lo siguiente:

“...si bien el Colegio de Contadores Privados de Costa Rica es un ente público no estatal que fue creado por ley para cumplir ciertas funciones públicas (entre las cuales se encuentra la fiscalización del ejercicio de la contaduría privada, y la corrección disciplinaria de sus miembros), la relación con sus empleados se encuentra regida por el Derecho Laboral y no por el Derecho Público.

Don Eduardo Ortiz, al analizar las notas características de los entes públicos no estatales, sostuvo lo siguiente:

“[...] el personal no está sometido al régimen del funcionario público sino al de los trabajadores comunes; luego, no tiene ni las cargas de ese personal especial (régimen especial de salarios y ventajas económicas, modificabilidad del mismo por ley o a través del presupuesto general o especial de la entidad, etc.) ni tampoco los privilegios y protecciones especiales (exceso del Estatuto de Servicio Civil frente al Código de Trabajo, agravación



## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

de las penas contra los delitos en su perjuicio, etc.). Es el Código de Trabajo común el que rige la relación de servicios de dicha entidad con sus agentes". (ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Tesis de Derecho Administrativo, San José, Editorial Stradtman S.A., primera edición, 1998, Tomo I, página 365).

También esta Procuraduría, en su dictamen n.º 370-2005 del 27 de octubre del 2005, apoyándose en resoluciones tanto de la Sala Segunda como de la Sala Constitucional, ha sostenido que "... las relaciones de empleo entre los trabajadores y el colegio profesional de que se trate, son típicamente de derecho privado".

Partiendo de lo anterior, no existe duda en la actualidad en el sentido de que las relaciones entre un Colegio Profesional y sus empleados se rigen por el Derecho Laboral y no por el Derecho Público.

#### III. RESPECTO A LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN ENTRE EL COLEGIO DE ABOGADOS Y EL FISCAL DE SU JUNTA DIRECTIVA.

Se nos consulta si el Fiscal de la Junta Directiva del Colegio de Abogados está ligado a este último por un régimen "de empleo público o de empleo privado".

Antes de referirnos a ese punto concreto, conviene indicar que esta Procuraduría ha sostenido que los cargos de dirección en los entes públicos no estatales (a diferencia de lo que sucede con los empleados de esas instituciones) se encuentran sujetos al Derecho Público. Así, en nuestro dictamen C-020-2007 del 29 de enero de 2007, indicamos lo siguiente:

"...el régimen jurídico que regula las relaciones de trabajo del Instituto [se refiere al Instituto Costarricense del Café] es de derecho privado, por cuanto el ámbito laboral escapa a las prerrogativas y potestades administrativas otorgadas por la legislación a la corporación, con la excepción de los puestos gerenciales que sí se encuentran inmersos en el Derecho Público. En este punto conviene recordar que la actividad desplegada por el ente es de naturaleza privada aun y cuando se le reconozca una relevancia pública, razón por la cual podemos afirmar que en su actividad laboral los empleados del Instituto Costarricense del Café no realizan gestión pública en los términos señalados por la Sala Constitucional al analizar el régimen de empleo de los trabajadores estatales". (El subrayado, y lo escrito entre paréntesis cuadrados es nuestro).

Posteriormente, en nuestro dictamen C-087-2007 del 23 de marzo de 2007, reiteramos esa tesis al sostener lo siguiente:

"... el régimen jurídico que regula las relaciones de trabajo del

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

Instituto [se refiere al Instituto Costarricense del Café] es de derecho privado, por cuanto el ámbito laboral escapa a las prerrogativas y potestades administrativas otorgadas por la legislación a la corporación, con la excepción de los puestos gerenciales a los que sí se les debe aplicar el Derecho Público, en atención a que son estos trabajadores los que dictan actos administrativos en ejercicio de las potestades públicas delegadas al ente". (El subrayado, y lo escrito entre paréntesis cuadrados es nuestro).

Es claro que el Fiscal, como integrante de la Junta Directiva del Colegio de Abogados que es (artículo 19 de la Ley Orgánica ya citada) ejerce un cargo de dirección, por lo que, en ese ámbito, su actividad está sujeta al Derecho Público. Pero además, el ordenamiento le otorga algunas funciones específicas, como la de solicitar a la Junta Directiva aplicar la sanción de suspensión a algún colegiado (artículo 14 de la Ley Orgánica); velar por la observancia de los estatutos y reglamentos y representar judicialmente a la corporación (artículo 24 de la Ley Orgánica); instruir los procedimientos disciplinarios contra los colegiados (artículo 72 del Reglamento Interno); presentar ante la Junta Directiva un informe sobre cada procedimiento instruido (artículo 78 del Reglamento Interno); etc., funciones todas ellas que reafirman la aplicabilidad del Derecho Público al Fiscal del Colegio de Abogados.

A pesar de lo anterior, no es posible afirmar que entre el Fiscal del Colegio de Abogados y éste último haya una relación de empleo. Ni pública, ni privada. Como miembro de la Junta Directiva del Colegio, el Fiscal forma parte de uno de los órganos superiores de la Institución, lo que impide que exista la relación de subordinación o dependencia indispensable para configurar una relación de empleo; además, el acceso al cargo no se produce por simple convenio entre las partes (como ocurre generalmente en las relaciones de empleo privadas) o por algún procedimiento de idoneidad (como ocurre en las relaciones de empleo público), sino que se trata de un cargo al que se accede por elección gremial, y por un plazo determinado; adicionalmente, las funciones que debe cumplir el Fiscal no son disponibles para las partes, sino que están previstas en normas jurídicas de acatamiento obligatorio. Todo ello evidencia que la relación que se analiza no puede ser catalogada como una "relación de empleo".

En lo que se refiere a la remuneración del Fiscal, el artículo 19 de la Ley Orgánica del Colegio indica que "Los miembros de la Junta de Gobierno durarán en sus funciones dos años si se trata de los que desempeñan cargos no remunerados; y un año si se trata de

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

los que desempeñan cargos remunerados". Adicionalmente, el artículo 60 del Reglamento Interno dispone que "Es cargo remunerado solamente la Fiscalía; quien lo desempeñe devengará el sueldo mensual que señale el presupuesto de gasto del Colegio". Y finalmente, el artículo 29 del Reglamento Autónomo del Colegio dispone que " Solamente devengará remuneración el o la Fiscal, quien deberá desempeñar ese cargo con una dedicación no inferior a la media jornada laboral. El estipendio será el que acuerde la Asamblea General, en el presupuesto de gastos del Colegio".

De las normas citadas en el párrafo anterior interesa destacar dos aspectos. El primero de ellos consiste en que si bien el artículo 60 del Reglamento Interior y el 29 del Reglamento Autónomo del Colegio, hacen referencia a la remuneración del Fiscal mediante un "sueldo" y a una dedicación no inferior a la media "jornada laboral" respectivamente, la sola utilización de esos términos, propios de una relación de empleo, no es suficiente para atribuir esa naturaleza a la relación en estudio, pues como quedó dicho, existen suficientes razones de fondo para considerar que no estamos en presencia de una relación de empleo. El segundo aspecto que interesa destacar es que la remuneración del Fiscal (su monto, los rubros que la componen, etc.) es un asunto que debe ser definido por la Asamblea General del Colegio.

#### IV. RESPECTO A LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN ENTRE EL COLEGIO DE ABOGADOS Y LOS INSTRUCTORES DE LA FISCALÍA.

Los instructores de fiscalía forman parte del Departamento de Fiscalía al cual hace referencia el artículo 43 del Reglamento Autónomo del Colegio de Abogados. El texto de esa norma es el siguiente:

" Artículo 43.- Departamento de Fiscalía

El Departamento de Fiscalía depende administrativamente de la Dirección Ejecutiva y funcionalmente de la persona que ejerza como Fiscal del Colegio.

Serán funciones de este Departamento las siguientes:

- a) Colaborar con la o el Fiscal en el cumplimiento de las funciones asignadas a este Departamento.
- b) Ejecutar las investigaciones, estudios y preparar los informes que le solicite el o la Fiscal.
- c) Instaurar el Director de Procedimiento y ser garante del debido proceso, con apego al artículo 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.
- d) Custodiar los expedientes y los legajos de pruebas en el

# Centro de Información Jurídica en Línea

## Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

Departamento de Fiscalía.

e) Las demás funciones que le asigne la Junta Directiva, o el o la Fiscal General.”

El Departamento de Fiscalía y sus instructores, son colaboradores del Fiscal, pues coadyuvan realizando las operaciones técnicas y materiales necesarias para instruir los procedimientos, pero no pueden sustituirlo. Es decir, los instructores de fiscalía no participan directamente de la gestión pública pues su posición es la de colaboradores del Fiscal.

De hecho, el artículo 43 recién transcrito es claro en señalar que la relación entre el Fiscal y los miembros del Departamento de Fiscalía, es funcional. El Fiscal tiene el poder de dirigir las actuaciones de los instructores de fiscalía en todo lo que concierne directamente a los procedimientos; pero fuera de este ámbito, los instructores de fiscalía, lo mismo que el resto del personal del Departamento, dependen de la administración del Colegio de Abogados.

De conformidad con lo anterior, se impone afirmar que el Derecho Público no rige el contenido de la relación entre el Colegio de Abogados y los instructores de fiscalía, sino que esa relación -lo mismo que la del resto de los empleados del Departamento de Fiscalía y del ente en general- se encuentra sometida al Derecho Laboral común, en los términos en que se analizó en el apartado II de este dictamen. Por ende, los salarios de esos empleados deben ser fijados mediante el presupuesto institucional elaborado por la Junta Directiva y aprobado por la Junta General, siendo que la determinación de su monto, así como la aprobación de cualquier incentivo o sobresueldo corresponde a dichos órganos.

### V. SOBRE EL CARÁCTER CONSENSUAL DE LA DEDICACIÓN EXCLUSIVA.

Se nos consulta si la Junta Directiva del Colegio de Abogados tiene competencia para aprobar beneficios salariales adicionales al salario de los empleados de la Fiscalía, como una compensación por dedicación exclusiva. Igualmente, si existe algún porcentaje fijo como compensación por ese concepto o si puede fijarse discrecionalmente. Por último, si puede la Junta Directiva eliminar, o variar el porcentaje fijado.

Al respecto, debemos indicar que otorgar o no un sobresueldo por dedicación exclusiva a favor de los instructores de fiscalía es una decisión que debe ser adoptada por la Junta Directiva del Colegio y aprobada por Junta General, órganos que disfrutan de discrecionalidad en esos aspectos.

En todo caso, es oportuno tomar en consideración la naturaleza

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

contractual del instituto de la dedicación exclusiva. Al respecto, en el dictamen C-006-2007, del 15 de enero último, indicamos lo siguiente:

"...mediante el régimen de dedicación exclusiva la Administración pretende por razones de interés público contar con un personal dedicado exclusiva y permanentemente a la función estatal que lo convierta en una fuerza de trabajo idónea y más eficiente, contrata con el funcionario de nivel profesional sus servicios exclusivos, a cambio de un plus salarial. Así, el sistema le permite al servidor calcular si el beneficio del ejercicio privado de su profesión es mayor o menor que la compensación salarial que el Estado le entrega a cambio de la prestación exclusiva de sus servicios. En consecuencia, el servidor evalúa la situación y decide voluntariamente concertar con la Administración (si a su vez ésta conviene en ello) el pago del plus salarial o continuar ejerciendo libremente su profesión. Este sistema no resulta irracional, y difiere del régimen de prohibición que por impedimento legal limita al funcionario para ejercer su profesión. En este último caso el servidor no se encuentra facultado para decidir acerca de la compensación económica, porque ésta integra el salario y es inherente a la relación de servicio. La razonabilidad del régimen de dedicación exclusiva, en la forma en que lo define la norma impugnada, resulta entonces de su naturaleza contractual o convencional, que confiere al funcionario la posibilidad de solicitarla o renunciarla según su conveniencia."

A pesar de que la transcripción anterior versa sobre el instituto de la dedicación exclusiva aplicado a una relación de empleo público, no existen variantes significativas cuando se aplica a una relación de empleo privado, donde serán las partes, individualmente consideradas, quienes deben acordar la conveniencia o no de suscribir un convenio de ese tipo, su duración, y el porcentaje de compensación, entre otros extremos. Es claro que una vez suscrito un contrato de dedicación exclusiva, ninguna de las partes puede cambiar unilateralmente las condiciones que fueron pactadas."

#### **g. Aplicabilidad de la Ley No. 8422, Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública a los miembros de la Junta Directiva y Comisiones de Trabajo del Colegio de Contadores Privados**

[CONTRALORÍA GENERAL]<sup>7</sup>

"Como se puede observar, la Ley No. 8422 optó por seguir la definición amplia de *servidor público* contemplada por la propia

## Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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. De manera 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.

A este respecto, debemos hacer referencia a la naturaleza jurídica del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica, a efectos de determinar si el mismo se encuentra cubierto por dicha norma. Para ello, importa tener presente que en general los Colegios Profesionales se caracterizan por defender los intereses del gremio que representan, pero trascendiendo éstos para alcanzar la protección a su vez del interés público, a través de sus labores de fiscalización, regulación, y aplicación del régimen sancionatorio, las cuales por su naturaleza se identifican con actividades administrativas propias del Estado. De tal forma, que tanto la Procuraduría General de la República como la Sala Constitucional han venido clasificando a los Colegios Profesionales como entes públicos no estatales.

Así, por ejemplo, dicho Tribunal Constitucional en la sentencia No. 1386-90 de las 16:42 horas del 24 de octubre de 1990 señaló al respecto que:

*"...Así, a los Colegios profesionales se les asigna como norma el control objetivo de las condiciones de ingresos en la profesión y la potestad disciplinaria sobre sus miembros y no cabe duda que la encomienda de estas funciones públicas juega con frecuencia como causa determinante de la creación de Corporaciones públicas sectoriales o colegios. En realidad se trata de verdaderos agentes de la Administración (descentralización) de la que reciben, por delegación, el ejercicio de algunas funciones propias de aquélla y controladas por ella misma "*

Por su parte, la Procuraduría General en su dictamen C-091-98 del 18 de mayo de 1998 ha establecido que:

*"Conteste con el criterio de la Sala Constitucional, esta Procuraduría con anterioridad había desarrollado el tema de los colegios profesionales enmarcados dentro de la figura de*

entes públicos no estatales, que por su organización y dinámica son asimilados a las llamadas corporaciones públicas, compuestas por un grupo de sujetos afines a una profesión que ejecutan acciones en protección a los agremiados y al ejercicio de la profesión que representan, pero que también ejercen el poder disciplinario de éstos."(El subrayado no corresponde al original).

Particularmente, en lo que respecta al Colegio de Contadores Privados de Costa Rica dicho órgano superior consultivo técnico-jurídico señaló que:

"Para analizar la naturaleza jurídica del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica, es necesario hacerlo a la luz de su normativa; y es por ello que conviene rescatar lo señalado por el artículo 3 de su Ley Orgánica (Ley número 1269 del 2 de marzo de 1951 y sus reformas) y por el artículo primero de su Reglamento (Decreto Ejecutivo número 3022-E del 21 de mayo de 1973).

Artículo 3- El Colegio tiene por finalidad:

- a) Promover el desarrollo de las Ciencias Contables y proteger su ejercicio como profesión;
- b) Defender los derechos de sus integrantes y promover su mejoramiento económico; y
- c) Fomentar el acercamiento social y profesional de sus componentes y ejercer vigilancia y jurisdicción disciplinaria sobre sus miembros en relación con el ejercicio profesional.

Por su parte el artículo 1 del Reglamento mencionado supra, establece en la parte que interesa:

Artículo 1- El Colegio de Contadores Privados de Costa Rica es una corporación pública con domicilio en la ciudad capital..."

De todo lo expuesto **podemos concluir que dentro de la figura de las Corporaciones Públicas como entes públicos no estatales, que no se enmarcan dentro del aparato estatal, está inmerso el Colegio de Contadores Privados de Costa Rica, como su propia normativa lo señala, siendo que está impregnada de funciones de índole administrativas que corresponden por su naturaleza al Estado, al igual que se le**

*reconoce el ejercicio de actividades dentro de la esfera privada, lo cual implica la doble condición del Derecho Público para aquellos actos que involucren función administrativa; y Derecho Privado para el resto de su actividad. Lo anterior, dado que a la luz de la normativa que creó y reglamentó el Colegio profesional en estudio, es claro que su finalidad trasciende el mero interés privado de sus agremiados por el desarrollo y promoción de su profesión, y le han sido otorgados competencias por ley que son propias del Estado, como la de policía, en tanto el Colegio se ocupa de ejercer vigilancia y jurisdicción sobre sus miembros en relación con su ejercicio profesional.*

*En este sentido podemos concluir que si bien en general para las Instituciones Públicas enmarcadas bajo el concepto del artículo primero de la Ley General de la Administración Pública su sumisión a dicha normativa es obligatoria dado su carácter vinculante, **para los entes públicos no estatales la sujeción al Derecho Público es obligatoria, dentro del ejercicio de la función administrativa, siendo este último el caso del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica, como corporación pública.***

*Ante el arribo de esta conclusión, es necesario dejar claro que la aplicación del derecho administrativo respecto a la función administrativa de estos entes, está limitada a ese ámbito de acción, en el sentido que los principios de ese derecho y su normativa no pueden ser desplegados en otro campo de sus actividades. El deslinde de éstas es imperativo enunciarlo debido a la contraposición de principios que afectan el Derecho Público y el Derecho Privado.” (El destacado no corresponde al original).*

De todo lo anterior, se desprende con meridiana claridad que 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.

Ahora bien, en cuanto a los artículos 4 y 6 de la indicada Ley No. 8422, cabe señalar que éstos regulan respectivamente, la violación al deber de probidad y la nulidad de los actos o contratos derivados del fraude de ley, por lo que por tratarse de disposiciones específicas aplicables a todos los sujetos sometidos a dicha Ley, omitimos mayor pronunciamiento al respecto, centrando nuestra atención en las normas que concretamente vienen a regular la situación particular sobre la cual versa la consulta, es decir, el desempeñarse como miembros de la Junta Directiva o Comisiones



## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

de Trabajo del Colegio de Contadores Privados conjuntamente con otros cargos públicos, para lo cual resulta de necesario estudio lo dispuesto por el artículo 17.

Previo a ello, en lo que a los artículos 14 y 15 se refiere, debemos indicar que los mismos versan sobre el tema de la prohibición para ejercer profesiones liberales por parte de los funcionarios que ostenten alguno de los cargos públicos expresamente contemplados, a quienes les corresponde recibir una retribución económica como compensación por el establecimiento de dicha prohibición. Ahora, considerando que en el oficio no se nos brinda mayor información respecto a los puestos específicos que simultáneamente ostentan los miembros de la Junta Directiva o Comisiones de Trabajo del Colegio, no procedería analizar los alcances de dichos preceptos a la luz de la situación particular del mismo. No obstante, nos remitimos a los criterios que anteriormente ha emitido este órgano contralor, los cuales, en términos generales, resultarían aplicables a quienes se encuentren en las situaciones contempladas.

Por su parte, el artículo 16 dispone que los servidores públicos únicamente pueden percibir las retribuciones o beneficios debidamente presupuestados y contemplados en el Régimen de Derecho Público propio de su relación de servicio, por lo que queda prohibido 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 éstas, en el país o fuera de él. Nuevamente se trata de un precepto legal de carácter general aplicable a cualquier persona que ostente un cargo dentro de la función pública, incluidos los miembros de la Junta Directiva o Comisiones de Trabajo del Colegio, por lo que deberán asimismo atenerse a lo dispuesto.

Ahora bien, una vez realizadas las anteriores aclaraciones respecto a la pertinencia de las normas mencionadas a la situación particular sobre la cual versa la consulta, pasamos a pronunciarnos sobre los alcances del artículo 17 que precisamente regula el desempeño simultáneo de cargos públicos, y por otra parte, sobre lo dispuesto por el numeral 18 que regula el tema de las incompatibilidades, para finalmente analizar el tema del tráfico de influencias.

El artículo 17 Ley No. 8422, busca prohibir el desempeñar simultáneamente más de un cargo en los órganos y entidades de la Administración Pública, indicándose que la remuneración que se

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

obtenga por el ejercicio de dicho cargo debe ser de índole salarial. Es decir, ninguna persona podrá percibir más de un salario en razón del desempeño de cargos públicos.

Asimismo, la norma establece en su párrafo final la prohibición de otra conducta adicional, que se refiere a devengar dietas en virtud de la participación como miembros de juntas directivas u otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, por parte de personas que a su vez desempeñen un cargo dentro de la función pública.

De tal manera, que con dicha norma de carácter preventivo, lo que se pretende evitar es la doble remuneración por parte de la Administración Pública, entendida ésta en términos generales, remuneración tal que puede consistir en el pago de un salario o de una dieta.

Interesa aclarar, que si bien esta Contraloría General participó activamente en la redacción del proyecto de ley, en su versión original el artículo 17 no incorporaba ese último párrafo en que se amplía la prohibición a los casos de remuneración mediante dietas, pues el supuesto que contemplaba la norma, era únicamente el desempeño simultáneo de más de un cargo público remunerado salarialmente. No fue sino hasta después de aprobado el texto sustitutivo en la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos de Gobierno y Administración, y luego de los dos dictámenes afirmativos de mayoría que emitió este órgano parlamentario al Plenario, que se introdujo dicha disposición, mediante una moción que presentó el diputado Arce Salas por la vía del artículo 137, la cual, primeramente, fue desechada por la comisión y, posteriormente, gracias a una moción de revisión que él presentó junto con el diputado Pattersson Bent, fue aprobada por la comisión, en la sesión celebrada el 18 de setiembre del 2002 (véanse los folios 2178 y 2387).

Al respecto, cabe transcribir lo que a tal efecto cita la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-360-2004, del 1 de diciembre de 2004, con relación a los alcances de la indicada moción explicados por el Lic. Ronald Hidalgo Cuadra, en ese entonces funcionario de la Contraloría General de la República:

*"El párrafo que se agrega tiene la intención de comprender a los funcionarios que ejercen cargos en juntas directivas ex officio; sin embargo, la moción no dice lo que debe decir: que los funcionarios que deban ejercer estos cargos sean porque*

*el cargo que ostentan, de pleno derecho, los incorpora en una junta directiva. Es decir, el cargo del Ministro de Agricultura o de Justicia les acarrea, por ese solo hecho, ostentar un cargo en otros órganos colegiados.*

*En materia de proyecciones (Sic) e incompatibilidades, la redacción debe tener una gran claridad, porque el artículo se puede tornar excesivo y puede estar queriendo cercenar posibilidades que la intención de la moción no tiene.' (Véase el folio n.º 2599).*

Ante esta intervención, el diputado Arce Salas aclaró y adicionó lo siguiente:

*"La moción, en efecto, pretende cerrar portillos. No a ministros. No es eso. **En la Administración Pública hay una serie de órganos colegiados dentro de instituciones: ministerios y autónomas, que a veces en razón de ley y otros por actos discrecionales de los cuerpos directivos, que designan, en esas directivas, a funcionarios o personal de las mismas instituciones. Eso se da en el Registro de la Propiedad y en varias juntas directivas.***

*El principio de este proyecto de ley, que es muy sano: **evitar la doble remuneración, se está extendiendo** [debe entendiendo] **por doble remuneración, vía dietas.** Esta es una práctica mucho más extendida de lo que se puede imaginar. Con el mismo propósito se hizo la adición para que se evitara la práctica esta de gestionar u obtener permisos sin goce salarial para convertirse en consultor y asesor.*

*En torno a la verdad, les quiero decir que esto es una idea de un ministro del Gobierno, a quien le consulté este proyecto de ley y me dijo que quedaban muchos portillos. Entre ellos este, porque son muchos los órganos que a veces por ley o por reglamento o por decisión, asisten funcionarios del propio ente. ¿Por qué van? Porque tienen dominio de la materia, la conocen, tienen la experiencia y, como tal, devengan salarios. La dieta se convierte, sin duda, en una doble remuneración, que es lo que el artículo pretende.*

*Comprendo que, en efecto, podría ser más preciso; sin embargo, si leemos el párrafo completo, partimos de que el artículo 18 lo que dice es: 'El desempeño simultáneo de cargos públicos. En tal eventualidad se impide la doble remuneración...', me parece que sí es queda comprensible y de*

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

*fácil aplicación.*' (Véanse los folios 2569 y 2560)." (El destacado no corresponde al original).

Así las cosas, queda claro que la norma de comentario contempla tanto el supuesto del desempeño simultáneo de más de un cargo público remunerado salarialmente como aquél en que alguno o ambos cargos son remunerados mediante el pago de dietas.

Precisamente, dentro del supuesto establecido por el párrafo final del artículo 17 se pueden presentar diversos escenarios. Un primer caso, sería el de un servidor que en razón de ostentar un cargo público remunerado salarialmente, es designado como miembro de una junta directiva u otro órgano colegiado perteneciente a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, de forma *ex officio*, es decir que de pleno derecho una norma jurídica lo nombra como tal.

Un segundo supuesto sería el de los servidores públicos remunerados salarialmente, que por designación discrecional de los cuerpos directivos o por cualquier otro motivo, sean nombrados como miembros de una junta directiva u otro órgano colegiado pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública.

Finalmente, un tercer escenario estaría compuesto por un sujeto que sin ostentar ningún cargo público remunerado salarialmente, es miembro de más de una junta directiva u órgano colegiado pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública.

De conformidad con lo indicado líneas atrás, la norma alcanzaría todos los supuestos mencionados, siendo que en todos ellos estaría presente la doble remuneración. Por lo que, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 17 de reiterada cita, quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública, ya sea remunerado salarialmente, como en los dos primeros escenarios mencionados, o mediante el pago de dietas, como en el tercer caso indicado, no podrán devengar dieta alguna en razón de su participación en juntas directivas u otros órganos pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública.

Cabe aclarar, que en el tercer escenario existiría prohibición para recibir esa dieta adicional, en vista de que entendemos que el puesto que se desempeña en un órgano o junta directiva de órganos, entes y empresas de la Administración Pública, constituiría el *cargo dentro de la función pública* a que se

## Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

refiere el párrafo final de dicha norma.

La anterior interpretación también la ha sostenido la Procuraduría General de la República en su dictamen C-360-2004 del 1 de diciembre de 2004, que en lo que interesa señala que:

*"En vista de la amplitud y la contundencia del texto legal que estamos glosando, queda claro que los miembros de una junta directiva de una institución pública, que a su vez son miembros de juntas directivas de empresas que pertenecen a esa entidad, no pueden devengar dietas a causa de su participación en el órgano colegiado de las segundas, ya que, en este caso, estamos en presencia de una doble remuneración (primer supuesto de la norma) y ante una empresa que pertenece a la Administración Pública o, más técnicamente hablando, a un ente de la Administración Pública (segundo supuesto del precepto legal). Desde la óptica del legislador, en el caso de las empresas, basta con que a la empresa se le catalogue de pública para que se deba aplicar el párrafo final del artículo 17 de la Ley n.º 8422."*

Ahora bien, es importante tener presente que lo que la norma prohíbe en su párrafo final, es el devengar dietas cuando además se ostenta otro cargo dentro de la función pública, lo cual nos lleva a concluir que el desempeñar más de un cargo como miembro de una junta directiva u otro órgano colegiado perteneciente a un órgano, ente y empresa de la Administración Pública, no está por sí mismo prohibido a los efectos de dicho precepto.

Lo anterior cobra mayor sentido, cuando pensamos en los supuestos de ministros u otros funcionarios, que en virtud de su cargo, y por razones de idoneidad, experiencia y manejo sobre temas concretos, se les nombra de pleno derecho como miembros de juntas directivas y otros órganos colegiados en los diversos órganos, entes o empresas de la Administración Pública. Supuestos en los cuales, dichos funcionarios no podrían percibir el pago de dietas, pues se entiende que el cumplimiento de esas funciones adicionales de desempeñarse como miembros de dichos órganos colegiados o juntas que se le encomiendan mediante normas jurídicas, forman parte de sus funciones, por las cuales ya se encuentran debidamente remunerados.

Igual sucede en el caso de que cualquier funcionario remunerado salarialmente que en virtud de cualquier otra circunstancia, como podría ser por designación discrecional o por elección popular

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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.

Cabe destacar, que ante un cuestionamiento similar, gestionado ante la Procuraduría General, la misma señaló en su dictamen C-336-2004, de 17 de noviembre de 2004 que:

*"Con base en el (Sic) ordenamiento jurídico vigente no existe ningún impedimento para que un funcionario público, que a su vez es miembro de una junta directiva de entes o empresas de la Administración Pública, no devengue dieta por la función que desempeña en el colegio. Sobre el particular, conviene traer a colación lo que indicamos en el dictamen C-130-04 de 3 de mayo del 2004, en el siguiente sentido:*

*'La dieta constituye la forma de remunerar a los integrantes de un órgano colegiado por su participación en las sesiones respectivas. En algunos casos, las normas que crean el órgano indican expresamente que sus miembros percibirán dietas por las sesiones a las que asistan; en otros, disponen -también de manera expresa- **lo contrario.***

*De nuestra legislación pueden extraerse numerosos ejemplos en uno y otro sentido. Así, entre los órganos para cuyos integrantes se ha dispuesto expresamente el pago de dietas se encuentran, entre muchos otros, las Juntas Directivas de las instituciones autónomas y semiautónomas (Ley n.º 3065 de 20 de noviembre de 1962); la Junta Directiva de Correos de Costa Rica (artículo 7 de la Ley n.º 7768 de 24 de abril de 1998); el Consejo de Vialidad (artículo 12 de la Ley n.º 7798 de 30 de abril de 1998); y el Consejo Superior de Trabajo (artículo 106 de la Ley n.º 1860 de 21 de abril de 1955). Por su parte, **entre los órganos cuyos integrantes no reciben dietas por expresa disposición de la ley,** se encuentran*

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

*el Consejo Directivo del IMAS (artículo 20 de la Ley n.º 4760 de 4 de mayo de 1971); la Junta Directiva de CONAI (artículo 17 de la Ley n.º 5251 de 11 de julio de 1973); el Consejo Nacional de Bienestar Social (artículo 126 de la Ley n.º 1860 de 21 de abril de 1955); y el Consejo Nacional de Espectáculos Públicos (artículo 7 de la Ley n.º 7440 de 11 de octubre de 1994).*

*Además, utilizando como criterio la remuneración de sus miembros, existe una tercera categoría de órganos colegiados: la de aquéllos cuyas normas de creación nada dicen respecto a la posibilidad de pagar dietas..." (Las negritas no corresponden al original). "*

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.

En lo tocante al tema de las incompatibilidades regulado por el numeral 18, importa en primer término señalar, que dicha norma establece una lista taxativa de altos cargos públicos, cuyos funcionarios titulares se encuentran impedidos para a su vez ocupar cargos en juntas directivas, figurar registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas y participar en su capital accionario, personalmente o por medio de otra persona jurídica. Ahora, con respecto a dicha enumeración de cargos públicos, debe destacarse que la norma contiene ciertas imprecisiones en lo que a la categorización de puestos se refiere, pues en algunos de los casos su simple lectura hace surgir una serie de dudas que hacen que la misma no pueda ser aplicado directamente.

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

Cabe recordar que la imposición de dicho régimen de incompatibilidades afecta la esfera de los derechos subjetivos de los funcionarios sometidos a éste, por lo que debe contarse con los parámetros que permitan determinar a ciencia cierta a quiénes aplica la norma y a quiénes no, considerando para ello las particulares estructuras orgánicas de las diferentes entidades, así como la naturaleza de las funciones de cada puesto, de tal manera que se evite el aplicar dicha restricción en forma excesiva y contraria a su espíritu.

No obstante, en el caso de *"los miembros de junta directiva, (...) 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, los miembros de la Junta Directiva del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica, como ente público no estatal que es, *-recordemos el ámbito de aplicación subjetiva de dicha Ley que incluye la Administración Pública no estatal-* quedan cubiertos por la norma, bastando los términos de dicho precepto legal por sí mismos para resultar aplicables en forma inmediata.

Ahora, el estar comprendido en los alcances de dicha norma trae como consecuencia, la existencia de una incompatibilidad para ostentar dicho cargo público y:

*"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" (El subrayado no es del original).*

En cuanto a la redacción de dicho artículo, cabe hacer las siguientes precisiones con el fin de aclarar su ámbito de aplicación. En primer término, 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



## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

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 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.

Interesa considerar lo que al respecto ha señalado la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-368-2004 del 6 de diciembre de 2004, posición que coincide con lo señalado supra. Así, nos permitimos citar en lo conducente dicho dictamen:

*"...Por su parte, el numeral 18 de la Ley 8422 establece tres supuestos en los cuales un miembro de una junta directiva de un órgano, ente o empresa pública no puede ejercer en una **empresa privada** cargos en su junta directiva, ni figurar registralmente como representante y apoderado, ni participar en su capital accionario, personalmente o por medio de otra persona jurídica, cuando:*

- a.- Preste servicios a instituciones o a empresas públicas.*
- b.- Que por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con una institución o empresa pública.*
- c.- Reciban recursos económicos del Estado, en este supuesto, no tiene trascendencia si la entidad privada tiene fines de lucro o no, aunque debemos aclarar que la incompatibilidad no comprende el tener participación accionaria, como sí ocurre en el primer caso.*

*Dicho de otra forma, si una persona es miembro de una junta directiva, gerente o representante legal, o tiene participación accionaria en una **empresa privada** que **presta servicios a la institución o empresa pública, o que, por la naturaleza de la actividad comercial, compitan con ella, o recibe recursos económicos del Estado**, no puede ser miembro de la junta directiva de la institución o empresa pública. En*

este aspecto, la ley posterior es clara y precisa.

Sobre los puntos a y b debemos hacer una aclaración de rigor. Tal y como está redactado el precepto legal es incomprensible, toda vez que indica que "tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas que, por la naturaleza de la actividad comercial, compitan con ella". Decimos que es inteligible (Sic) porque es poco probable que una empresa privada preste servicios a una institución o a una empresa pública y a su vez competir con ella. Si compite con ella no le presta servicios, y si le presta servicios, lógicamente, es porque no compite con ella. Sería un caso, dentro de otros que podrían pensarse, donde una empresa es proveedora de una institución o empresa pública y a su vez compite con ella en el mercado de bienes y servicios. Con el fin de precisar cuál fue la voluntad del legislador en este asunto, nuevamente consultamos el expediente legislativo que dio origen a la Ley n°. 8422, sea el n°. 13.715.

En el nuevo dictamen afirmativo de mayoría del 29 de julio del 2002, que emitió la Comisión Permanente Ordinaria de Gobierno y Administración al Plenario, en su artículo 19 [actual artículo 18], se indicó lo siguiente:

"(...) cuando las mismas presten servicios a instituciones o empresas públicas, O que por la naturaleza de su actividad comercial compitan con ella" (véase el folio 1679).

Además, se señala en la exposición de motivos que la idea es establecer limitantes a aquellas empresas que presten servicios a instituciones o empresas públicas o bien que compitan en su actividad comercial con el Estado, es decir, cuando se trate de empresas comerciales que contraten servicios o sean competencia de entes públicos (véase el folio 1673). Incluso, si vamos un poco más atrás, a la moción que dio origen al precepto legal de comentario, el Diputado Arce Salas nos recuerda lo siguiente:

"El mayor cambio realmente está en esto, no es la sola participación en cargos directivos o el ejercicio de la representación legal de cualquier entidad privada, como lo decía el texto original, sino que se está limitando a aquellas empresas que presten servicios a instituciones o empresas públicas o bien que compitan en su actividad comercial con el Estado".

## Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

*Esta redacción se mantiene en las mociones que presentan los diputados sobre el artículo 19 por la vía del artículo 137 del Reglamento de la Asamblea Legislativa. Incluso, en la última moción que se aprueba en el Plenario, en la sesión del 18 de febrero del 2003 (moción de reiteración de varios señores diputados), se mantiene esa redacción. (Véanse los folios 2832 y 2861 y el acta nº 146 del Plenario de 18 de febrero del 2003).*

*Sin embargo, la Comisión Permanente Especial de Redacción le da la redacción actual al numeral que estamos comentando, suprimiendo la "o", y trasladando la coma entre "que" y "por", lo que hace más difícil su comprensión (véase el folio 4084)" (El destacado conjuntamente con subrayado no corresponden al original).*

De tal forma, que la incompatibilidad no aplica con relación a cualquier empresa privada, sino únicamente respecto a aquellas que ya sea, presten servicios a instituciones o a empresas públicas o que por la naturaleza de su actividad comercial compitan con una institución o empresa pública.

Por otra parte, el segundo párrafo se refiere al caso de entidades **privadas**, con o sin fines de lucro, que reciban recursos económicos del Estado.

En lo que se refiere al plazo establecido en el último párrafo del mencionado artículo 18, debemos manifestar que el mismo empieza a correr a partir de por lo menos tres diferentes momentos, según la situación particular en que se encuentre la persona afectada por dicha incompatibilidad. Veamos.

Un primer supuesto estaría conformado por aquellos cargos públicos indicados en la norma, para los cuales existe plena claridad y respecto a los cuales la disposición legal se basta por sí misma para ser aplicada de forma inmediata, en cuyo caso el plazo en mención entraría a correr desde el día siguiente a la publicación de la Ley. Cabe recordar que dicho plazo fue prorrogado, mediante Resolución de esta Contraloría General de las 15:00 horas del 10 de diciembre de 2004, venciendo el nuevo plazo el próximo 15 de febrero. Reiteramos que en la especie, dichos directivos se encuentran comprendidos dentro de este primer grupo.

Un segundo escenario, estaría conformado por los cargos públicos cuyos alcances concretos deben ser especificados por la vía

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

reglamentaria, caso en el cual el plazo comenzaría a correr a partir de la publicación del mismo.

Por último, el tercer grupo estaría constituido por aquellos funcionarios que son nombrados después de la entrada en vigencia de la mencionada Ley, en uno de los cargos públicos sobre los cuales la disposición normativa en comentario entró a regir de forma inmediata, en cuyo caso, el plazo debe empezar a contarse a partir del momento de su nombramiento. De tal forma que el plazo de los treinta días hábiles continuará resultando aplicable de forma permanente para todos los futuros casos en que alguna persona pase a ocupar uno de los cargos públicos contemplados por dicha norma, corriendo el mismo, como dijimos, a partir del respectivo nombramiento.

Así las cosas, los miembros de la Junta Directiva del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica deben ajustarse a lo establecido por el indicado artículo 18 de la Ley No. 8422, por lo que de encontrarse en alguna de las situaciones de incompatibilidad descritas por la norma en los términos que señalamos, deben proceder conforme lo indica la misma, dentro del plazo previsto incluyendo la prórroga mencionada, o en su caso, recurrir al levantamiento de incompatibilidades regulado en el numeral 19.

Por último, solicita un pronunciamiento en lo que se refiere al tráfico de influencias regulado en el numeral 52 de la Ley No. 8422, sin referirse para ello a ninguna situación particular, de forma tal que abordaremos dicho tema en términos generales.

Así, cabe señalar que al igual que la mayoría de los delitos funcionales regulados por la Ley No. 8422, el delito de tráfico de influencias tipifica conductas cuyo bien jurídico es "el deber de probidad", que también es el bien jurídico protegido en el peculado de manera primaria.

Se trata de un delito de resultado, en el tanto no basta la mera actividad del sujeto activo de influir en un servidor público sino que "debe generar directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otros". Se trata además, de un delito especial impropio, por cuanto puede ser cometido por "cualquiera", lo cual queda de manifiesto cuando vemos que el sujeto activo, puede ser un funcionario público que se prevalece de su cargo ante otro servidor público, pero también puede serlo "quien" se prevalezca "de cualquiera otra situación derivada de su situación personal...ya sea real o simulada". Esto es aplicable igualmente al último párrafo del artículo que sanciona con igual

pena a quien utilice u ofrezca la influencia. En este sentido lo que califica al delito de especial impropio, es que ante su comisión por parte de un autor con una calidad constitutiva especial, como el Presidente de la República, el Contralor o Subcontralor Generales etc., se produce una circunstancia agravante y se eleva la pena conforme al párrafo final.

El delito de tráfico de influencias es a la vez un delito intencionado porque persigue una finalidad especial cual es "generar, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos para sí o para otro".

Con relación al sujeto pasivo, evidentemente requiere una condición especial, consistente en **tener dentro de sus funciones** la emisión de resoluciones, participación en el proceso de nombramientos, adjudicaciones, concesiones, contratos o actos, con los cuales se pueda generar un beneficio o ventajas indebidos. Asimismo el que ofrezca la influencia, debe tener dentro de sus funciones la participación en esas mismas actividades, lo cual implica cierto poder de decisión.

El tipo penal del tráfico de influencias está compuesto por una serie de elementos normativos, o sea que deben ser definidos con ayuda de otras disciplinas, la mayoría dentro del campo jurídico, como lo son "servidor público", "nombramiento" "adjudicación" "concesión", "contrato" o "resolución", al igual que situación derivada de su situación "jerárquica", así como de elementos descriptivos como "omitir" "retardar", asimismo elementos como "influir" que podríamos decir que participa de ambas características, porque no basta su percepción por medio de los sentidos sino que amerita ser llenado en su contenido por el operador de derecho.

Subjetivamente el tipo penal está compuesto por el conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. Se trata de un delito doloso. Como delito de resultado, acepta la comisión por omisión, lo cual en todo caso está descrito en el tipo penal de manera expresa al señalar como parte de las acciones "retardar" u "omitir".

#### FUENTES CITADAS:

- 1 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica No. 27-2002, del dieciocho de marzo de dos mil dos.
- 2 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. 296-2001, del veintiseis de octubre de dos mil uno.
- 3 PROCURADURÍA GENERAL E LA REPÚBLICA. Dictamen No. 243-2007, del veinte de julio de dos mil siete.
- 4 PROCURADURÍA GENERAL E LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica No. 143-2002, del diez de octubre de dos mil dos.
- 5 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica No. 26-2002, del quince de marzo de dos mil dos.
- 6 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. 236-2007, del diecisiete de julio de dos mil siete.
- 7 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficio No. DAGJ-0271-2005, del dos de febrero de dos mil cinco.