

Informe de Investigación

Título: LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS

Rama del Derecho: Derecho Comercial	Descriptor: Asociaciones y cooperativas
Tipo de investigación: Normativa, Jurisprudencia.	Palabras clave: Federaciones Deportivas, Constitución, Naturaleza
Fuentes: Normativa, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 04/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Normativa.....	2
a)Crea Instituto del Deporte y Recreación (ICODER) y su Régimen Jurídico.....	2
3 Jurisprudencia.....	4
a)Concepto, naturaleza y funcionamiento de las Federaciones según la Procuraduría General de la República.....	4
Respecto a la constitución y funcionamiento de los entes asociativos de segundo grado.....	6
Principios constitucionales aplicables a la organización y funcionamiento de los entes asociativos.....	7
Sobre la forma de votación en las asambleas generales de las federaciones deportivas.....	9
b)Dictamen de la Procuraduría General de la República acerca de las asociaciones y federaciones deportivas.....	11
Carácter jurídico del instituto costarricense del deporte y la recreación:.....	14
Naturaleza jurídica de las asociaciones deportivas, y posibilidad de que los funcionarios del icoder participen como director o miembro en ellas.....	15

1 Resumen

En el presente informe se recopila la información disponible sobre el tema de las Federaciones Deportivas, de este modo principalmente en la normativa y jurisprudencia nacional, se abarcan temas relacionados a la naturaleza y funcionamiento de este tipo de entidades.



2 Normativa

a) Crea Instituto del Deporte y Recreación (ICODER) y su Régimen Jurídico

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]¹

ARTÍCULO 22.- El Comité Olímpico y las federaciones deportivas de representación nacional e internacional son las entidades responsables de vigilar, dirigir, organizar y reglamentar el deporte de alta competición,

dentro de los términos establecidos en esta ley, la Carta Olímpica Internacional y las normas emanadas de las federaciones y los organismos internacionales en los respectivos deportes.

ARTÍCULO 41.- A fin de estar legitimadas para participar en el Congreso Nacional, las asociaciones y federaciones deportivas deberán estar inscritas en el Registro Nacional, tener al día la personería

jurídica y cumplir con los requisitos establecidos en esta ley para obtener los beneficios derivados de ella.

ARTÍCULO 42.- Para los efectos de esta ley, las federaciones deportivas son consideradas de segundo grado y ostentan la representación de un deporte a nivel nacional. Deberán ceder a sus deportistas cuando

sean requeridos para integrar una selección nacional cuando esta se prepare o represente a Costa Rica en actividades oficiales.

ARTÍCULO 43.- Las asociaciones y federaciones deportivas de representación nacional deberán presentar al Instituto, a más tardar el 31 de octubre de cada año, los planes, programas y presupuestos correspondientes para el siguiente ejercicio anual, que deberán ser balanceados y financieramente viables.

ARTÍCULO 44.- Para ostentar la representación nacional, las federaciones deportivas deberán cumplir los requisitos que para tal efecto determine el reglamento de esta ley. Además, durante el ejercicio de su representación, deberán demostrar el cumplimiento de lo siguiente:

a) Fiscalizar que su disciplina deportiva se practique de conformidad con la reglamentación técnica

emitida por la Federación deportiva internacional o el Comité Olímpico Internacional, según el caso.

- b) Diseñar, elaborar y ejecutar los planes y calendarios de preparación y participación de las selecciones nacionales de su disciplina deportiva, de conformidad con la presente ley.
- c) Canalizar los recursos que el Estado destine a la promoción de su disciplina deportiva.
- d) Representar a Costa Rica en las actividades y competencias deportivas oficiales de carácter internacional, en su respectiva disciplina.
- e) Fiscalizar y organizar las competencias oficiales nacionales de carácter profesional o no profesional de su disciplina deportiva.
- f) Llevar, además de los libros dispuestos en esta ley para las asociaciones de primer grado, según el capítulo V del título III de esta ley, un libro donde consten los reglamentos y los acuerdos permanentes de la asociación.
- g) Las demás que le señalen la presente ley y los reglamentos respectivos.

Para evitar conflictos con las federaciones internacionales, el Consejo podrá revocar, en coordinación con el Comité Olímpico la representación de un deporte en el nivel nacional con representación internacional, cuando compruebe el incumplimiento de las obligaciones y funciones que esta ley le asigna.

En caso de que a una federación le sea revocada la representación de un deporte en el nivel nacional, este perderá el derecho a denominarse con cualquiera de los nombres indicados en el artículo 48 de esta ley, y deberá proceder, en el plazo que establezca el reglamento de esta ley, a su correspondiente sustitución.

ARTÍCULO 45.- Las asociaciones y federaciones recreativas tendrán como funciones:

- a) Canalizar los recursos que el Estado les asigne para la puesta en marcha de sus programas.
- b) Promover la formación de asociaciones recreativas en todo el territorio nacional.
- c) Estimular dentro de su programación el deporte para todos.
- d) Organizar y fiscalizar todas las actividades que se programen oficialmente.

ARTÍCULO 46.- Para efectos de esta ley, las federaciones deportivas y recreativas son asociaciones de utilidad pública. Por ello, cumplirán con los requisitos señalados en el artículo 59 para su acreditación.

ARTÍCULO 47.- Dentro de las organizaciones deportivas reguladas en esta ley, las federaciones deportivas de representación nacional serán las únicas que podrán denominarse con los nombres "costarricense", "de Costa Rica" y "nacional". De la aplicación de esta disposición se exceptúa al Comité Olímpico.

ARTÍCULO 48.- Cuando organicen competencias oficiales de carácter profesional, las federaciones deportivas podrán afiliar sociedades anónimas deportivas y clubes deportivos, tal como se definen en esta ley.



ARTÍCULO 49.- Las federaciones deportivas gozarán de plena autonomía en la elección de los deportistas que integren las selecciones nacionales, según lo indique la Federación Internacional respectiva. Para las actividades olímpicas, lo harán de acuerdo con la Carta Olímpica y los propios reglamentos del Comité Olímpico de Costa Rica.

3 Jurisprudencia

a) Concepto, naturaleza y funcionamiento de las Federaciones según la Procuraduría General de la República

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]²

Dictamen: C-260-2006

26 de junio de 2006

Doctor

Pedro Urefia Bonilla

Director Nacional

Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación

S. D.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, damos respuesta al oficio DN 288-04-05, del 18 de abril del 2005, suscrito por la entonces Directora Nacional del ICODER, MSc. Delia Villalobos Álvarez, mediante el cual se nos consultó lo siguiente:

“...Si la votación en la asamblea general de una liga, federación o unión es de un voto por cada una de las asociaciones que la componen o se puede votar por porcentajes como está establecido por las sociedades anónimas en el caso de las asociaciones (sic) [léase correctamente acciones]”. (Lo escrito entre paréntesis cuadrados no es del original).

Al parecer, por error, en la consulta recién transcrita se utilizó la palabra “asociaciones” debiéndose entender que la palabra que corresponde –como se indica en criterio legal que se nos remite– es “acciones”. De la lectura integral de la consulta es innegable que el último vocablo mencionado es el correcto, pues solo de esa forma encuentra sentido lo cuestionado por el ICODER.

ANTECEDENTES.

Criterio de la Asesoría Legal del consultante.

Adjunto a la gestión que nos ocupa se nos remitió el oficio PAL 0210-04-05 del 14 de abril del 2004 (sic), mediante el cual el Lic. Eduardo Alfaro Villalobos, en su condición de Coordinador del Proceso de Asesoría Legal del ICODER, externa su criterio sobre el tema que aquí interesa. En dicho oficio se arribó a la siguiente conclusión:

"La votación en la Asamblea General de una liga federación o unión en principio es de un voto para cada asociación, pero esta situación vía Estatutos de constitución puede variar en cada uno de los casos (Pacto de funcionamiento de la organización entre las partes que se unen de acuerdo a sus intereses.). En las ligas federaciones o unión la costumbre indica que la tendencia es por un voto para cada una que la conforman".

Criterio del Registro Nacional.

A efecto de brindar una respuesta más completa, solicitamos el criterio de la Dirección de Personas Jurídicas del Registro Nacional, por ser ese el órgano especializado en el trámite, reconocimiento y anulación del tipo de personas jurídicas que aquí interesan. Su Director, el Lic. Enrique Rodríguez Morera, mediante el oficio DRPJ 217-2005 del 10 de junio del 2005, señaló lo siguiente:

“ ... en virtud del Principio de Legalidad, no es posible aplicar un voto preferente a los representantes de una federación, de igual forma que las sociedades anónimas, en el caso de acciones comunes.

Lo anterior, en virtud de que prevalecen en las federaciones, ligas o uniones el Principio Constitucional de Igualdad, consagrado en el artículo 33 de nuestra Carta Magna; el cual se refleja también en la naturaleza jurídica de las mismas, en la que todas las asociaciones que forman parte de la federación, liga o unión, tienen entre sí, iguales derechos y obligaciones. Principio que inspira el espíritu del artículo 5º del Reglamento a la Ley de Asociaciones, que es Decreto No. 29496-J de 21 de mayo de 2001”.

Tomando en consideración los elementos de juicio indicados, procederemos al análisis del tema en consulta, para lo cual nos referiremos previamente a las normas que regulan la constitución y el funcionamiento de las federaciones, y a los principios constitucionales aplicables a la toma de decisiones en esos entes.



Respecto a la constitución y funcionamiento de los entes asociativos de segundo grado.

De conformidad con la doctrina, "... una federación se puede definir como la unión de entidades con personalidad jurídica que se centralizan para reconocerse y respaldar las actividades intermedias, representándolas, reconociendo su autonomía y autogestión coordinativa, respetando la personalidad jurídica preexistente." (SANCHEZ SARDO, Manuel y PODESTA PRATS, María, "Manual Teórico Práctico de Asociaciones Mutuales", Ediciones Roca, Buenos Aires, 1994).

Por su parte, los artículos 30 y 31 la Ley de Asociaciones (n.º 218 de 8 de agosto de 1939) y el 3 de su Reglamento, regulan lo relativo a la constitución de ese tipo de entes de segundo grado. Dichas normas disponen lo siguiente:

" Artículo 30.-

Pueden constituirse asociaciones formadas por la reunión de dos o más asociaciones con personería jurídica. En los casos anteriores, la nueva entidad adquirirá personería jurídica independiente de la personería de las entidades que la componen. Esta forma de asociaciones se distinguirá con los términos de 'federación', 'liga' o 'unión', que deberán insertar en su nombre y que las asociaciones simples no podrán usar.

Las asociaciones federales pueden, a su vez, constituir en las mismas condiciones una nueva forma de asociación que llevará forzosamente el nombre de 'confederación', término que se reserva exclusivamente para esta clase de entidades.

" Artículo 31.-

Las formalidades para la formación de esas federaciones y confederaciones serán las mismas que las determinadas en esta ley para las asociaciones y serán los estatutos de esas nuevas entidades los que determinarán la relación de unas con respecto a las otras".

"Artículo 3.-

Las formalidades para la constitución de una federación, confederación, liga o unión, de conformidad con los artículos 30 y 31 de la Ley, son las mismas que se utilizan para la constitución de una asociación, excepción hecha de la concurrencia de diez personas físicas como constituyentes, con la salvedad de que el número de delegados no puede ser inferior al requerido para conformar los órganos de la entidad."

En lo que concierne específicamente a las federaciones deportivas, el artículo 40 de la "Ley de Creación del Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación y su Régimen Jurídico" (n.º 7800 de 30 de abril de 1998) indica:



" Artículo 40.-

Para los efectos de esta ley, todas las asociaciones y federaciones deberán estar inscritas en el Registro Nacional, previa calificación del Instituto acerca de la procedencia de la inscripción. En el momento de ser inscritas, tanto el Instituto como el Registro deberán constatar que las asociaciones y federaciones cumplan con los principios democráticos de elección de sus órganos directivos, su funcionamiento y organización. El Instituto queda facultado para anular cualquier elección que no haya cumplido con los principios y las garantías indicados, todo de conformidad con el título X de la presente ley." (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 55 de la ley n.º 7800 mencionada dispone que " Para lo no dispuesto en esta ley, las asociaciones deportivas se registrarán por la Ley de Asociaciones".

De las disposiciones transcritas resulta claro que para la constitución y el funcionamiento de los entes asociativos de segundo grado aplican, en términos generales, las mismas normas y principios que rigen a las asociaciones de primer grado. Además, que para su constitución y funcionamiento, las federaciones deben respetar los principios constitucionales, en particular, el principio democrático. En virtud de lo anterior, nos referiremos seguidamente a algunos de esos principios y a su relación con el tema que aquí interesa.

Principios constitucionales aplicables a la organización y funcionamiento de los entes asociativos

Sin perder de vista el objeto de la consulta –como lo es, la forma de votación que debe imperar en las asambleas generales de las federaciones deportivas– nos referiremos seguidamente a la incidencia que tienen algunos principios constitucionales, como el democrático, el de libertad de asociación y el de igualdad, en el funcionamiento de las asociaciones. Posteriormente analizaremos si las consecuencias de aplicar esos principios a las asociaciones de primer grado son las mismas que cuando se aplican a las federaciones.

Respecto al primero de los principios mencionados (el democrático), la Sala Constitucional en su sentencia n.º 1267-96 de las 12:06 horas del 15 de marzo de 1996, señaló lo siguiente:

"El principio democrático resulta criterio válido para la interpretación de la norma impugnada, partiendo de una serie de presupuestos: a) Costa Rica es una República democrática (preámbulo y artículo 1 de la Constitución Política), con un sistema de representación –ejercicio indirecto– (artículos 9, 105, 106, 121 inciso 1 ibídem), donde la democracia es la fuente y norte del régimen y la representatividad el instrumento pragmático para su realización. Es decir, en Costa Rica, como Estado Democrático de Derecho, la idea democrático-representativa se complementa con la de una democracia participativa –de activa y plena participación popular–, que es precisamente donde el principio democrático adquiere su verdadera dimensión. En este sistema, el principio cristiano de la dignidad esencial de todo ser humano informa plenamente el orden social, colocando a los seres en un plano de igualdad y repudiando toda discriminación irrazonable. Por ello, la Sala dejó sentado en su sentencia N° 980-91, entre otros conceptos, que el régimen costarricense se

fundamenta en el sistema del Estado de derecho y en los principios que lo informan de democracia representativa, participativa y pluralista ...”.

La relación entre el principio democrático y la libertad de asociación, fue puesta de manifiesto por la Sala Constitucional en su sentencia n.º 176-2005 de las 15:34 horas del 19 de enero del 2005. En esa resolución (reiterando lo expuesto en su sentencia n.º 5483-95 de las 9:33 horas del 6 de octubre de 1995) la Sala indicó lo siguiente:

"Debe tenerse en claro, como lo ha sostenido la doctrina, que las libertades públicas no son otra cosa que el reconocimiento constitucional de la autonomía personal; precisamente por ser un ámbito de autonomía, las facultades que lo integran pueden ser ejercidas o no con idéntico poder de autodeterminación. A partir de estas ideas, la doctrina costarricense ha considerado que son notas características del derecho de asociación las siguientes: a) que deba surgir como una manifestación libre de la voluntad del ser humano y por ello una asociación coactiva no sería una verdadera expresión de tal derecho, sino una verdadera negación del mismo; b) que el objeto que se propone sea la promoción y defensa de fines comunes lícitos; c) que tenga carácter colectivo, en razón de la pluralidad de miembros que componen la asociación; d) que tenga permanencia, por ser una organización estable y por la existencia de un vínculo permanente entre sus miembros; y e) que la estructura interna y el funcionamiento de la asociación estén, permanentemente, fundamentados en la promoción democrática de sus miembros. El artículo 25 constitucional le impone al Poder Legislativo un natural e insalvable límite de respeto en su función legisladora, en virtud del cual, no puede ser restringida la posibilidad de los particulares de crear asociaciones con fines privados lícitos, confín que no podría ser traspasado sin vaciar de contenido el derecho mismo; es decir, en tanto los fines de la asociación sean privados y lícitos, la actividad estaría fuera de la acción de la ley, dado que el ejercicio de este derecho es expresión pura del ámbito autónomo de toda persona y así se protege por el contenido explícito que dispone el párrafo segundo del artículo 28 constitucional."

(El subrayado no pertenece al original).

La doctrina también se ha pronunciado sobre el vínculo que debe existir entre el ejercicio de la libertad de asociación y el respeto al principio democrático. En ese sentido, Enrique Murillo de la Cueva ha afirmado lo siguiente:

"La necesidad de una explicación radica en la doble naturaleza o carácter dual de los derechos fundamentales; es decir, su vertiente de derechos subjetivos y de elementos de orden o estructura constitucional que fue acogida por el Tribunal Constitucional en su STC 25/1981, de 14 de julio. Bajo esta óptica, resultaría obligado admitir que el ejercicio del derecho de asociación debe ser congruente, también con la definición constitucional de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) y con el mandato dirigido a todos los poderes públicos para que faciliten la participación en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE)." (MURILLO DE LA CUEVA, Enrique Lucas), "El Derecho de Asociación", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1996, pp. 212-213).

De lo anterior se deduce que en virtud de la aplicación del principio democrático al ejercicio de la libertad de asociación, lo lógico y razonable es que cada una de las personas que integran un ente asociativo de primer grado tenga derecho a la emisión de un voto, a efecto de que las decisiones que se adopten reflejen la voluntad de la mayoría de las personas físicas que las integran.



Lo anterior es congruente incluso con el desarrollo jurisprudencial del principio de igualdad, en virtud del cual "... se prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentran en una misma situación jurídica..." (Sala Constitucional, sentencia n.º 4829-98 de las 15:36 horas del 8 de julio de 1998).

Sobre la forma de votación en las asambleas generales de las federaciones deportivas

De lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que en virtud de la aplicación del principio democrático, de la libertad de asociación y del derecho a la igualdad, la forma de votación en las asociaciones de primer grado debe ser de un voto por cada una de las personas físicas que la integran. También podemos sostener que los principios constitucionales mencionados son igualmente aplicables a los entes asociativos de segundo grado. Sin embargo, no es posible afirmar que como consecuencia de la aplicación de esos principios, la forma de votación en las federaciones deportivas deba ser, necesariamente, de un voto por cada una de las asociaciones que las integran, pues ello implicaría prescindir de las características particulares que pueda presentar cada ente federado.

En ese sentido, puede ocurrir que algunas de las asociaciones que integran una federación posea una cantidad de asociados mucho mayor que otras, lo que justificaría (aplicando en la especie el principio democrático, el de igualdad y el de razonabilidad) que a las primeras se les otorgue un poder de decisión mayor que a las segundas.

La máxima del principio democrático de "una persona, un voto" aplica cuando el sistema de elección o de toma de decisiones está dirigido a personas físicas, no así cuando se dirige a personas jurídicas, sobre todo si estas últimas constituyen entes de base asociativa. Por ejemplo, si en una federación se le otorga el mismo valor al voto de una asociación integrada por cien personas que el que se otorga a una integrada por mil personas, se le estaría confiriendo más valor al voto de las personas que integran la asociación con menos miembros, lo que podría violar el principio democrático y el derecho de igualdad respecto a los miembros de la asociación más numerosa.

Sobre este tema existen resoluciones de la Sala Constitucional que aun cuando no están referidas a federaciones deportivas, ilustran sobre el tema que aquí interesa. Así, en la sentencia n.º 2462-95 de las 16:12 horas del 16 de mayo de 1995, al resolver una acción de inconstitucionalidad contra los estatutos de la Federación de Cámaras de Productores de Caña, donde se cuestionaba la norma estatutaria que otorgaba mayor poder de decisión en la Asamblea General a las Cámaras con un mayor número de afiliados, dicha Sala resolvió lo siguiente:



"De ninguna forma las normas transcritas afectan el 'principio democrático' reconocido en el artículo 1 de la Constitución Política, pues los criterios de representación, recogidos en los estatutos cuestionados, se basan en el número de asociados que tenga cada una de las Cámaras de Azucareros, para asignar la cantidad de delegados con que contarán en el seno de la Federación, con un máximo de cinco por cada Cámara. Ello significa que la voluntad que prevalecerá será la que esté respaldada por una mayor cantidad de productores, todo ello en respeto, justamente, del principio de primacía del criterio de la mayoría, que se encuentra en la base del sistema democrático, recogido por nuestra Carta Fundamental. (...) En segundo lugar, debe observarse que en la realidad, las Cámaras se diferencian tanto por el número de sus asociados, como por el volumen de caña que éstos producen, de manera que lo que se ha hecho en los Estatutos es dar relevancia jurídica a una de esas diferencias asignando mayor poder de decisión a las Cámaras que ostenten un mayor número de asociados, lo cual en este caso, resulta razonable y proporcionado, por responder, como se dijo, a una distinción objetiva y relevante de forma que no puede tenerse como violación al principio de igualdad regulado en el artículo 33 Constitucional, la forma que se ha escogido para establecer la representación de las Cámaras en la Federación, ya que si bien se trata en forma distinta a las Cámaras que tengan mayor número de asociados, dándoles mayor representación dentro de la Federación, tal diferencia de tratamiento es constitucionalmente válida".

En otra ocasión, se cuestionó ante la Sala Constitucional la validez de la norma que establece el procedimiento para nombrar al delegado de las asociaciones de educadores ante el CONESUP. Esa norma dispone que para el nombramiento de dicho delegado, las asociaciones de educadores pueden emitir un voto por cada quinientos asociados. El asunto fue resuelto mediante la sentencia n.º 3475-2003 de las 8:56 horas del 2 de mayo del 2003, en la cual se indicó lo siguiente:

"Tal y como lo señalan las representaciones de la Procuraduría General de la República y del Consejo Superior de Educación, el sistema de elección implementado en la norma impugnada no es inconstitucional, al no afectar o lesionar los principios y normas constitucionales considerados infringidos. Efectivamente, se establece un mecanismo de conteo diferente del voto por persona; sin embargo, ello no es contrario al Derecho de la Constitución, por cuanto el contabilizar un voto por quinientos asociados o por fracción –y por esto, debe entenderse una cantidad de asociados inferior a ese número–, también es expresión del principio democrático, toda vez que atiende al respeto de la decisión de la mayoría; que según se había indicado supra, es una regla para adoptar decisiones propio de los sistemas democráticos, con lo cual se da cumplimiento al principio de representatividad, como condicionante legitimador de la expresión del electorado, por cuanto, es más representativa del electorado la elección en la que se escoge el candidato que cuente con mayor cantidad de votos; lo cual, obviamente implica que se favorece la organización que cuente con más número de afiliados (...) debe considerarse que la condición de asociación con mayor número de asociados es relativa y cambiante en el tiempo, de manera que tampoco puede estimarse la infracción del principio de igualdad, por cuanto no se favorece a una asociación de educadores en específico. Contrario a lo estimado por la promovente, la Sala estima que una solución como la planteada por la asociación accionante, sea la de darle mayor valor a las asociaciones 'minoritarias', a fin de que puedan obtener una mayor cantidad de votos y que su representante integre el CONESUP, constituye un quiebre de los principios constitucionales señalados del de representatividad, participación ciudadana, alternancia e igualdad; con lo cual, se considera que la pretensión de los accionantes más bien socava estos principios".

Tomando como base los precedentes citados, consideramos que no es posible afirmar que el voto proporcional en las asambleas generales de un ente federado (donde la proporción se relacione con el número de afiliados que posea cada asociación que integra la federación) sea contrario a los principios constitucionales que se han venido analizando.

En todo caso, debe tenerse presente que las asociaciones están dotadas de potestad de autorregulación. En ese sentido, el artículo 5 de la Ley de Asociaciones ya citada dispone que “Toda asociación debe constituirse mediante un ordenamiento básico que rija sus actividades y que se denominará ‘Estatutos’...”. Por su parte, el artículo 7 inciso f) de esa ley exige que los estatutos regulen los “Órganos de la asociación, procedimientos para constituirlos, convocarlos y completarlos, modo de resolver, de hacer sus publicaciones y de actuar, competencia y término de su ejercicio, cuando sea del caso”.

Partiendo de lo anterior, debemos indicar que la forma de votar en la asamblea general de una federación es la que haya sido dispuesta en los estatutos de cada uno de esos entes de segundo grado. Lo anterior sin perjuicio de la potestad con que cuentan los asociados de cuestionar –en vía administrativa o judicial, mediante los canales dispuestos por ley para ello– la validez las normas estatutaria que puedan contradecir los principios constitucionales que se han analizado.

V.-Conclusion:

De conformidad con lo expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que en la Asamblea General de una liga, federación, o unión, debe votarse en la forma en que esté previsto en los estatutos vigentes. Ello sin perjuicio de las acciones que pudieren proceder contra las disposiciones estatutarias que establezcan formas de votación contrarias a normas y principios constitucionales como el principio democrático, la libertad de asociación y el principio de igualdad.

Del señor Director Nacional del ICODER, atentos se suscriben

b)Dictamen de la Procuraduría General de la República acerca de las asociaciones y federaciones depotivas

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]³

Dictamen: C-366-2006

14 de setiembre del 2006



Señor

Arcadio Quesada B.

Auditor Interno

Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación (ICODER)

S. D.

Estimado señor:

Con la anuencia de la señora Procuradora General de la República, me es grato dar respuesta a su Oficio Aud-335-2004 de 19 de julio del 2004, no sin antes ofrecer nuestras disculpas, en virtud del volumen de trabajo a cargo de esta Procuraduría.

La interrogante planteada, consiste en lo siguiente:

“ De acuerdo con la ley 7800 y su reglamento y alguna otra legislación aplicable tal como el reglamento autónomo de servicio de la Dirección General del Deporte (aplicado a ICODER actualmente, copia adjunta), puede un funcionario del ICODER participar en casos como los que se señalan:

Directores de Asociaciones Deportivas o recreativas o de Comités Cantonales de Deportes.

Miembros de comisiones o comités de Asociaciones Deportivas o recreativas o de Comités Cantonales de Deportes.

Prestar servicios (pagados o ad-honorem) de arbitraje, entrenador, preparador físico y otros similares a Asociaciones Deportivas o a Comités Cantonales de Deportes.”

Sobre la admisibilidad de la consulta:

Dado que quien consulta, ocupa el cargo de Auditor en el Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación, es menester enfatizar, que en virtud de la reforma al artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (mediante el artículo 45, inciso c) de la Ley No. 8292 de 31 de julio del 2002, publicada en la Gaceta # 169 de 4 de septiembre del 2002) todos los órganos de la Administración Pública, podían, anteriormente, solicitar el criterio técnico-jurídico de esta Procuraduría, sobre determinado tema de carácter general, aportando sin excepción la opinión de la asesoría legal respectiva.

Sin embargo, a partir de la mencionada modificación, se dispensa a los auditores internos de adjuntar el criterio jurídico, ya que por la índole de sus funciones, pueden consultar directamente en lo que atañe a la materia de su competencia. Actualmente esa disposición reza lo siguiente:



"Artículo 4.-

Consultas. Los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría; en cada caso, deberán acompañar la opinión de la asesoría legal respectiva, salvo el caso de los auditores internos, quienes podrán realizar la consulta directamente." (reformado por el artículo 45, inciso c) de la Ley No. 8292 de 31 de julio del 2002)

No obstante y en la inteligencia de esa norma, es importante señalar para futuras consultas, lo que este Despacho ha dicho en reiterados pronunciamientos:

"(...) La autorización para realizar las consultas directamente ante la Procuraduría por parte de los auditores internos no puede considerarse abierta para todos los supuestos y, por el contrario, la jurisprudencia administrativa emanada por el Órgano Consultivo ha sido consistente al afirmar que esta facultad no es irrestricta por encontrarse limitada en razón del ámbito de aplicación de las competencias conferidas a la auditoría. (Sobre el tema ver dictámenes C-176-2003 del 13 de junio de 2003; C-369-2005 del 24 de octubre del 2005; C-412-2005 de 5 de diciembre de 2005)

La admisibilidad de las consultas presentadas por los auditores internos de las instituciones públicas está determinada por la propia competencia de la auditoría, la cual se verá determinada por las funciones y las atribuciones otorgadas por la ley a los entes u órganos que los auditores controlan en pos de la satisfacción de los intereses públicos. Es así como podemos afirmar que el artículo 4 de nuestra Ley Orgánica no autoriza a los auditores a consultar sobre materias que no se refieran o no estén relacionadas con la esfera de competencias puestas en razón de su cargo (...)

(Ver Dictamen No. C-182-2006 de 15 de mayo del 2006)

En segundo lugar, y para tener mayores elementos de juicio al momento de evacuar la consulta respectiva, es importante que se aporte el criterio de la Asesoría Legal de la Institución consultante, o bien, indicar las razones por las cuales no se puede anexar, según lo señalado por esta Procuraduría, de esta forma:

"...cuando una auditoría tiene una duda legal debe recurrir primeramente al asesor legal del órgano o ente donde presta sus servicios. Si éste no existe o se niega a emitir su pronunciamiento -aunque jurídicamente no vemos razón para ello- o, una vez que se ha emitido, considera que es necesario recabar otro criterio, es que debería formular la respectiva consulta al Órgano Asesor. No podemos perder de vista de que la Procuraduría General de la República ejerce su función consultiva para toda la Administración Pública."

(Jurisprudencia citada en el Dictamen No. C-016-2006 de 17 de enero del 2006)

Hecha la observación que antecede, procederemos a analizar lo consultado, en el siguiente orden:

Sobre la consulta planteada:

A fin de determinar si un funcionario que labora para el Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación (ICODER) le está impedido o no, a participar en determinados cargos o actividades en asociaciones deportivas, o de Comités Cantonales de Deportes, se determinará, a priori, el carácter jurídico de cada uno de los institutos o establecimientos en mención, y al mismo tiempo evacuar la respuesta correspondiente.

Carácter jurídico del instituto costarricense del deporte y la recreación:

En primer término, sobra decir que ese Instituto se encuentra conceptualizado dentro de lo que la doctrina denomina “Administración Descentralizada”, ya que por virtud del artículo 1 de la Ley No. 7800 de 30 de abril de 1998, es una institución semiautónoma del Estado, con personalidad jurídica propia e independencia administrativa para el ejercicio de sus funciones. Así, este Despacho mediante el Dictamen C-202-98 de 30 de septiembre de 1998, señaló:

“El indicado Instituto se creó recientemente mediante Ley No. 7800 de 30 de abril de este año(1), configurándolo dentro de las entidades semiautónomas estatales, y goza de personalidad jurídica propia e independencia administrativa, con el fin de flexibilizar las funciones que tiene el Estado de promover, orientar, apoyar y estimular la práctica del deporte y la recreación a la ciudadanía en general; y de esa manera, se cumple con uno de los principales cometidos que la Constitución Política le conmina, en pro de la colectividad.(...)”

Asimismo, dicho Instituto se encuentra conformado, especialmente, por tres órganos, a saber:

A.-El Congreso Nacional del Deporte y la Recreación, que funciona como instancia consultiva de la Institución.

B.-El Consejo Nacional del Deporte y la Recreación constituye el órgano ejecutor de las políticas, los planes y programas necesarios para cumplir con los fines del Instituto, además es coordinador, autorizador, y promotor de todo lo que tenga que ver con ello.

C.-El Director Nacional es nombrado por el indicado Consejo, y constituye el órgano ejecutor superior de la administración del Instituto, amén de ser el encargado de ejecutar las políticas, los acuerdos, planes y programas que apruebe el Congreso y el Consejo; y, representa judicial y extrajudicialmente a la entidad, tal y como lo establece la normativa de consulta.

Los dos primeros órganos se encuentran conformados por diversos representantes del Poder Ejecutivo, de las federaciones deportivas de representación nacional y asociaciones deportivas, educativas, cantonales de deportes, y por representantes de arbitraje, periodistas deportivos, y miembros del Comité Olímpico.

Los recursos económicos, por los cuales le permite desenvolverse al Instituto para el cumplimiento de sus fines (...) se encuentran bajo la fiscalización de la Contraloría General de la República(...), pero en todo caso, establece el artículo 2 de esa normativa que, "El régimen financiero y presupuestario del Instituto, el de la contratación de obras y suministros, el de personal y los controles financieros internos y externos, estarán sometidos a la Ley de la Administración financiera de la República y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en lo aplicable a la naturaleza propia del Instituto..."

Por consiguiente, resulta indiscutible el carácter que tiene ese Instituto dentro del Sector Público y por ende, quienes allí laboren son funcionarios públicos, acreedores de una serie de obligaciones y responsabilidades que como tales están obligados a cumplir, según el principio de legalidad que les rige, a la luz de los artículos 11 de la Carta Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública.

Además, en el tema de interés, resulta conveniente tomar en cuenta el concepto de funcionario que contiene el artículo 2 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública¹, que en lo atinente, expresa:

"Artículo 2.-

Servidor público:

Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley."

Como puede observarse del texto transcrito, los funcionarios públicos de ese Instituto se encuentran sujetos a las disposiciones de la citada legislación, tal y como lo explicaremos a través de este estudio.

Naturaleza jurídica de las asociaciones deportivas, y posibilidad de que los funcionarios del icoder participen como director o miembro en ellas.

A tenor de los capítulos V y VI de la Ley que crea al Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación, ciertamente, las asociaciones deportivas son organizaciones de utilidad pública, que dada la forma como se integran, se califican unas de primer grado y otras de segundo grado, en los términos de los numerales 50, 51 y 52 *Ibíd.* Por ende, éstas se encuentran regidas tanto por la citada Ley, como por la Ley de Asociaciones No. 218 de 8 de agosto de 1939 y sus reformas; amén de que están creadas con el fin fundamental de promover el deporte o la recreación en general (artículo 51 de la Ley ICODER); lo que al decir de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de

Justicia, están formadas por un grupo de personas que de forma voluntaria se asocian en forma permanente, a la consecución de un ideal determinado (Véase Sentencia No. 5483-95, de las nueve horas treinta y tres minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y cinco)

Asimismo, de conformidad con los numerales 52 y 92 de las tantas veces citada Ley No. 7800, estas asociaciones deportivas, tienen personalidad jurídica de Derecho Privado para el ejercicio de su actividad, una vez que se encuentren debidamente inscritas en el Registro Nacional y previa calificación que al afecto realice el Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación. En ese sentido, dicha normativa, señala en lo conducente:

“Artículo 52.-

(...)

Cuando se constituya la nueva entidad, adquirirá la personalidad jurídica independiente de las entidades que la componen.

“(...)”

“ Artículo 92.-

Las asociaciones inscritas en el Registro de Asociaciones Deportivas del Registro Nacional, tendrán personalidad jurídica de derecho privado al tenor de la Ley de Asociaciones.”

De todo lo dicho, es importante destacar que, a pesar de que esas asociaciones obtienen beneficios fiscales, económicos y otros privilegios por parte del Estado, a la luz de lo que dispone, por ejemplo, el artículo 59 de la recién citada Legislación, así como que deben presentar al Instituto, los informes, planes, programas y presupuestos correspondientes para el siguiente ejercicio anual, (artículo 43 *ibídem*) ellas se desenvuelven y se encuentran organizadas de manera autónoma, según su integración, funcionamiento y naturaleza, a tenor del artículo 25 constitucional y la normativa legal arriba mencionada. En tal virtud, se circunscriben y están sujetas a sus propios estatutos (artículo 5 de la Ley de Asociaciones). Así, la citada Sala ha subrayado, en lo conducente:

“...El artículo 25 constitucional le impone al Poder Legislativo un natural e insalvable límite de respeto en su función legisladora, en virtud del cual, no puede ser restringida la posibilidad de los particulares de crear asociaciones con fines privados lícitos, confín que no podría ser traspasado sin vaciar de contenido el derecho mismo; es decir, en tanto los fines de la asociación sean privados y lícitos, la actividad estaría fuera de la acción de la ley, dado que el ejercicio de este derecho es expresión pura del ámbito autonómico de toda persona y así se protege por el contenido explícito que dispone el párrafo segundo del artículo 28 constitucional. “

(Vid, Sentencia 5483-95 de las nueve horas treinta y tres minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y cinco)

Como puede verse, aunque las asociaciones deportivas se encuentran reguladas al amparo de la Ley que crea al Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación, se configuran y se organizan por sí mismas, para alcanzar fines e ideales comunes lícitos, tal y como se ha reconocido a través de diversos instrumentos internacionales. (Véase al respecto, el artículo 22 de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, y del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”)

En todo caso y en lo que al presente estudio interesa, ha quedado claro que el carácter jurídico del Instituto a su cargo, es diferente al de una asociación deportiva, en tanto el primero conforma a la Administración Pública. (Véase al respecto, Dictamen No. C-136-2000 de 15 de junio del 2000)

Por ende, es menester revisar si dentro del ordenamiento jurídico interno que rige a la institución consultante existe alguna prohibición o impedimento que restrinja a los funcionarios a participar en los puestos como Director o miembro en una de las asociaciones deportivas que usted consulta en su Oficio.

De un estudio de toda la normativa jurídica que regula al Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación, se puede apreciar, únicamente, lo dispuesto en el inciso l) del artículo 38 del Reglamento Autónomo de Servicio (Decreto Ejecutivo No. 23279-C de 23 de mayo de 1994) que dice que ningún funcionario puede “Laborar con organizaciones deportivas que tienen vínculo con la Dirección, a fin de convertirse en jueces y partes en los conflictos que surjan o valerse de sus cargos para favorecer a dichas organizaciones.”

Por otra parte, existen disposiciones legales específicas, que claramente establecen la prohibición a determinados funcionarios de ocupar puestos como los de consulta, toda vez que al estar las asociaciones deportivas subvencionadas por el Estado, -según vimos arriba- pueden verse comprometidos los principios de la objetividad, imparcialidad e independencia de sus funciones, tal y como reiteradamente lo ha señalado el Tribunal Constitucional, cuando señala:

“Al funcionario público no se le permite desempeñar otra función o trabajo que pueda inducir al menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes del cargo, o de alguna forma comprometer su imparcialidad e independencia, con fundamento en los principios constitucionales de responsabilidad de los funcionarios, del principio-deber de legalidad y de la exigencia de eficiencia e idoneidad que se impone a la administración pública...”

(Resolución No. 2883, de las diecisiete horas del trece de junio de mil novecientos noventa y seis)

En efecto, fundamentalmente, los artículos 62 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la



República; 25 y 34, inciso a) y último párrafo de la Ley General de Control Interno, prescriben lo siguiente:

“Artículo 62 de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República:

“Las auditorías internas ejercerán sus funciones con independencia funcional y de criterio, respecto del jerarca y de los demás órganos de administración activa.

(...)

La unidad de auditoría interna se organizará y funcionará conforme lo establecen el Manual para el Ejercicio de la Auditoría Interna y cualesquiera otras disposiciones emitidas por la Contraloría General de la República.”

“Artículo 25 de la Ley General de Control Interno:

Los funcionarios de la auditoría interna ejercerán sus atribuciones con total independencia funcional y de criterio respecto del jerarca y de los demás órganos de la administración activa.”

“Artículo 34 de la Ley General de Control Interno:

El auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna, tendrán las siguientes prohibiciones:

a.-Realizar funciones y actuaciones de administración activa, salvo las necesarias para cumplir su competencia.”

(b,c,d,e)

Por las prohibiciones contempladas en esta Ley se les pagará un sesenta y cinco por ciento sobre el salario base.”

Como se puede observar, el espíritu que priva en esa clase de normas en su conjunto, tiende hacia el resguardo del carácter de las funciones de auditoría, en tanto controla fiscaliza y custodia todos los recursos económicos del Estado, y todo lo que de ello deriva. Por ende, son categóricas en establecer las pautas y obligaciones para que los auditores y subauditores internos, así como todos aquellos funcionarios de la auditoría, laboren con plena independencia, sin influencias de ningún tipo, más que de acuerdo con los conceptos de objetividad, imparcialidad y responsabilidad que demanda el principio de legalidad, a que están obligados a cumplir, a tenor de lo que disponen los artículos 11 de la Carta Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública; sobre todo, que de conformidad con la Ley de Creación del Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación, dicho personal tiene la tarea de fiscalizar que las asociaciones deportivas cumplan con los lineamientos de la Contraloría General de la República en lo relativo a la utilización de fondos

públicos. (ver, entre otros, los artículos 54 y 91). De ahí que a esos funcionarios se les compensa con un 65% sobre el salario base.

En similar sentido, ese Órgano Contralor, mediante Oficio DI-CR-367 de 14 de noviembre del 2002, y luego de un amplio estudio relacionado con el impedimento de los auditores internos para que participen en labores de administración en asociaciones deportivas, concluyó:

“Como se puede apreciar, múltiples disposiciones legales y técnicas promueven que los Auditores Internos del Sector Público, dentro de los cuales está el Auditor Interno del Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación, no participen en labores de administración de los entes u órganos sobre las cuales debe ejercer la fiscalización que le corresponde.

En resumen de todo lo expuesto, (...) se concluye que la Unión de Clubes de Fútbol de la Primera División es una asociación deportiva de segundo grado de acuerdo con la Ley de Creación del ICODER y eventual beneficiaria de fondos públicos, y en esta eventualidad estaría sujeta a la fiscalización por parte de la Auditoría Interna del Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación, en razón de esto se determina que existe incompatibilidad de funciones y un eventual conflicto de intereses entre los cargos de Auditor Interno del ICODER y Presidente de la UNAFUT”.

Pero importante en este estudio, es determinar de manera general, si un funcionario de ICODER puede laborar como director o puede ser miembro en una asociación deportiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la “Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública”,(No. 8422 de 6 de junio del 2004) , pues allí se establece lo siguiente:

“Artículo 18.-

Incompatibilidades:

El presidente de la República, los vicepresidentes, diputados, magistrados propietarios del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los miembros de junta directiva, los presidentes ejecutivos, los gerentes y subgerentes, los directores y subdirectores ejecutivos, los jefes de proveeduría, los auditores y subauditores internos de la Administración Pública y de las empresas públicas, así como los alcaldes municipales, no podrán ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas; tampoco podrán figurar registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas, ni tampoco participar en su capital accionario, personalmente o por medio de otra persona jurídica, cuando tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas que, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con ella”.

La prohibición de ocupar cargos directivos y gerenciales o de poseer la representación legal también regirá en relación con cualquier entidad privada, con fines de lucro o sin ellos, que reciba recursos económicos del Estado.



Los funcionarios indicados contarán con un plazo de treinta días hábiles para acreditar, ante la Contraloría General de la República, su renuncia al cargo respectivo y la debida inscripción registral de su separación; dicho plazo podrá ser prorrogado una sola vez por el órgano contralor, hasta por otro período igual.”

(Lo resaltado en negrilla no es del texto original)

Antes de hacer referencia a esa norma, es menester transcribir lo que al respecto, este Órgano Consultor de la Administración Pública, ha explicado:

“ Ahora bien, en relación con el posible surgimiento para esos funcionarios de alguno de los motivos de incompatibilidad previstos en el artículo 18 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, conviene transcribir el texto de dicha norma, el cual dispone:(...)

Así, en caso de entender que los miembros del Consejo se encuentran cubiertos por esta norma -como miembros de una junta directiva- existe la posibilidad de que eventualmente pueda considerarse que se configura el primer motivo de incompatibilidad de los previstos por las normas de cita, en caso de que el funcionario ostentara la condición de directivo, representante o apoderado legal de la federación o asociación privada y ésta le prestara servicios a instituciones o a empresas públicas.”

Por otra parte, atendiendo al campo de actividades propio del ICODER, en principio no pareciera que respecto de esa entidad pueda configurarse el segundo supuesto de incompatibilidad previsto por la normativa, toda vez que no se trata de una empresa dedicada a la prestación de servicios públicos de naturaleza comercial que puedan competir libremente en el mercado con las actividades empresariales que desarrollan sujetos privados, como sí ocurre con otras entidades dedicadas a la prestación de servicios netamente empresariales que compiten libremente en el mercado al lado de los empresarios privados, como por ejemplo los bancos del Estado.

Así, restaría tomar en cuenta el supuesto relativo a que la entidad privada reciba “subvenciones, transferencias, donaciones o la liberación de obligaciones por parte del Estado o de sus órganos, entes o empresas públicas”, situación que eventualmente podría llegar a configurar un motivo de incompatibilidad, en caso de que el miembro del Consejo Nacional del Deporte y la Recreación llegue a ocupar un cargo directivo o gerencial o posea la representación legal de alguna organización deportiva privada y que ésta reciba recursos económicos del Estado para el cumplimiento de sus fines.

En efecto, tal situación eventualmente podría tornarse incompatible, por ejemplo, en caso de que el directivo se prevea de algún modo de su puesto con el fin de obtener irregular o privilegiadamente beneficios de cualquier tipo para la entidad privada en la que participa.

Ahora bien, atendiendo a la importancia de la representación efectiva de diferentes agrupaciones dedicadas al deporte en el seno del Consejo Nacional del Deporte, sobre todo cuando dicha

participación está autorizada por la propia ley especial que rige la actividad de esa institución, estimamos que en caso de que llegara a configurarse alguna de las situaciones que la Ley N° 8422 califica –en términos generales– como motivos de incompatibilidad, el directivo estaría en posibilidad de solicitar a la Contraloría General el respectivo levantamiento de esa incompatibilidad, aduciendo que concurren suficientes motivos de interés público que justifican decretar tal dispensa. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en los artículos 19 de la Ley N° 8422 y 39 de su respectivo reglamento.

En todo caso, no está de más señalar que, en observancia del deber de probidad que impone el numeral 3° de la Ley N° 8422, el funcionario debe demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley, así como asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos de la institución.

Igualmente, el Reglamento a la citada Ley, en las definiciones que brinda su numeral 1°, señala que dicho deber de probidad se expresa, entre otras acciones, en “abstenerse de conocer y resolver un asunto cuando existan las mismas causas de impedimento y recusación que se establecen en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Código Procesal y Civil y en otras leyes.”

Por lo anterior, cabe señalar que en cualquier hipótesis, sea que formalmente no se configure una incompatibilidad o que ésta haya sido levantada, los miembros del Consejo deben mostrar en todo momento y circunstancia una estricta observancia del aludido deber de probidad, de tal suerte que, cuando en el seno de ese órgano colegiado se discuta y decida un asunto relacionado directamente con la organización privada que representa o con intereses personales, debe abstenerse de participar en esa discusión, y tampoco debe influir o condicionar de modo alguno la orientación del asunto por parte de los demás miembros del Consejo.”

(En el mismo sentido, ver Dictamen No. 002, de 10 de enero del 2006)

Dictamen No. C-345-2006 de 28 de agosto del 2006

Del análisis que este Despacho ha claramente extraído del numeral en mención, puede resaltarse en lo que atañe a su consulta, la prohibición de la clase especial de funcionariado que prevé el numeral 18, de ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas, enfatizándose a la vez que cuando allí se establece la prohibición de que “tampoco podrán figurar registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas”, éstas se refieren a los establecimientos que prestan servicios a instituciones o empresas del Estado, incompatibilidad que en principio no sería del caso de las asociaciones deportivas, en virtud de su naturaleza jurídica, según observamos supra.(Ver Dictámenes Números 311 de 1 noviembre, 356 de 29 de noviembre y 363 de 3 de diciembre, todos del año 2004).

No obstante, si esas organizaciones perciben algún tipo de recurso económico por parte del Estado, podría haber una eventual colisión de intereses, entre las ocupaciones o cargos involucrados; acotándose, que en virtud del artículo 19 de la Ley en referencia, se puede solicitar el impedimento ante la Contraloría General de la República, si existieren razones de interés público

que requieran que el servidor ocupe el puesto en dicho ente asociativo. De esa manera, esta disposición legal expresa:

“Únicamente ante gestión presentada por el interesado, la Contraloría General de la República, mediante resolución fundada y en situaciones calificadas, podrá levantar la incompatibilidad que se establece en el artículo precedente, cuando pueda estimarse que, por el carácter de los bienes que integran el patrimonio de la empresa en la cual el funcionario es directivo, apoderado o representante, por sus fines o por el giro particular, y por la ausencia de actividad, no existe conflicto de intereses, sin perjuicio de que dicho levantamiento pueda ser revocado por incumplimiento o modificación de las condiciones en que fue concedido”

En orden a todo lo expuesto, pueden resumirse las incompatibilidades señaladas de la siguiente manera:

-En caso de que el funcionario ostentare la condición de directivo de la federación o asociación privada y esta organización le prestara servicios a instituciones o empresas públicas.

-En caso de que la entidad o asociación deportiva recibiera subvenciones, transferencias, donaciones o la liberación de obligaciones por parte del Estado, órganos o entes públicos.

- Se enfatiza del Dictamen en comentario, que a la luz de lo que disponen los artículos 19 de la Ley No. 8422 y 39 de su Reglamento, si alguno de los posibles miembros del Consejo Nacional del Deporte y la Recreación, que representa una asociación o federación deportiva, tiene algún impedimento de los previstos en el numeral 18 Ibid, puede solicitar a la Contraloría General de la República el levantamiento de dicha incompatibilidad, bajo los términos establecidos en la indicada norma reglamentaria.

Finalmente, este Órgano Consultor, ha señalado puntualmente , que aún cuando no existiere alguna incompatibilidad para ser miembro del Consejo Nacional de Deporte y la Recreación, es deber de todo funcionario actuar con la probidad que el cargo público requiere para la satisfacción del interés público, tal y como lo establece el artículo 3 de la Ley en estudio.³ (Véase página 7 del precitado Dictamen C-345-2006)

V- Naturaleza jurídica de los comités cantonales de deporte y recreación, y posibilidad del funcionario de icoder de participar como director o miembro en alguno de ellos.

De conformidad con las normas del capítulo Único del Título VII del Código Municipal, (Ley No. 7794 de 30 de abril de 1998), los comités cantonales son órganos adscritos a la municipalidad respectiva, con su propia personalidad jurídica instrumental para todo lo que atañe al mantenimiento de las instalaciones deportivas de su propiedad u otorgadas en administración. En ese sentido, este Despacho, reiteradamente, ha expresado:

" ...los Comités Cantonales de Deportes, desde el punto de vista jurídico, no son organizaciones independientes, sino más bien órganos colegiados de naturaleza pública, dotados por el legislador de personalidad jurídica instrumental, con una relación de adscripción a los gobiernos locales, lo que los lleva a formar parte de la estructura organizativa de las corporaciones municipales, y por ende sujetos al control de éstas".



(Véase Dictamen No. C-272-2004 del 23 de septiembre del 2004. En el mismo sentido, OJ-118-2005 del 9 de agosto del 2005, C-007-2004 del 9 de enero del 2004, OJ-138-2004 del 2 de noviembre del 2004, C-053-2003 del 25 de febrero del 2003)

Por consiguiente, los anteriores elementos jurídicos, son suficientes para concluir que los comités cantonales integran la a Administración Pública.

De manera que para determinar la posibilidad de que un funcionario de ICODER pueda ocupar cargos, o ser miembro de un determinado comité cantonal, debe considerarse lo estipulado en el artículo 17 de la mencionada Ley No. 8422 de 6 de junio del 2004, que establece, en lo conducente:

“Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente. De esta disposición queda a salvo los docentes de instituciones de educación superior, los músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y los de las bandas que pertenezcan a la Administración Pública, así como quienes presten los servicios que requieran la Comisión Nacional de Prevención de Riegos y Atención de Emergencias para atender emergencias nacionales así declaradas por el Poder Ejecutivo, el Tribunal Supremo de Elecciones, durante los seis meses anteriores a la fecha de las elecciones nacionales y hasta tres meses después de verificadas, así como otras instituciones públicas, en casos similares, previa autorización de la Contraloría General de la República.” (...) Asimismo, quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública, no podrán devengar dieta alguna como miembros de juntas directivas o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, salvo si no existe superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones de tales órganos. (Así reformado el párrafo anterior por el inciso a) del artículo 1 de la Ley No. 8445 del 10 de mayo del 2005)(....) (Lo resaltado en negrilla no es del texto original)

Sobre esa disposición legal, este Despacho en el dictamen de referencia, ha señalado, en lo conducente:

“Así las cosas, si el miembro del Consejo percibe el pago de dietas por su participación en un órgano colegiado de otra institución pública, se aplica la regla contenida en la norma de referencia, en el sentido de que puede devengar el respectivo pago por su participación hasta en tres órganos colegiados, siempre y cuando no exista superposición horaria entre las sesiones de éstos, y en caso de superarse ese número, habrá de gestionarse la autorización de la Contraloría General en tal sentido.

Por otra parte, si el miembro del Consejo ocupa otro puesto remunerado salarialmente, nótese que la norma abre la posibilidad de que un funcionario pueda percibir simultáneamente salario y también el pago de dietas por su asistencia a juntas directivas u otros órganos colegiados, de ahí que resulta procedente que perciba ambas remuneraciones, pero bajo la estricta condición de que

no exista superposición horaria entre su jornada laboral y las sesiones del Consejo.

Reviste importancia resaltar la exigencia de que no exista superposición horaria, pues se trata de una regla de principio que debe respetarse incluso sino estuviera recogida de modo expreso como lo hace el artículo 17 de la Ley N° 8422, toda vez que se deriva directamente de las obligaciones que impone el régimen de empleo público.

Lo anterior por cuanto el salario con el cual se retribuye la relación de servicio con el Estado apareja una serie de obligaciones, siendo una de las más importantes el efectivo cumplimiento de las labores del cargo, obligación que no puede atenderse apropiadamente si dentro de la jornada el funcionario se distrae en actividades o funciones ajenas a su puesto, aún cuando se trate de labores para otra institución pública.

Así las cosas, es preciso señalar que la superposición horaria en el desempeño de dos cargos públicos conllevaría además a un enriquecimiento sin causa, pues para uno de los puestos el funcionario estaría laborando un tiempo menor al que se le ha remunerado efectivamente.

Sobre este tema, valga señalar que en aquellos casos en que un funcionario por mandato de ley está obligado a ocupar simultáneamente un puesto directivo en algún órgano de la Administración Pública, como sucede en este caso con el Ministro o Viceministro que tenga a cargo la cartera del Deporte, el Ministro o Viceministro de Educación y el de Salud, o bien algún funcionario de las universidades públicas (incisos a, b, c, y f del artículo 8 de la Ley N° 7800) es evidente que está no sólo autorizado sino obligado por la norma especial a asumir ese cargo.

Por tal razón, en caso de que las sesiones del Consejo fueran celebradas dentro de la jornada laboral que deben cumplir esos funcionarios, estarían legitimados a asistir como parte de las obligaciones de su cargo, pero no podrían devengar el pago de la respectiva dieta, en razón de producirse superposición horaria (al respecto, puede consultarse la opinión jurídica de esta Procuraduría General N° OJ-153-2003 del 28 de agosto del 2003, que aborda ampliamente este punto).

(Véase el precitado Dictamen No. C-345-2006

Se ha dejado claro mediante ese Dictamen, la prohibición de un funcionario público de ocupar, simultáneamente, más de un cargo remunerado en la Administración Pública, excepto en los casos en que la norma de análisis enumera categóricamente.

En el mismo sentido, enfatiza la no posibilidad de devengar dieta alguna, al fungir ese servidor como miembro de una junta directiva o de otro órgano colegiado de carácter públicos, salvo si no hay contraposición de horarios entre las jornadas de trabajo correspondientes; observándose que cuando por razones de interés público se requiera que la persona o funcionario integre más de tres juntas directivas u órganos colegiados de la Administración Pública, deberá requerirse la autorización correspondiente a la Contraloría General de la República.



Por otra parte, debe puntualizarse que pese que por mandato de ley, un funcionario debe representar u ocupar un cargo directivo dentro de la Administración pública, no podría devengar la dieta respectiva, si esta labor la realiza en contraposición con la jornada del cargo original, tal y como claramente lo establece la norma de estudio.

Bajo ese contexto, y en relación con lo señalado por esta Procuraduría General en el dictamen N° C-345-2006 del pasado 28 de agosto del año en curso, resulta conveniente hacer una precisión adicional, en el sentido de que, aún cuando un funcionario esté sujeto a las limitaciones derivadas ya sea del régimen de prohibición o el de dedicación exclusiva, en ambos casos puede ser nombrado formalmente en otro cargo público, siempre y cuando la designación obedezca al cumplimiento de un mandato de ley que le obliga a ocuparlo en representación de la institución para la cual labora, tal como ocurre, para el caso del Consejo Nacional del Deporte y la Recreación, con el Ministro o Viceministro que tenga a cargo la cartera del Deporte y el Ministro o Viceministro de Educación y el de Salud, según se mencionó en el citado dictamen, o bien cuando el jerarca lo designe como su representante, o en representación de la institución.

Asimismo, valga agregar que cuando se trata del desempeño de alguna labor adicional en otra institución u órgano de la Administración Pública, verbigracia, desarrollada en el marco de una colaboración o un proyecto interinstitucional, aunque sin estar en presencia de un nombramiento formal en otro cargo, igualmente el funcionario sujeto a los regímenes ya mencionados se encuentra habilitado para el desempeño de esas labores, siempre que se ejecuten por encargo de su superior jerárquico, bajo el entendido de que se trata de actividades que se ejecutan como parte de las responsabilidades de su puesto y siempre dentro de la función pública, por lo que en tal hipótesis tampoco se configura violación alguna a las limitaciones derivadas del régimen de prohibición y el contrato de dedicación exclusiva

En el caso concreto de su consulta, es oportuno también recordar, que con base en lo dispuesto de manera expresa por el ordinal 168 del Código Municipal los miembros de cada comité cantonal de deportes y recreación “no devengarán dietas ni remuneración alguna”. Consecuentemente, enfatizamos que no es jurídicamente posible cancelarles a dichos servidores remuneración alguna y mucho menos dietas por sus servicios. (Véase Dictamen C-350-2006 de 30 de agosto del 2006)

En cuanto a la última pregunta, en el sentido si un funcionario de ese Instituto puede prestar servicios (pagados o ad-honorem) de arbitraje, entrenador, preparador físico y otros similares a Asociaciones Deportivas o a Comités Cantonales de Deportes, hay que observar de manera general, que al consistir el deporte en sus diversas facetas de acción, un derecho fundamental del hombre, en cuanto se integra dentro del derecho a la salud, educación y cultura, coadyuvando al desarrollo de la personalidad, en principio, no habría ningún problema que funcionarios públicos puedan colaborar educativa y recreativamente, en actividades propiamente deportivas, a cargo de las asociaciones deportivas en nuestro país.

Sin embargo, en virtud de lo expuesto por este Despacho, en el Dictamen No. 345-2006, habría que sopesar por parte de la Administración Activa cada caso concreto, pues de acuerdo con lo



dispuesto por el artículo 17, ningún funcionario público puede desempeñar al mismo tiempo, más de un cargo remunerado salarialmente, en alguno de los órganos y las entidades de la Administración pública. O bien sopesar, si se encontrarían dentro de las excepciones que el mismo ordinal establece claramente, o si se encuentran dentro de las incompatibilidades del numeral 18 *ibídem*, ampliamente explicado en líneas atrás.

El funcionario de ICODER que pretenda ocupar un cargo *ad honorem* en funciones de arbitraje, entrenador, preparador físico y otros similares, tanto a asociaciones deportivas como a comités cantonales de deportes y recreación, deberá observar las disposiciones recién citadas, y lo expuesto en el mencionado Dictamen, ya que el hecho de que funja en dicha condición, no lo separa de los deberes y responsabilidades que como funcionario público está obligado a cumplir, en virtud del principio de legalidad, regente en toda actuación de la Administración Pública, según la doctrina de los artículos 11 de la Constitución Política, 11 y 111 de la Ley General de la Administración Pública, y 2 de la mencionada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. En ese sentido, por ejemplo, esta Procuraduría ha expresado:

“Ahora bien, distinta es la situación cuando el funcionario decide no cobrar por los servicios prestados, sea adopta la decisión de laborar *ad-honorem*. Es importante tener presente que el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública permite que un funcionario público preste los servicios en forma *ad-honorem*, lo cual no significa, de ninguna manera, que no deba cumplir con todos los deberes que le impone el cargo. Si el funcionario decide en forma voluntaria renunciar a su salario, ello no conlleva una disminución de los deberes del puesto. Independiente de si recibe o no el salario, él tendrá que cumplir a cabalidad con sus deberes, so pena de incurrir en eventuales responsabilidades civiles, administrativas y penales. Esta postura, también es seguida en el numeral 2 de la Ley n.º 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.”

(Véase, Dictamen C024-2005, de 20 de enero del 2005)

IV.-CONCLUSIONES:

En virtud de todo lo expuesto, este Despacho arriba a las siguientes conclusiones:

-De conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de la “Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública” (Ley No. 8422 de 6 de junio del 2004), y doctrina que les informan, los funcionarios del ICODER, pueden participar como directores o miembros de asociaciones deportivas o recreativas, o de comités cantonales, siempre y cuando no se encuentren dentro de los impedimentos o incompatibilidades, que impiden el ejercicio simultáneo de más de un cargo remunerado en la Administración Pública, o bien si la asociación deportiva no es subvencionada por el Estado. Lo anterior, con las excepciones establecidas categóricamente en la citada normativa y las observaciones hechas en el Dictamen C-345-2006, de 28 de agosto del 2006.



En cuanto a la pregunta, respecto si un funcionario de ese Instituto puede prestar servicios (pagados o ad-honorem) de arbitraje, entrenador, preparador físico y otros similares a Asociaciones Deportivas o a Comités Cantonales de Deportes, debe la administración Activa, sopesar cada caso concreto, en tenor de los artículos 17 y 18 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley No. 8422 de 6 de junio del 2004 y su Reglamento, emitido mediante el Decreto No. 32333-MP-J de 12 de abril del 2005, publicado en el Alcance a la Gaceta No. 82 de 29 de abril del 2005) , así como lo expuesto en el mencionado Dictamen No. C-345-2006.

Respecto del funcionario de ICODER que pretenda ocupar un cargo ad honorem en funciones de arbitraje, entrenador, preparador físico y otros similares, tanto a asociaciones deportivas como a comités cantonales de deportes y recreación, deberá observar las disposiciones recién citadas, ya que el hecho de que funja en dicha condición, no lo separa de los deberes y responsabilidades que como funcionario público está obligado a cumplir, en virtud del principio de legalidad, regente en toda actuación de la Administración Pública, según la doctrina de los artículos 111 de la Ley General de la Administración Pública y 2 de la mencionada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

De Usted, con toda consideración,

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

Fuentes citadas

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Crea Instituto del Deporte y Recreación (ICODER) y su Régimen Jurídico. Ley : 7800 del 30/04/1998 Fecha de vigencia desde: 29/05/1998
- 2 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: C-260-2006. 26 de junio de 2006
- 3 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: C-366-2006. 14 de setiembre del 2006