

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio N° **07593**

09 de agosto, 2010
DJ-3150-2010

Señora
Sandra Hernández Chinchilla
Secretaria
CONCEJO MUNICIPAL DE PARRITA

Estimada Señora:

Asunto: *Consulta relacionada con el reconocimiento de dedicación exclusiva y anualidades al Alcalde Municipal.*

Se refiere este Despacho a su oficio N° SM-2010-647, recibido el 20 de julio pasado, mediante el cual transcribe el Acuerdo N° 8 de la sesión ordinaria del Concejo Municipal de Parrita N° 2311-2010 del 12 de julio del presente año, de conformidad con el cual se dispuso solicitar el criterio de la Contraloría General y de la Procuraduría General, a fin de obtener respuesta a las siguientes dos inquietudes:

“a) Si para que proceda el pago de dedicación exclusiva a (sic) alcalde Municipal si este debe ostentar el grado académico de Bachiller o la licenciatura y si a la vez debe estar incorporado y activo en el colegio Profesional respectivo.

b) Pronunciamiento sobre el pago de antigüedad para los alcaldes municipales.

Si es posible que la procuraduría señale en el presente caso cuales (sic) son los requisitos mínimos para que un funcionario tengo (sic) derecho a que se le cancele la dedicación exclusiva, anualidades o antigüedad.”

I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De previo a dar respuesta a las inquietudes recién transcritas, en los términos que se dirán más adelante, debe advertirse que el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, aunado a lo establecido en el artículo 29 de nuestra Ley Orgánica (Ley N° 7428 del 4 de setiembre de 1994), cuenta con una regulación específica contenida en la Circular N° CO-529 publicada en el diario oficial La Gaceta N° 107 del 5 de junio de 2000.

De conformidad con lo dispuesto en dicha Circular, las consultas que se remitan al órgano contralor deben reunir algunos requisitos puntuales, dentro de los que destaca en lo que interesa, adjuntar el criterio legal interno respecto a los puntos en consulta, requerimiento que no se cumplió en este caso siendo dicha omisión motivo suficiente para disponer el archivo de su gestión.

Ahora bien, lo anterior no impide que en un afán de colaboración y a modo de opinión jurídica, la Contraloría General pueda remitir a pronunciamientos existentes que puedan servir de orientación a la entidad consultante, o bien, si fuera el caso, formular algunas consideraciones generales cuando se esté frente a temas o materias abordados previamente.

Esto último claro está, bajo el entendido que se trata de consideraciones generales, pues en ejercicio de su potestad consultiva el órgano contralor no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas, proceder que se funda en el interés de no sustituir a las Administraciones Públicas, en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia, y evitar además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos, cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual impide rendir un criterio completo y suficientemente informado.

Finalmente, y dado que el Concejo Municipal acordó remitir la consulta de marras también a la Procuraduría General, vale advertir que esta opinión jurídica se emite sin perjuicio de lo que ese órgano asesor haya dispuesto o disponga sobre el particular.

II

CRITERIO DEL DESPACHO

De conformidad con lo indicado en el apartado anterior, y a modo de orientación general de ese Concejo Municipal, en caso que sean sometidos a su conocimiento y definición, situaciones o reclamos específicos vinculados con los temas en consulta, en cuanto a la **primera inquietud** debe tomarse en cuenta que en el estado actual del ordenamiento jurídico, los Alcaldes Municipales no pueden estar sujetos ni recibir pago alguno a título de dedicación exclusiva.

En ese sentido, tal y como lo ha señalado esta Contraloría General, el párrafo final del artículo 20 del Código Municipal, que sujetaba a los Alcaldes Municipales a **dedicación exclusiva**, sufrió una derogación tácita parcial en virtud del dictado de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública (Ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004), cuyo artículo 14 sujeta a dichos servidores a la **prohibición al ejercicio de profesiones liberales**. Veamos:

“(…) En el caso de los alcaldes municipales, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley No. 8422, no se encontraban cubiertos por la prohibición a la que venimos haciendo referencia, por lo que les aplicaría el régimen del 65%, siempre y cuando se ajusten a los indicados parámetros para determinar si les corresponde o no el pago de dicha compensación. A lo que sí estaban sujetos, de conformidad con el artículo 20 del Código

Municipal, era al régimen de dedicación exclusiva, estableciéndose que los alcaldes municipales devengarán, por concepto de dedicación exclusiva, calculado de acuerdo con su salario base, un 35% cuando sean bachilleres universitarios y un 55% cuando sean licenciados o posean cualquier grado académico superior al señalado. Sin embargo, entendemos que dicha norma ha sido derogada tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley No. 8422. Cabe recordar que con base en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y de la Procuraduría General de la República, para que dicho fenómeno jurídico acontezca, deben presentarse dos condiciones, por un lado que la normativa posterior regule la misma materia, y por otro lado que lo haga en forma incompatible, produciéndose por tanto una antinomia normativa.// Así, existe una antinomia entre la norma anterior que preveía el régimen de la dedicación exclusiva para el caso de los alcaldes municipales y la nueva normativa que más bien dispone la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales. Recordemos que en el caso de la dedicación exclusiva, ésta no es impuesta de forma obligatoria sobre el respectivo funcionario público, sino que es éste, quien por su propia voluntad, así lo decide. De tal forma, que resulta incompatible que por un lado se le dé la posibilidad de ejercer o no su profesión liberal, y que por el otro se le imponga que no puede hacerlo (...) Lo cual, nos lleva a concluir que efectivamente estamos frente a un caso de derogatoria tácita de la norma anterior, pues a partir de la entrada en vigencia de la Ley No. 8422 los alcaldes municipales que estén en posibilidad de beneficiarse por el ejercicio de la o las profesiones que posea, se encuentran impedidos por disposición del legislador para llevar a cabo dicho ejercicio, no quedando la decisión sujeta a la voluntad de los mismos. Por lo que, en consecuencia, únicamente podrán recibir el pago de la retribución económica del 65% a que hace referencia el artículo 15 de dicho cuerpo normativo, no correspondiéndoles pago alguno por concepto de dedicación exclusiva (...). (Oficio N° 2377 (DAGJ-506) del 1° de marzo de 2005, reiterado en el N° 14555 /DAGJ-1333) del 8 de octubre de 2008)

En idénticos términos, se ha pronunciado la Procuraduría General, señalando que: “(...) A partir de la entrada en vigencia de la ley N° 8422, y de conformidad con lo dispuesto en su numeral 14, las corporaciones municipales que en apego a lo establecido en el artículo 20 del Código Municipal tengan suscrito con sus Alcaldes contratos de dedicación exclusiva, deben proceder a ajustarse a lo dispuesto en la Ley de cita, razón de la incompatibilidad existente entre los institutos jurídicos previstos en ambos ordinales (...)”. (Dictamen N° C-423-2005 del 7 de diciembre de 2005)

A mayor abundamiento, el Transitorio III del Reglamento Ejecutivo a la Ley N° 8422 (Decreto Ejecutivo N° 32333 del 12 de abril de 2005), dispone lo siguiente:

“Transitorio III.—Aquellas personas cuyo cargo se encuentre afectado por las disposiciones del artículo 14 de la Ley, y se encontraren recibiendo a la fecha de su entrada en vigencia un pago por concepto de dedicación

exclusiva, deberán ajustarse a la prohibición legal, en cuyo caso serán acreedores al 65% sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo, porcentaje que resultará aplicable también a los servidores que perciban un porcentaje menor por concepto de prohibición, debiendo practicarse en tales casos el ajuste respectivo”.

Por otra parte, dado el carácter excluyente de la prohibición y la dedicación exclusiva, también se ha indicado que los contratos de dedicación suscritos por servidores sujetos ahora al régimen de prohibición, tal y como sucede en el caso de los Alcaldes Municipales de conformidad con el artículo 14 de la Ley N° 8422, quedaron sin efecto de pleno derecho al momento de entrada en vigencia de esta última.

“(…) debe tenerse presente que el régimen de dedicación exclusiva presenta una serie de diferencias con el de prohibición. Fundamentalmente, el primero tiene un carácter contractual, y por ende voluntario y renunciable, de tal suerte que el funcionario tiene la posibilidad de decidir si se acoge o no a éste, y de hacerlo, se compromete a no ejercer liberalmente su profesión, a cambio de la retribución económica pactada.

En cambio, en el caso de la prohibición, por su naturaleza ésta viene impuesta por ley, y en consecuencia, no existe posibilidad para el funcionario de negociar sus términos ni tampoco de renunciar a tal régimen, justamente por ser de acatamiento obligatorio.

Así las cosas, si anteriormente un funcionario estaba ligado por un contrato de dedicación exclusiva, por lo que recibía en su salario un plus determinado –que usualmente es del 55% sobre la base– a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 8422 el respectivo contrato debió perder sus efectos, para dar paso al régimen de prohibición, el cual opera de pleno derecho a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa. En ese sentido, nótese que el régimen impuesto por una norma con rango de ley resulta superior y con ello desaparece la posibilidad que anteriormente tenía el funcionario de negociar con la Administración un contrato de esta naturaleza, y de decidir libremente si se sometía o no a esa restricción a cambio de un incentivo salarial (...).” (Contraloría General, oficio N° 2375 (DAGJ-505) del 1° de marzo de 2005. En igual sentido pueden verse los oficios N° 7630 (DAGJ-1751) del 28 de junio de 2005 y N° 8056 (DAGJ-1871) del 5 de julio de 2005)

Así las cosas, los Alcaldes Municipales no pueden estar sujetos ni recibir pago alguno a título de dedicación exclusiva, toda vez que el régimen aplicable a dichos servidores es el de prohibición, la cual será compensada de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 8422, siempre que el servidor reúna tres tipos de requisitos cuya configuración simultánea debe verificarse, como son el *funcional, el académico, y el profesional*.

El primero, apunta al nombramiento y desempeño de uno de los cargos alcanzados por prohibición, mientras que los dos últimos atañen –respectivamente– al cumplimiento de los

requerimientos académicos y de incorporación profesional que así correspondan, esto según las particularidades de la rama del saber que se trate, ya que existen profesiones cuyo ejercicio demanda un título académico específico que podría ser insuficiente para otras, y profesiones en las cuales la colegiatura no es obligatoria o del todo no existe corporación, todo lo cual habrá de examinarse frente al caso específico que se llegue a presentar.

Finalmente, con relación a la **segunda inquietud** atinente al reconocimiento de anualidades a los Alcaldes Municipales, y sin pasar por alto que tanto esta Contraloría General como la Procuraduría General así lo han venido indicando¹, interesa advertir que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado en jurisprudencia clara y categórica que dicho reconocimiento resulta abiertamente improcedente, y en ese sentido pueden verse las resoluciones N° 2010-698, 2010-884 y 2010-885 de las 14:48 horas del 20 de mayo de 2010, 8:55 horas del 18 de junio de 2010 y 9:00 horas del 18 de junio del 2010 –respectivamente.

Siempre sobre el particular, si bien el Concejo Municipal puede consultar lo resuelto en dichas resoluciones, sin ser exhaustivos y a modo de resumen las consideraciones formuladas por la Sala Segunda se pueden resumir de la siguiente manera:

1. La figura de Alcalde Municipal está regulada por un régimen especial y posee características que diferencian su naturaleza jurídica del resto de los servidores municipales que se encuentran inmersos dentro de una relación de empleo público, dentro de las cuales se encuentran: ser de elección popular a partir del año 2002, estar separado del régimen constitucional de empleo público de los artículos 191 y 192, donde el ingreso de la función pública descansa en la idoneidad comprobada, requisito no exigible para esta categoría de funcionarios, al ser escogidos mediante procesos electorales y cuya forma de remoción, difiere también respecto del régimen de empleo público, ya que el Código Municipal -18 y 19- dispone para el Alcalde la pérdida de credenciales y el plebiscito.

2. La naturaleza del cargo de Alcalde Municipal puede ser susceptible de recibir una regulación particular tocante a la fijación de sus condiciones de empleo, lo cual se observa con mayor claridad en su régimen retributivo –artículo 20 del Código Municipal-

3. El régimen salarial especial para el cargo de Alcalde Municipal tiene su antecedente inmediato en el derogado Código Municipal de 1970, en el artículo 76 –reformado por ley 6841 del 11 de enero de 1983-; es decir, fue reformado con posterioridad a la reforma sufrida por la Ley General de Salarios de la Administración Pública –Ley No. 6835 del 22 de diciembre de 1982-. De ahí que la Ley General de Salarios sea norma general y anterior a la reforma introducida al numeral 20 del Código Municipal.

4. El artículo 20 del Código Municipal establece dos modelos salariales distintos aplicables al funcionario ejecutivo –Alcalde Municipal- ambos comprendidos por un rubro global,

¹ En este sentido, puede verse el oficio esta Contraloría General N° 10310 (DAGJ-1313-2008) del 2 de octubre de 2008, así como los dictámenes de la Procuraduría General C-276-1998, C-26-1996, C-141-1999, C-22-2000, C-87-2006, C-70-2008, C-292-2008.

cuya distinción parte de la base para su cálculo, uno dependiente del presupuesto municipal y otro subsidiario, diseñado para mantener la consistencia en la estructura salarial de la municipalidad. Dicha norma establece la existencia de un sistema retributivo propio para el Alcalde Municipal.

5. La especificidad del régimen retributivo lo abstrae de la aplicación de la legislación salarial de la cual son destinatarios los restantes servidores municipales sujetos a la carrera administrativa municipal, normativa en la que resulta incluida la Ley de Salarios de la Administración Pública.

6. La existencia de un régimen remunerativo concreto para los Alcaldes Municipales hace que jurídicamente no sea factible emplear otras normas que dispongan beneficios salariales en su favor no contemplados por el Código Municipal.

7. No son de aplicación en el presente caso las disposiciones 4, 5 y 12 inciso d) de la Ley de Salarios de la Administración Pública, por las siguientes razones, según expone la Sala Segunda:

- Por ser norma general anterior a la reforma introducida a través del numeral 20 del Código Municipal.
- Porque es un funcionario representativo de elección popular y por tanto, su relación de empleo con la Administración no se encuentra regulada, en los aspectos que interesa, por las normas propias de la relación de empleo público.

En los términos anteriores dejamos atendida su consulta.

Atentamente,

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Licda. Francella Navarro Moya
Fiscalizadora Asociada

Lic. Jainse Marín Jiménez
Fiscalizador

JMJ/FNM/mcc
Ci: Archivo Central
NI: 13891
G: 2010001891-1