

## DIVISIÓN JURÍDICA

---

Al contestar refiérase  
al oficio No. **09914**

12 de octubre 2010  
**DJ-3823-2010**

Señor  
Gerardo Sandí Hidalgo  
Secretario Municipal  
Concejo Municipal de San Mateo  
**MUNICIPALIDAD DE SAN MATEO**

Estimado señor:

**Asunto:** Se atiende consulta del Concejo Municipal sobre la posibilidad de suspender o eliminar las prohibiciones y exclusividades salariales hasta tanto la municipalidad pueda cubrir los gastos salariales.

Damos respuesta a su oficio no. SCM-SM 100607 del 1 de junio de 2010, mediante el cual transcribe el acuerdo adoptado por el Concejo Municipal en la sesión ordinaria no. 03-2010, celebrada el 17 de mayo de 2010, que acuerda solicitar un criterio a la Contraloría General de la República en punto a si se pueden eliminar las prohibiciones y exclusividades salariales hasta tanto la municipalidad pueda cubrir los gastos salariales, dado que esa municipalidad acarrea desde el 2007 un déficit aproximado de sesenta millones a la actualidad pues varios funcionarios presentaron en el 2008 un recurso de amparo porque se les adeudaban aumentos salariales y la Sala Constitucional le ordenó a la Municipalidad cancelar esos extremos laborales en un mes a partir de la notificación de la resolución. Asimismo, señala que a la fecha se adeudan aumentos salariales de ley y además, aunque podría pensarse en una reingeniería o reestructuración organizativa no hay dinero para liquidaciones de trabajadores.

Es pertinente señalar, en primera instancia, que para la atención de consultas la Contraloría General emitió la circular no. CO-529, publicada en La Gaceta no. 107 del 05 de junio del año 2000, denominada "*Circular sobre la atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República*", donde se establecen los requerimientos para la presentación de las gestiones de consulta y se indica, además, que en el ejercicio de su función consultiva, el Departamento Legal de este órgano contralor solo atenderá las consultas propias de su competencia, acompañadas del criterio legal sobre el asunto de que se trate.

En este orden de ideas, esta circular indicó que la mayoría de los entes y órganos públicos cuentan con unidades de asesoría legal o pueden recurrir a la que prestan otros organismos afines. Por lo anterior, se reguló en esta circular en los puntos 3 y 6, lo siguiente:

“3. Toda consulta debe presentarse por escrito, debidamente firmada por el jerarca del ente u órgano consultante, con una detallada explicación sobre los aspectos

que ofrecen duda y que originan la gestión. Deberá acompañarse del dictamen de la unidad especializada del órgano o ente consultante, en la materia de que se trate, salvo que se demuestre fehacientemente que no es posible cumplir con este requisito.

6. El incumplimiento de las anteriores disposiciones facultará a la Contraloría General de la República para rechazar de plano la gestión, comunicándose así al gestionante (...)"

En virtud de los antecedentes anteriormente desarrollados, se concluye que esta consulta incumple los requisitos indicados pues no se aporta el criterio legal en este caso y tampoco se exponen con claridad, las razones que justifican la solicitud de criterio planteada.

Recordemos que el dictamen o informe de la asesoría legal que se agregue a la gestión debe ser un estudio específico, profundo y serio, que comprenda la interpretación que brinda esa entidad administrativa sobre el tema o temas que interesan al jerarca; debe hacer referencia tanto a la normativa, como a la jurisprudencia -administrativa y judicial- y doctrina que, a criterio del profesional correspondiente, sean atinentes con la inquietud o inquietudes a dictaminar, y que luego serán eventualmente sometidas a nuestra consideración. Por otra parte, en ese informe se debería llegar a una determinada posición sobre el tema en consulta

De conformidad con lo expuesto procedería el rechazo de plano de la gestión consultiva sin perjuicio de su presentación posterior; sin embargo, en un afán de colaboración procederemos a hacer algunas consideraciones sobre lo consultado con el fin de orientar a esa entidad municipal sobre las acciones a seguir, por ser ello de su competencia.

En ese sentido, insistimos sobre las atribuciones y responsabilidades que pesan sobre las autoridades municipales respecto a la correcta utilización de los fondos públicos de los que disponen, de lo cual como funcionarios públicos y en atención a lo establecido en el artículo 11 de la Constitución Política y diversa normativa legal e infralegal, se encuentran sometidas a una evaluación de resultados y deben rendir cuentas.

De previo a dar respuesta puntual a su interrogante consideramos importante hacer una breve referencia a dos institutos jurídicos que relacionados entre sí obedecen a diferentes situaciones, estos son la dedicación exclusiva y la prohibición, los cuales tienen incidencia en el ámbito laboral de las municipalidades.

La dedicación exclusiva es un régimen consensual que permite a la administración contar con un cierto grupo de funcionarios para que no ejerzan su profesión liberalmente, sino que brinden la totalidad de sus servicios a la institución contratante, a cambio de una retribución económica o un plus salarial. Es un régimen de naturaleza contractual y por ende no impositivo, surge por el acuerdo de voluntades entre la administración y el funcionario, a efectos de lograr una mayor eficiencia en el servicio público.<sup>1</sup>

En otros casos lo que opera es una prohibición, es decir, no es discrecional para la entidad municipal ni para el funcionario público acogerse al régimen de dedicación exclusiva, sino que lo ordenado en su lugar es prohibición para el ejercicio de las profesiones liberales y como prohibición resulta obligatoria, por lo que en criterio de este órgano contralor esa entidad municipal debe tener claridad al respecto.

---

<sup>1</sup> Al respecto véase oficio reciente de este órgano contralor que se refirió al tema, no. 00029 (DJ-0014) del 05 de enero del 2010.

Por ejemplo, en virtud de las atribuciones, funciones y responsabilidades asociadas a ciertos cargos públicos, diversas normas legales dentro de las que se incluye la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley no. 8 del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas), el Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Ley no. 4755 del 3 de mayo de 1971), la Ley de Compensación Económica sobre el Salario Base de Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública (Ley no. 5867 del 15 de diciembre de 1975), la Ley General de Control Interno (Ley no. 8292 del 31 de julio de 2001) y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley no. 8422 del 6 de octubre de 2004), sujetan a quienes los ocupen a una restricción para ejercer de manera privada la o las profesiones que ostenten, esto aunque su tenencia no haya sido requisito para acceder a aquellos.

Esta restricción se impone con la finalidad de asegurar una dedicación completa del servidor a las importantes tareas y labores públicas que le han sido encomendadas y evitar que su interacción con el ámbito privado ponga en riesgo su atención efectiva, merced al surgimiento real o potencial de conflictos de intereses que puedan suscitarse. Es decir, está dirigida a asegurar la prevalencia del interés público sobre cualquier otro tipo de interés privado (propio o de terceros), pues este último no siempre es idéntico ni compatible con aquél, e incluso a veces se contraponen.

Partiendo de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 27 de la Ley no. 8422, se establece una lista taxativa de altos cargos públicos, (en el caso de la estructura municipal, entre otros, el alcalde, el auditor interno, el jefe de proveeduría) cuyos funcionarios titulares se encuentran cubiertos por el régimen de prohibición que a tal efecto se establece.

Ahora bien, interesa también destacar que para que resulte aplicable la retribución prevista en el numeral 15 de la mencionada Ley No. 8422, se deben cumplir los tres presupuestos establecidos por el artículo 14, a saber, ostentar alguno de los puestos públicos mencionados expresamente por la norma (el aspectos funcional) y, además, dicho servidor público debe contar con el grado académico necesario, así como en su caso encontrarse debidamente incorporado al colegio profesional respectivo, que lo faculte para ejercer alguna o varias profesiones liberales. Es decir, no basta con que una persona desempeñe alguno de los cargos públicos enumerados por el artículo 14, sino que para que proceda el pago de la prohibición respectiva, dicho funcionario debe estar en posibilidad de beneficiarse por el ejercicio de la o las profesiones que posea.

Adicionalmente, es necesario señalar que la determinación de los aspectos anteriores debe hacerlo la administración municipal por medio de un estudio de puestos y funciones. Una vez definidos los puestos que pueden ser sometidos al régimen de dedicación exclusiva y los que están sujetos a prohibición, deberá analizarse el costo que para el presupuesto de esa municipalidad implica el reconocimiento a derecho de estos pluses salariales y deberá incorporarse en el presupuesto municipal el contenido económico para hacerle frente a estos pagos.

Ahora bien, volviendo al punto en concreto de su consulta, determinado a lo interno de la instancia municipal los funcionarios que se rigen por el instituto de la prohibición, habiéndose cumplido con todos los requisitos al respecto, los pluses salariales que esa municipalidad ha venido cancelando a los funcionarios por concepto de prohibición obedecen a una razón de ley obligatoria que esa municipalidad no puede de modo alguno dejar de cumplir, no puede esa municipalidad dejar de cancelarlos –no obstante la situación tan penosa que entendemos sufre esa municipalidad en cuanto a sus finanzas-.

De actuar en ese sentido, aparte de transgredir el principio de legalidad se expone a demandas laborales pues el salario del trabajador es un derecho inviolable e intocable; no se puede rebajar el salario del trabajador sin antes haber cumplido con el procedimiento y el debido proceso que eventualmente justifique actuar en ese sentido. Aunado a lo anterior y razón de peso, valga la redundancia la prohibición es una prohibición, el funcionario municipal no puede renunciar ni oponerse a ella, sino que está obligado a cumplirla y como contraparte tiene el derecho a disfrutar del beneficio que se traduce en una compensación por el no ejercicio de su profesión liberal.

En el caso de la dedicación exclusiva –a título de opinión jurídica– este órgano contralor considera que la situación es diferente porque este beneficio surge de un convenio bilateral contractual entre la entidad municipal y el funcionario municipal al que voluntariamente decide acogerse el funcionario y se compromete al no ejercicio de su profesión liberal recibiendo un pago; no está obligado a ello, no es impositivo y puede renunciar a ese compromiso en cualquier momento.

En ese sentido, si podemos estar ante la posibilidad de que el funcionario pueda renunciar a la dedicación exclusiva, y si estamos ante un régimen consensual de naturaleza contractual y, por ende, no impositivo que surge por el acuerdo de voluntades entre la administración y el funcionario, a efectos de lograr una mayor eficiencia y transparencia en el servicio público, igual la administración podría acordar dejar de cancelar ese rubro por su propia voluntad ante circunstancias de peso debidamente razonadas.

Es decir, al ser voluntario es voluntario para ambas partes, es decir, la entidad municipal no está obligada a tomar la decisión de hacer el reconocimiento de este plus salarial a sus funcionarios, e incluso cuando lo establece debe motivar y razonar el otorgamiento de este beneficio de frente a los recursos de las arcas municipales y reglamentar debidamente al respecto, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de ley. Tampoco estamos ante un derecho adquirido a favor del funcionario, es una situación de acuerdo bilateral de ambas partes por lo que cuando una de las partes no desee continuar con la relación, podría acudir a la figura de la rescisión en los términos en que esté regulado en el contrato, previo pago de la indemnización correspondiente.

Mientras tanto, de existir el beneficio de la dedicación exclusiva en la entidad municipal, todos aquellos funcionarios que cumplan con los requisitos establecidos en el reglamento y procedan a derecho podrán acogerse voluntariamente a este beneficio en similar e igualdad de condiciones con sus congéneres. Por ello de estudiarse y analizarse la posibilidad de eliminar el beneficio de la dedicación exclusiva para los funcionarios de la municipalidad tendría que dejarse sin efecto (derogarse) el reglamento que estipula este beneficio, pues hay que derogar o dejar sin efecto la norma que le da sustento jurídico.

Ahora bien cuando existen contratos por escrito que hayan reconocido el beneficio deberíamos partir del supuesto de que todo convenio para el pago de las exclusividades como regla de principio debería tener un plazo determinado, no ser de carácter indefinido pues obedece a la voluntad de las partes en un determinado momento y espacio, y en ese supuesto las partes deberían atenerse al plazo establecido. Sin embargo, en las instancias municipales no siempre cuando se suscribe un convenio para el pago de la dedicación exclusiva se incorpora el plazo, por lo que en caso de que se rescinda el contrato en forma anticipada, la administración tendría que asumir las consecuencias jurídicas que al respecto pudieran suscitarse.

De frente a la reglamentación que opere en esa municipalidad y a los contratos que se hayan suscrito le corresponde al Concejo Municipal –bajo su exclusiva responsabilidad y la asesoría legal y técnica procedente- analizar la situación y determinar si es posible eliminar este

beneficio a nivel general para todos los funcionarios municipales, eso sí deben considerarse los riesgos que ello conlleva de frente a los costos que eventualmente deba afrontar por demandas laborales o amparos que presenten sus funcionarios cuando les sea eliminado este régimen y se consideren perjudicados, pues nadie les puede impedir el acudir a los tribunales de justicia en amparo de su situación jurídica.

De esta forma, dejamos evacuada su consulta.

Atentamente,

Lic. Roberto Rodríguez Araica  
**Gerente Asociado**

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

SCHC  
Cc División de Fiscalización Operativa y Evaluativa  
NI: 11001  
Gest. 2010001553-1