

Oficio N° **8703**

19 de junio, 2015
CGR/DJ-1148

Señor
Jorge A. Sánchez Rojas
Auditor Interno
MUNICIPALIDAD DE TURRUBARES, S.J.

Estimado señor:

Asunto: *Respuesta a solicitud de criterio sobre varias interrogantes.*

Se refiere esta División Jurídica a su oficio número MTAI-009-2015 de fecha 27 de abril del 2015, recibido en esta Contraloría General de la República el día 8 de mayo del mismo año, mediante el cual se solicita se respondan una serie de dudas con respecto a varios temas.

I. OBJETO DE LA CONSULTA

En el texto de la consulta realizada, se plantean concretamente las siguientes interrogantes:

“1. ¿En el caso que nos ocupa la profesión a nivel bachillerato en el campo de la Agronomía el Colegio profesional respectivo los acepta como tales, están facultados por ley a devengar en calidad de Alcalde municipal el 65% en concepto de prohibición?

2. Con relación en la pregunta anterior porque [sic] razón a un abogado y a un contador público para efectos de su nombramiento en el sector público [sic] ya sea municipal o gobierno central, se les exige ser licenciados en sus respectivas profesiones los aceptan y les cancelan la prohibición y/o dedicación exclusiva con el grado de bachiller, sin considerar que el numeral 33 de nuestra Constitución establece igualdad de condiciones, estamos los demás indefensos ante este tipo de situaciones?

3. ¿La administración de las municipalidades del país, al aplicar el artículo 20 de la ley No. 7794, código municipal, para efectos del cálculo del salario

del Alcalde, continúan tomando el salario total mas [sic] alto aunque se incluya prohibición y/o dedicación exclusiva, más las anualidades acumuladas y carrera profesional, si se diera el caso, a sabiendas que la normativa vigente indica lo contrario ejemplo los funcionarios de elección popular no están autorizados a devengar anualidades y otros rubros, al aplicar el porcentaje de la prohibición son considerados, esto es simple se aplica prohibición sobre prohibición, además de las anualidades y otros rubros? (ver dictamen C-178-2013), de continuar esta situación tan desproporcionada y supuestamente ilícita, las arcas municipales seguirán sufriendo las consecuencias.

4. Resulta necesario conocer cuál es el procedimiento o normativa para conocer que profesiones se consideran de carácter liberal y cuáles no?, se conocen casos de educadores como lo que publico [sic] canal 7 recientemente y además de alcaldes bachiller en Ciencias políticas y otras que supuestamente no tienen colegio profesional, que se les paga prohibición, y en algunos casos reciben pensión y salario municipal.

5. ¿Por qué razón los funcionarios de elección popular como los Alcaldes y primeros vice alcaldes, que se incluyen en las planillas de las Instituciones Municipales, se les cancela el porcentaje establecido a la operadora de pensiones en concepto de cesantía, si estos supuestamente por ley no se les paga ese rubro, al terminar sus funciones?"

Consulta en la cual no se indica la posición, ni el fundamento respectivo.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se encuentra regulada en el artículo 29 de la Ley Orgánica n.º 7428 del 7 de setiembre del año 1994, en el cual se estableció que el Órgano Contralor ejerce la potestad consultiva en el ámbito de sus competencias, de manera que atiende las consultas que al efecto le dirijan los órganos parlamentarios, los diputados de la República, los sujetos pasivos y los sujetos privados no contemplados en el inciso b) del artículo 4, de la indicada ley.

En este sentido, el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, n.º R-DC-197-2011 de las 08:00 horas del 13 de diciembre de 2011, en el artículo 8 se establece de manera puntual las condiciones que rigen el trámite y la atención de las consultas ingresadas como parte del ejercicio de la competencia consultiva. Concretamente, en sus incisos 1) y 2) se indica lo siguiente:

“Artículo 8º- Requisitos para la presentación de las consultas. Las consultas que ingresen para su atención conforme al artículo 29 de la Ley No. 7428, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 1. Tratarse de asuntos de competencia del órgano contralor.*
- 2. Plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito*

*de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante.
(...).*”

De lo cual se desprende la obligación de presentar las consultas dentro de las materias propias de la competencia constitucional y legal de esta Contraloría General (vinculada con la Hacienda Pública), así como plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante.

Dicho proceder, valga acotar, obedece a la finalidad propia del proceso consultivo, que no pretende sustituir a la administración en la toma de decisiones respecto de las competencias que le han sido asignadas en el ordenamiento jurídico, a la vez que se trata de evitar el riesgo que genera la emisión de un criterio vinculante sobre la base de supuestos fácticos y jurídicos que no se conocen a plenitud, y por ende, puede generar un pronunciamiento errado en sus conclusiones. De manera que –reiteramos- el carácter general de las observaciones y el análisis que aquí se plantea sobre los temas en consulta.

Lo anterior no impide, sin embargo, emitir un criterio vinculante, respecto a consultas relacionadas con el ámbito competencial de la Contraloría General (definido por el Constituyente y perfilado por el legislador ordinario), máxime cuando se trate de temas o materias abordados previamente en el ejercicio de su potestad consultiva. Esto en el entendido, claro está, que se trata de consideraciones que se esbozan desde una perspectiva general y no respecto a una situación específica e individualizada, y dirigidas por demás a orientar a la entidad consultante en la toma de sus decisiones.

La potestad consultiva no debe verse como un medio por el cual se sustituye a la Administración en el manejo particular de situaciones en el plano meramente administrativo, de los conflictos internos que se puedan generar entre las diferentes instancias en el seno de la administración consultante, o en la adopción de acuerdos o decisiones en sede administrativa. Tampoco como validación o confirmación de las conductas previamente adoptadas por la Administración activa, en cuyo supuesto deviene improcedente nuestro pronunciamiento por la vía consultiva.

III. CRITERIO JURÍDICO DEL DESPACHO

Para una mayor claridad en atención a la consulta, se abordará lo planteado de manera separada, por lo que procederemos a analizarlo de la siguiente manera.

➤ **Consideraciones sobre el concepto de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales**

Como primer interrogante se consulta si la profesión a nivel bachiller en el campo de la agronomía, están facultados por ley a devengar en calidad de Alcalde Municipal, el 65% en concepto de prohibición; adicionando como segunda interrogante la razón de por qué a un abogado y a un contador público, para efectos de su nombramiento en el sector público, se les exige ser licenciados en sus respectivas profesiones, con un mínimo de tres años de experiencia, y en el caso del agrónomo y/u otras profesiones, los aceptan y les cancelan la prohibición y/o dedicación exclusiva con el grado de bachiller, sin considerar que el numeral 33 de la Constitución Política, establece igualdad de condiciones.

Cabe aclarar que este Órgano Contralor no se va a pronunciar sobre situaciones concretas como anteriormente se indicó, pero en aras de colaborarle al consultante, dicha interrogantes planteadas tratan un tema común, como lo es la prohibición para el ejercicio de las profesiones liberales, respecto del cual este Órgano Contralor procederá a formular algunas consideraciones generales, a fin de que la Administración activa pueda efectuar las valoraciones pertinentes, de frente a la adopción de conductas administrativas con efectos concretos, que deberán ajustarse plenamente al ordenamiento jurídico.

En virtud de lo indicado y tal y como ya lo ha manifestado este Órgano Contralor en otras oportunidades, el ejercicio de la profesión liberal es un derecho fundamental consagrado en los artículos 45 y 65 de nuestra Constitución Política, en el que su contenido esencial es el derecho de elección de la profesión y el libre ejercicio de la actividad profesional.¹

Además, la Sala Constitucional aborda el tema de las profesiones liberales en los siguientes términos:

“Tradicionalmente, dentro de las profesiones liberales se aglutinan aquellas que suponen el ejercicio de una actividad de orden intelectual o técnico, mediante la aplicación de ciertas reglas científicas y técnicas que deben ser manejadas con suma propiedad por su titular, previa habilitación para ejercerla a través de la obtención de un título idóneo y adecuado y, eventualmente, la incorporación al colegio profesional respectivo. La singularidad de las profesiones liberales surge de la inexistencia de una relación de dependencia con su clientela, de modo que el profesional liberal tiene autonomía e independencia plena en la forma de prestar los servicios profesionales –horario, lugar, etc.- dado que lo hace por cuenta

¹ Ver en este sentido, las resoluciones de la Sala Constitucional n.º 2005-01819 de las 8:47 horas del 25 de febrero de 2005, n.º 1626 de las 15:21 horas del 28 de marzo de 1997 y n.º 2508-94 de las 10:27 horas del 27 de mayo de 1994; los oficios de esta Contraloría General n.º 7150 (DAGJ-1672) del 20 de junio de 2005, n.º 10455 (DAGJ-1333-2008) del 08 de octubre de 2008, n.º 5655 (DJ-0432-2014) del 14 de junio de 2014, n.º 6498 (DJ-491-2014) y n.º 7180 (DJ-0537-2014) del 1º y 6 de julio de 2014, respectivamente; así como los siguientes pronunciamientos de la Procuraduría General de la República n.º C-054-2000 de 17 de marzo del 2000, n.º C-055-2001 de 27 de febrero del 2001, C-209-2002 de 21 de agosto del 2002 y n.º OJ-059-2010 del 25 de agosto de 2010.

*propia, razón por la cual sus servicios son remunerados mediante honorarios. El profesional liberal aplica, para un caso concreto, sus conocimientos científicos o técnicos sin someterse a ninguna dirección y bajo su exclusiva responsabilidad, esto es, de acuerdo a su leal saber y entender”.*²

En este sentido, la Procuraduría General de la República por su parte ha dicho en torno a las profesiones liberales lo siguiente:

*“(...) Ahora bien, esta Procuraduría ha definido las profesiones liberales “como aquellas que, además de poderse ejercer en el mercado de servicio en forma libre, es necesario contar con un grado académico universitario y estar debidamente incorporado al respectivo colegio profesional, en el caso de que exista. En otras palabras, las profesiones liberales serían aquellas que desarrolla un sujeto en el mercado de servicios, el cual cuenta con un grado académico universitario, acreditando su capacidad y competencia para prestarla en forma eficaz, responsable y ética, y que está incorporado a un colegio profesional (...)”.*³

Por lo que las profesiones liberales son las que se ejercen en el mercado de los servicios, en el que es necesario contar con un grado académico universitario otorgado en una rama del conocimiento, así como su incorporación al Colegio Profesional respectivo (bajo el entendido que exista y que sea exigida la condición como necesaria y suficiente para el ejercicio)⁴; entendiéndose además que está sujeto a límites y limitaciones⁵.

Límites propios del contenido de cada derecho que impide el otorgar una mayor amplitud de la que le corresponde. Limitaciones son restricciones al contenido impuestas por medio de una norma con rango de Ley. Siendo la justificación, la no afectación a terceros, la protección de la moral y el orden público. (Artículos 28 de la Constitución Política y 19 de la Ley General de la Administración Pública).

Por lo que una de las limitaciones al ejercicio liberal de la profesión, es el instituto de la prohibición, el cual, entre otros, y para los efectos que interesan, es decir, en el caso de Alcaldes y vicealcaldes, está definido mediante el numeral 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, n.º 8422 y el artículo 20 del Código Municipal. Los cuales dicen expresamente lo siguiente:

“Artículo 14.- Prohibición para ejercer profesiones liberales. No podrán ejercer profesiones liberales, el presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo

² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2004-08728 de las 15:22 horas del 11 de agosto del 2004.

³ Opinión Jurídica n.º OJ-076-2003 del 22 de mayo de 2003, y Dictamen n.º C-379-2005 del 7 de noviembre del 2005.

⁴ Contraloría General de la República. Oficio n.º 10455 (DAGJ-1333) del 08 de octubre de 2008.

⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia n.º 3063-2013 de las 08:00 horas del 18 de agosto de 2010.

de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, el fiscal general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, sus respectivos intendentes, así como los alcaldes municipales y los subgerentes y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública, así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público. Dentro del presente Artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público.

De la prohibición anterior se exceptúan la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. En tales casos, no deberá afectarse el desempeño normal e imparcial del cargo; tampoco deberá producirse en asuntos que se atiendan en la misma entidad pública o Poder del Estado en que se labora.”

Inicialmente es necesario que exista una norma que le imponga al funcionario afectado el sometimiento al régimen, lo cual debe ser seguido por un acto formal de nombramiento del funcionario en el puesto, así como que los servidores cumplan con las condiciones indispensables dispuestas para el ejercicio de las profesiones liberales.

De manera puntual, esta Contraloría General ha indicado en otras ocasiones, que para la aplicación y posterior reconocimiento del instituto de la prohibición al ejercicio de la profesión, es necesario cumplir con los siguientes tres requisitos:

*“(...) primero, el **requisito funcional**, esto es, estar nombrado mediante formal acto de nombramiento en propiedad, de forma interina o de suplencia en el cargo que se encuentra afectado por la prohibición; segundo, el **requisito académico**, es decir, que la persona debe poseer un título académico universitario que le acredite como profesional en determinada área del conocimiento -lo cual debe valorarse en cada caso en particular, pues cada disciplina científica establece el grado académico que necesita la persona para ser considerado profesional-; tercero, el **requisito profesional**, que consiste en la incorporación de la persona en el colegio profesional respectivo, lo anterior en caso que dicha corporación exista y que su incorporación sea exigida como condición necesaria y suficiente para el ejercicio profesional.*

*Bajo esa inteligencia, es importante advertir que **la compensación económica se da solamente a favor de quienes están en posibilidad de ejercer una profesión de manera liberal**, por lo que si el servidor respectivo no reúne los requisitos anteriormente señalados, no podrá ser acreedor a dicha compensación.”⁶*

Bajo esta línea de pensamiento, es que esta Contraloría General mantiene su criterio que si un funcionario ocupa alguno de los cargos referenciados en los ordinales 14 de la Ley n.º 8422 y 27 de su Reglamento, no podrá ejercer la profesión liberal que ostente, pese a que no sea un requisito indispensable para ejercer el puesto que ocupa en la Administración.

Aunado a lo anterior, valorando concretamente uno de los requisitos, como es el profesional, la Procuraduría General de la República ha manifestado lo siguiente:

“(…) Lo primero que debe aclararse enfáticamente es que esta Procuraduría General ha venido señalando en distintas oportunidades que si bien es cierto es requisito indispensable la incorporación al colegio profesional respectivo para el ejercicio legal de la profesión, existen casos en que para determinada carrera no existe un colegio profesional creado por ley, situación en la que, desde luego, resultaría a todas luces ilógico pensar que los graduados no puedan ejercer su profesión, pues ello sería tan absurdo como pretender exigir una condición de imposible cumplimiento. En este sentido, no puede perderse de vista que, como se explicó líneas atrás, estamos frente a una libertad fundamental, cuyo ejercicio no está sujeto más que a las limitaciones previstas en la ley e impuestas básicamente por razones de interés público. Ergo, en esta materia rige el principio de autonomía de la voluntad, de ahí que si el legislador no ha impuesto en determinada área del conocimiento la colegiatura obligatoria como requisito para la habilitación profesional, es evidente que la persona está en libertad para ejercer liberalmente su profesión desde que obtiene el respectivo grado académico, sin estar incorporado a ningún colegio profesional.../ Al respecto, es claro que si el profesional decide no incorporarse al respectivo colegio o bien incurre adrede en una conducta que provoca su inhabilitación, se encuentra en una condición que no le permite el ejercicio liberal, a nivel privado, de su profesión, de ahí que no contando con esa posibilidad, igualmente está ausente la causa para pagar el plus compensatorio, habida cuenta de que la razón de que no puede dedicarse al ejercicio privado no es la prohibición impuesta por ley dada su condición de funcionario público, sino el incumplimiento de requisitos legales impuestos a cualquier profesional en

⁶ Oficio n.º 5655-2014 (DJ-0432-2014) del 10 de junio de 2014, en el que también se remite al oficio n.º 10455 (DAGJ-1333-2008) del 8 de diciembre de 2008. Además puede verse en el mismo sentido el oficio n.º 08125 (CGR/DJ-1060-2015) del 10 de junio de 2015 y n.º 10423 (DJ-0718-2014) del 2 de octubre de 2014.

ese campo, aún cuando no ocupara ningún puesto en la administración (...).⁷

En virtud de dicha limitación, encontramos que en el artículo 15 de la indicada Ley 8422, el legislador le otorgó una indemnización de un 65%, calculado sobre el salario del servidor público afectado, en los siguientes términos:

*“Artículo 15.- **Retribución económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales.** Salvo que exista un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica por la aplicación del artículo anterior será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo.”*

Por lo que surge de una relación particular que tienen determinados servidores públicos con el Estado y cuyos objetivos son el evitar posibles conflictos de intereses, entre las labores que realiza la persona en el sector público y en el ámbito privado, y además, que el funcionario público se dedique completamente a su función, abstrayéndose de otras actividades -sean del sector público o del privado- que puedan comprometer la dedicación que debe primar en el ejercicio de su cargo. Por lo que no puede ser entendido como un plus salarial, pues la naturaleza de ese monto pecuniario es indemnizatoria, razón por la cual no se le puede tratar como un incentivo⁸.

Además, ha de agregarse que en este artículo no se establece un porcentaje de compensación según el grado académico, sino que define dicha compensación económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%), sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo, cuando simultáneamente se cumplan los requisitos anteriormente referidos, constituyéndose por tanto en el justo reconocimiento para quienes, en razón de la función que desempeñan, se ven imposibilitados para ejercer su profesión fuera del órgano o ente público para el cual ordinariamente prestan sus servicios.

Por todo lo anterior, se observa que los servidores legalmente sometidos al régimen de prohibición y que puedan ser sujetos de la compensación económica dispuesta para tales efectos, deben cumplir con las condiciones indispensables y establecidas para el ejercicio de las profesiones liberales, como lo es que esté dispuesto en una norma legal que le imponga al funcionario afectado el sometimiento al régimen de prohibición y su correspondiente compensación, lo cual deberá estar seguido por un acto formal de nombramiento, así como que el funcionario cumpla con las condiciones indispensables dispuestas para el ejercicio de los profesiones liberales (académicas y profesionales).

Finalmente, con todos los elementos brindados, se aclara que le corresponderá a la Administración consultante el análisis riguroso y minucioso de cada caso concreto, para

⁷ Dictamen n.º C-287-2006 del 18 de julio de 2006.

⁸ Contraloría General de la República. Oficio n.º 5655-2014 ibídem, y el n.º 2338 (DAGJ-241) del 6 de marzo de 2007.

determinar si el bloque de legalidad vigente y aplicable, permite la aplicación del instituto de la prohibición a determinados funcionarios; y posteriormente definirá si el funcionario cumple con todos los requerimientos que se citaron con antelación —preparación académica, ejercicio de una profesión liberal, incorporación al respectivo colegio profesional (cuando proceda), entre otros—. Y de esta forma garantizar que quien ocupe determinado cargo, dadas sus funciones, tareas y responsabilidades, se encuentre alcanzado por la prohibición al ejercicio de profesiones liberales.

➤ **Consideraciones sobre la normativa que rige la remuneración de un Alcalde Municipal**

En la tercera interrogante planteada, se cuestiona si al aplicar el artículo 20 del Código Municipal para efectos del cálculo del salario del Alcalde, debe tomarse en cuenta el salario total más alto de la respectiva Municipalidad, aunque éste incluya la prohibición y/o dedicación exclusiva, más las anualidades acumuladas y carrera profesional (si se diera el caso), a pesar que los funcionarios de elección popular no están autorizados a devengar anualidades y otros rubros, con lo cual además se podría estar aplicando prohibición sobre prohibición. El planteamiento de esta interrogante llama profundamente la atención de esta Contraloría General, porque hace aproximadamente seis meses el consultante planteó una gestión en igual sentido y mediante el oficio n.º 14617 (DJ-0951-2014) de fecha 18 de diciembre de 2014, se le brindó la respuesta correspondiente. De ahí que, dado que no se ha producido un cambio de criterio, lo que se impone es reiterar el planteamiento general y posición de esta Contraloría, sobre la interpretación de los términos regulados mediante el numeral 20 del Código Municipal.

Un Alcalde Municipal es un funcionario público de elección popular cuya relación de servicio se encuentra regulada por normativa especial, esto ha sido reconocido así en la Constitución Política. Obsérvese que a partir de la forma de ingreso al cargo, se observan importantes particularidades del régimen de dicho funcionario, con respecto al que ostentan los restantes funcionarios municipales. De ahí que tanto su naturaleza, como su régimen salarial, no es equiparable al que presentan otros funcionarios municipales que se rigen por normas especiales dispuestas para el empleo público.⁹

Una de las evidencias del régimen especial que posee el Alcalde, es el componente salarial¹⁰, lo cual se encuentra establecido de manera expresa y específica dentro del numeral 20 del Código Municipal, que a la sazón dispone lo siguiente:

“Artículo 20.- *El alcalde municipal es un funcionario de tiempo completo y su salario se ajustará, de acuerdo con el presupuesto ordinario municipal, a la siguiente tabla:*

⁹ Ver en este sentido, la resolución n.º 3783-2010 de las 14:15 horas del 6 de octubre de 2010, del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, respecto a los razonamientos generales que refieren a la determinación del salario de los Alcaldes, regulada por los artículos 20 y 30 del Código Municipal.

¹⁰ Resolución n.º 3783-2010 de las 14 horas 15 minutos del 6 de octubre de 2010, del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

Monto del presupuesto		Salario
HASTA	¢50.000.000,00	¢100.000,00
De ¢50.000.001,00	a ¢100.000.000,00	¢150.000,00
De ¢100.000.001,00	a ¢200.000.000,00	¢200.000,00
De ¢200.000.001,00	a ¢300.000.000,00	¢250.000,00
De ¢300.000.001,00	a ¢400.000.000,00	¢300.000,00
De ¢400.000.001,00	a ¢500.000.000,00	¢350.000,00
De ¢500.000.001,00	a ¢600.000.000,00	¢400.000,00
De ¢ 600.000.001,00	en adelante	¢450.000,00

Anualmente, el salario de los alcaldes municipales podrá aumentarse hasta en un diez por ciento (10%), cuando se presenten las mismas condiciones establecidas para el aumento de las dietas de los regidores y síndicos municipales, señaladas en el artículo 30 de este código.

No obstante lo anterior, los alcaldes municipales no devengarán menos del salario máximo pagado por la municipalidad más un diez por ciento (10%).

Además, los alcaldes municipales devengarán, por concepto de dedicación exclusiva, calculado de acuerdo con su salario base, un treinta y cinco por ciento (35%) cuando sean bachilleres universitarios y un cincuenta y cinco por ciento (55%) cuando sean licenciados o posean cualquier grado académico superior al señalado. En los casos en que el alcalde electo disfrute de pensión o jubilación, si no suspendiere tal beneficio, podrá solicitar el pago de un importe del cincuenta por ciento (50%) mensual de la totalidad de la pensión o jubilación, por concepto de gastos de representación.

El primer vicealcalde municipal también será funcionario de tiempo completo, y su salario base será equivalente a un ochenta por ciento (80%) del salario base del alcalde municipal. En cuanto a la prohibición por el no ejercicio profesional y jubilación, se le aplicarán las mismas reglas que al alcalde titular, definidas en el párrafo anterior.” (El subrayado no corresponde al original).

De dicho numeral se desprende que por norma especial se regula el régimen salarial del Alcalde Municipal, estableciéndose que el salario del Alcalde se ajusta conforme al presupuesto ordinario municipal establecido, pero adicionalmente como elemento condicionante para éste cálculo, no podrían devengar menos del salario máximo pagado por la Municipalidad más un diez por ciento (10%), previéndose que el servidor reciba un salario superior al de los restantes funcionarios de la corporación.

Ante el supuesto que exista un salario mayor al fijado para el Alcalde, la corporación municipal deberá ajustarse a lo dispuesto en el numeral 20 indicado, y calcular el salario con base en el salario máximo pagado por dicho gobierno local más un 10%, conforme al párrafo tercero de dicho artículo.

Importa, al respecto, agregar que lo subrayado en dicho numeral, es el parámetro general para reconocer el salario de cualquier Alcalde de este país, tenga o no el derecho al pago de la prohibición; en el que en la literalidad de la norma, el legislador dispuso hablar de un salario máximo, lo cual se ha entendido como el monto global de referencia que percibe el funcionario municipal mejor pagado, incluyéndose todos los complementos que establece la legislación vigente como parte de éste. Si el legislador hubiera querido que el “salario base” fuera el que se tomara como referencia del mejor pagado, lo habría dispuesto expresamente de esa manera, sin embargo, esto no fue así.

Cabe aclarar que para tomar como referencia para el cálculo del salario del Alcalde el salario del funcionario mejor pagado, se deben incluir todos los rubros que lo integran, es decir, tal y como se le indicó en la página 4 del oficio n.º 14617 (DJ-0951-2014) alberga: “*Salario base, salario escolar, anualidades, carrera profesional, prohibición o dedicación exclusiva según corresponda, u otros componentes que de acuerdo con el ordenamiento, sean considerados como parte integral del salario*”.

Reiterándose en este sentido, además, la definición de “salario” que ha sido dada por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, quien indicó lo siguiente:

“... la retribución que, un trabajador, percibe como contraprestación por el servicio prestado a su patrono y que, esa retribución, puede ser de cualquier clase o forma. La jurisprudencia y la doctrina, son conformes estableciendo, que el salario comprende no sólo el fijado en la escala respectiva, sino también las remuneraciones adicionales, sean estas bonificaciones, comisiones, premios, zonaje, antigüedad, etc.; por lo que salario o sueldo se refiere a la totalidad de beneficios que recibe el trabajador”, (el subrayado no corresponde al original).¹¹

De ahí que se estime erróneo lo referido por el consultante en el sentido de que esta forma de cálculo del salario del Alcalde propicie la aplicación de una prohibición sobre otra prohibición o que implique que le corresponde al Alcalde el pago de anualidades u otros rubros. Tal y como se le explicó amplia y claramente mediante el oficio n.º 14617 (DJ-0951-2014), cuando se toma como referencia el salario máximo del funcionario municipal mejor pagado (salario base, salario escolar, anualidades, carrera profesional, prohibición o dedicación exclusiva según corresponda, u otros componentes que de acuerdo con el ordenamiento son considerados como parte integral del salario), se trata de una referencia indivisible y única que aplica para cualquier extremo salarial reconocido, que el legislador tomó como un instrumento, para efectos de establecer una forma de cálculo cierta para todas las Municipalidades del país.

¹¹ Voto n.º 289, de las 10:00 horas del 17 de marzo del 2000. En igual sentido se puede observar las resoluciones n.º 2002-408 de las 15:10 horas del 16 de agosto de 2002.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que habrán Alcaldes a los que les deberán cancelar la prohibición y otros a los que podría no asistirles dicha indemnización, pues ello dependerá de sus condiciones particulares, en caso que cuenten o no con los requerimientos establecidos por nuestro ordenamiento. Obsérvese que de tenerse como referencia solo el salario base del mayor pagado, sería imposible cumplir con el fin de la norma, establecido como premisa por el legislador, a saber, que un Alcalde debe ser el funcionario mejor pagado en el Gobierno Local.

Concluyéndose entonces, que no resulta una *“situación tan desproporcionada y supuestamente ilícita”*, tomar como referencia para el cálculo del salario del Alcalde, el salario máximo como un todo reconocido al funcionario mejor pagado en el Municipio, ya que el contenido del artículo 20 del Código Municipal, n.º 7794, así lo establece para el cálculo y el pago del salario del Alcalde Municipal. A dicho salario global de referencia habría que aplicar el pago por compensación, dispuesto en el artículo 15 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, n.º 8422, en caso que corresponda el pago de prohibición a dicho funcionario.

➤ **Consideraciones sobre la determinación de la profesión que se considere de carácter liberal**

Como cuarta interrogante se consulta si es necesario conocer cuál es el procedimiento o normativa, para saber las profesiones que son consideradas de carácter liberal.

Debe advertirse que así como se analizó en el primer punto de las consideraciones de este apartado, con el cual lleva estrecha relación, es necesario reiterar que la normativa mencionada establece una lista taxativa de altos cargos públicos, cuyos funcionarios titulares se encuentran cubiertos por el régimen de prohibición que a tal efecto se establece, y que para resultar aplicable la retribución prevista en el numeral 15 de la mencionada Ley n.º 8422, se debe cumplir con estar designado en alguno de los puestos públicos mencionados expresamente por la norma, y además, contar con el grado académico necesario, así como en su caso encontrarse debidamente incorporado al colegio profesional respectivo que lo faculte o habilite para ejercer alguna o varias profesiones liberales.

Al respecto, debe indicarse que el colegio profesional es una organización sin fines de lucro creada por ley, conformada por varios miembros de una misma profesión u oficio y por objeto tienen la tutela tanto de intereses públicos como privados de los miembros que lo integran. En ese sentido, se ha pronunciado la Sala Constitucional, indicando que: *“(...) el colegio profesional resulta ser una agrupación forzosa de particulares, a la que la ley dota de personalidad jurídica pública propia y cuyos fines, junto con la defensa de los intereses estrictamente privados, propios de los miembros que lo integran, son los de ejercer determinadas funciones públicas”*¹².

¹² Resolución n.º 5483 de las 09:33 horas del 6 de octubre de 1995.

Quien además ha sostenido que las profesiones liberales suponen el ejercicio de una actividad de orden intelectual o técnico, mediante la aplicación de ciertas reglas científicas y técnicas que deben ser manejadas con suma propiedad por su titular, previa habilitación para ejercerla a través de la obtención de un título idóneo y adecuado y, eventualmente, la incorporación al colegio profesional respectivo.¹³

En consecuencia, los Colegios Profesionales tienen su base en la protección de los intereses públicos y operan por medio de una delegación estatal en el control del ejercicio profesional, siendo los encargados de regular y controlar el ejercicio de la profesión asegurado por la afiliación, ya que por este medio se haría nugatorio el control que pretende ejercerse en el ejercicio profesional y la delegación realizada por el Estado a los Colegios Profesionales en el desempeño de las funciones.

La Sala Constitucional se ha pronunciado sobre este punto, indicado expresamente que: *“Es así que se justifica establecer la colegiación obligatoria en algunas profesiones (las que generalmente se denominan “liberales” y así se ha establecido por el mismo Colegio), puesto que, además del título que asegure una preparación adecuada, también se exige la estricta observancia de normas de ética profesional, tanto por la índole de la actividad que realizan esos profesionales, como por la confianza que en ellos depositan las personas que requieren sus servicios”*¹⁴.

En el mismo orden de ideas, este Órgano Contralor se ha pronunciado respecto al tema, señalando que las profesiones liberales son: *“aquellas que se ejercen en el mercado de servicios, para lo cual se requiere contar un grado académico universitario que otorga la condición de profesional en determinada rama del conocimiento, así como la incorporación al colegio profesional respectivo, lo anterior cuando éste exista y siempre que sea exigida como condición necesaria y suficiente para su ejercicio”*¹⁵.

Por lo que para el ejercicio de una determinada profesión se requiere la autorización que otorga el título universitario y, luego, el profesional que desee prestar sus servicios profesionales está sujeto a las regulaciones emitidas, tanto por el Estado, como por los Colegios en el ámbito de su competencia, como lo es la necesidad de colegiarse para ejercer la profesión.

En ese sentido, se concluye que para conocer cuáles son las profesiones que tienen por obligación la afiliación a esas organizaciones, resulta necesario conocer la normativa especial promulgada, es decir, la Ley Orgánica correspondiente. Dichas organizaciones son las llamadas a controlar y fiscalizar el correcto desempeño de la actividad profesional respectiva. Debe valorarse en cada caso en particular, pues cada disciplina científica establece el grado académico que necesita la persona para ser

¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2004-08728 de las 15:22 horas del 11 de agosto del 2004.

¹⁴ Ver en este sentido, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 6847-98 de 15:57 horas del 24 de setiembre de 1998, así como las sentencias n.° 5483-95 del 6 de octubre de 1995, 1386-90 del 24 de octubre de 1990 y 789-94 del 8 de febrero de 1994.

¹⁵ Oficio n.° 10455 (DAGJ-1333) del 08 de octubre de 2008.

considerada profesional y cada organización establece los requisitos para poder ejercer la profesión.

➤ **Consideraciones sobre el auxilio de cesantía**

Se consulta finalmente por qué los funcionarios de elección popular, como Alcaldes y Vice-Alcaldes, se les cancela el porcentaje establecido a la operadora de pensiones en concepto de cesantía.

Tal y como dejamos claro al inicio de la consulta, esta Contraloría General, no tiene por norma referirse a situaciones concretas, de ahí que le está vedado referirse a la situaciones particulares, sin embargo sobre este punto se desarrollarán unos lineamientos generales, para que con base en los insumos que se recogen en esta consulta, sea el propio consultante quien tome la decisión que en derecho corresponda.

Ha de aclararse inicialmente que los institutos de la pensión y el auxilio de cesantía, no son lo mismo como erróneamente lo plantea el consultante.

El derecho a la jubilación es un derecho fundamental que integra el derecho a la seguridad social (artículo 73 de la Constitución Política), conceptualizado como prestaciones económicas que se derivan de dicho régimen jurídico universal, siendo materializado en aportes que hace durante la vida laboral del trabajador y se constituye en una garantía para el bienestar de su futuro.

Sobre este tema la Sala Constitucional ha llegado a determinar que no es inconstitucional que existan regímenes jubilatorios diversos, a reserva que se cumplan ciertos requisitos esenciales, que *"es lógico que cada uno (de los regímenes) tenga sus propias reglas y criterios legales para el otorgamiento del derecho constitucional a la jubilación"*. Esto es, que la especialidad de las normas, que tengan como objeto garantizar la existencia misma del régimen, no tienen que ser necesariamente idénticas en esa variedad de regímenes que pueden existir¹⁶. A lo que el sistema nacional de pensiones costarricense está compuesto por la pensión contributiva básica, la pensión complementaria obligatoria, la pensión complementaria voluntaria y la pensión no contributiva.

Por el contrario, el tema del auxilio de la cesantía, ha sido considerado, en principio, como una expectativa de derecho del trabajador -reconocida en la Constitución Política (artículo 63) así como en el Código de Trabajo (artículo 29)-, de indemnización en caso de ruptura injustificada de una relación laboral y cuando el trabajador haya sido contratado a Plazo indefinido por parte del patrono¹⁷.

¹⁶ Véase al respecto la sentencia Nº 4899-97 de las 13:42 horas del 22 de agosto de 1997, y en sentido similar la n.º 5347-97 de las 13:00 horas del 5 de setiembre de 1997, así como la n.º 2001-10860 de las 08:39 horas del 26 de octubre del 2001.

¹⁷ Ver el oficio n.º DGA-UJI-0111 y DGA-0046 del 8 de junio de 2010, y en el mismo sentido el dictamen emitido por la Procuraduría General de la República n.º C-021-2014 del 17 de enero de 2014.

En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la definió como:

“(...) una expectativa de derecho, en el sentido de que sólo tiene acceso al mismo, quien ha sido despedido sin justa causa, el que se vea obligado a romper su contrato de trabajo por causas imputables al empleador, aquél que se pensione o que se jubile, el que fallezca o, en caso de quiebra o insolvencia del empleador; no reconociéndose suma alguna en caso de renuncia o de despido justificado (...)”.¹⁸

Asimismo, se ha regulado este pago en los casos establecidos por el legislador (como la jubilación, la muerte, la liquidación adelantada por reestructuración) o como indemnización tasada al finalizar la relación laboral por ciertas causas, excluyéndose en un primer momento otras como la renuncia o el despido justificado del trabajador.

En cuanto al cálculo del auxilio de cesantía, el numeral 30 del Código de Trabajo establece los siguientes parámetros para su cálculo:

“a. El importe de los mismos no podrá ser objeto de compensación, venta o cesión, ni podrá ser embargado, salvo en la mitad por concepto de pensiones alimenticias;/ b. La indemnización que corresponda se calculará tomando como base el promedio de salarios devengados por el trabajador durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato, o fracción de tiempo menor si no se hubiere ajustado dicho término;/ c. La continuidad del trabajo no se interrumpe por enfermedad, vacaciones, huelga legal y otras causas análogas que, según este Código, no rompen el contrato de trabajo, y/ d. Será absolutamente nula la cláusula del contrato que tienda a interrumpir la continuidad de los servicios prestados o por prestarse”.

De lo cual se desprende que esta indemnización se calcula tomando como base el promedio de salarios devengados por el trabajador, durante los últimos seis meses, que tenga de vigencia el contrato o fracción de tiempo menor, si no se hubiese ajustado dicho término.

Por lo que, en principio, el auxilio de cesantía procede únicamente en relaciones laborales a plazo indefinido, entendiéndose que no sería aplicable en el caso de las relaciones laborales que tienen un plazo legal fijo, sin embargo, ha habido casos judiciales en que fueron aceptados los pagos de auxilio de cesantía, fundamentándose en éstos últimos supuestos, que bajo ciertas condiciones, se demostró que se ha generado una relación de continuidad laboral.

En este sentido, se puede observar que la Procuraduría General ha señalado recientemente que el empleo público se fundamenta en dos principios básicos: *“el ingreso al régimen por idoneidad comprobada y la estabilidad en el empleo, según lo establecido*

¹⁸ Resolución n.º 8232-2000, de las 15:04 horas del 19 de setiembre de 2000.

por el artículo 192 de la Constitución Política”, agregándose la referencia al Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

“Es obvio que en la mente del constituyente estaba la idea de que no todos los servidores públicos podían estar cubiertos por el régimen especial, pues la forma de escogencia, las especiales capacidades, las funciones de cada cargo, las relaciones de confianza y dependencia no son iguales en todos los casos, de ahí que los principios derivados del artículo 192 son aplicables a ciertos funcionarios -la mayoría- no a todos. La Constitución misma señaló varios casos de funcionarios de libre escogencia y remoción como son los ministros de gobierno, los miembros de la fuerza pública, los directores de instituciones autónomas, representantes diplomáticos, y en general, "los empleados y funcionarios que ocupen cargos de confianza" (art. 140 inciso 1), dejando a la ley (Ley de Servicio Civil dice el artículo 140) la determinación de otros funcionarios, que en casos muy calificados, pudieran ser excluidos del régimen general. Esta posibilidad de excluir ciertos funcionarios la reitera el artículo 192. (...) Por vía de ley el legislador ha excluido varios casos del régimen común. El Estatuto de Servicio Civil en sus artículos 3, 4 y 5, menciona un buen número de funcionarios que no se consideran dentro del régimen. También por ley especial se han excluido los presidentes ejecutivos de las instituciones autónomas, que son de nombramiento del ejecutivo, y en general, una serie de funcionarios, nombrados casi siempre a plazo fijo, y cuyo denominador común es encontrarse en una relación de servicio no típicamente laboral, bajo un régimen de subordinación jerárquica, sino más bien de dirección o colaboración, donde no median órdenes, sino más bien directrices, en unos casos; o bien, en una relación de confianza que obliga a otorgar una mayor libertad para el nombramiento y la eventual remoción del funcionario; ello independientemente de la naturaleza permanente de la función. Esta relación de confianza puede fundarse, según los requerimientos del cargo, en aspectos puramente subjetivos, de orden personal; pero también puede derivar de elementos objetivos nacidos de una comunidad ideológica (política en el buen sentido del término), necesaria para el buen manejo de la cosa pública conforme a planes y programas. Los casos de excepción, está claro, han de ser muy calificados, con las especiales características señaladas que justifiquen un trato desigual.” (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto N° 1119-1990 de las 14:00 horas del 18 de setiembre de 1990, reiterada en los pronunciamientos N° 2859-1992 de las 14:45 horas del 8 de setiembre de 1992 y N° 1619-1993 de las 9 horas 39 minutos del 2 de abril de 1993. Subrayado no es del original).” (El subrayado corresponde al original del dictamen referenciado).¹⁹

A partir de lo expuesto, se reconoció la existencia de un grupo de trabajadores que podían ser excluidos del régimen estatutario, en razón de las especiales características de

¹⁹ Dictamen n.º C-121-2015 del 27 de mayo del 2015.

la relación de empleo que ostentan, al no estar frente al Estado en una relación laboral de empleo público. Como lo es el caso de los Alcaldes Municipales, quienes son funcionarios nombrados popularmente, con un plazo definido, ligados al servicio del Gobierno Local, bajo una relación de dirección, ejecución y colaboración.

En la misma línea de ideas, encontramos que el artículo 3 del Estatuto de Servicio Civil, excluye de la relación estatutaria los siguientes cargos:

“a) Los funcionarios de elección popular;/ b) Los miembros de la fuerza pública, o sea aquéllos que estén de alta en el servicio activo de las armas por la índole de las labores o funciones que ejecuten, excepto el personal de los Departamentos de Extranjeros y Cédulas de Residencia y de Migración y Pasaportes y el personal de las Bandas Militares; y/ c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros”. (El subrayado no corresponde al original).

Esto por cuanto esta clase de personal por su naturaleza jurídica, al tenor del artículo 192 de la Constitución Política, pese a que son funcionarios públicos, no se encuentran cobijados por el Régimen estatutario del empleo por las especiales condiciones de su cargo. De ahí que se trate de funciones de colaboración, coordinación, confianza, o de ejecución, no estando subordinados a un superior, como sí lo están los funcionarios públicos comunes²⁰.

Así las cosas, al contar los Alcaldes Municipales con un régimen remunerativo especial y particular, regulado expresamente en el artículo 20 del Código Municipal, no es jurídicamente factible aplicarles normas que establecen beneficios salariales o no contemplados para el resto de los empleados municipales.

El Alcalde es un funcionario representativo electo popularmente, así como el primer vice-Alcalde, y como tal su relación de empleo con la administración no se encuentra regulado por las normas propias de la función pública, por lo que no procede cancelar las indemnizaciones contempladas por los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo²¹.

Desde el voto n.º 2859-92, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró que en virtud de la naturaleza de las facultades y funciones constitucionales y legales, la vinculación del ejecutivo municipal (figura que le precedió a la del Alcalde Municipal), con el municipio no es la de un funcionario subordinado sujeto al régimen establecido por el Código Municipal para los trabajadores de la corporación, sino que ejerce un cargo de representación popular y no uno de carrera en la entidad.²²

Por lo que tratándose de cargos de los servidores nombrados a plazo fijo de elección popular, cuyo plazo ha sido sustentado en la Constitución Política y establecido especialmente por Ley, que no tengan una plaza previa como funcionarios regulares, no

²⁰ Procuraduría General. Dictamen n.º C-333-2002 del 10 de diciembre de 2002.

²¹ Ver las resoluciones de la Sala Segunda de la Corte, n.º 884-10 de las 08:55 horas del 18 de junio de 2010, n.º 976-10 de las 15:40 horas del 30 de junio de 2010.

²² Ver el voto n.º 579-10 de las 10:30 horas del 21 de abril de 2010.

tienen derecho a indemnización por auxilio de cesantía en caso de ruptura de la relación laboral, por lo que tampoco se les podrían girar adelantos por este concepto²³. En todo caso, es necesario analizar cada caso concreto para verificar la forma en que se dio el nombramiento y las condiciones que se han dado a la luz de lo señalado en el presente criterio.

En los términos anteriores, se tiene por resuelta la consulta.

Atentamente,

Rosa Fallas Ibañez
Gerente Asociada
Contraloría General de la
República

Hilda Natalia Rojas Zamora
Fiscalizadora Asociada
Contraloría General de la
República

NRZ/
Ni. 4633
G: 2015001104

²³ Posición que ha sido externada por esta Contraloría General en oficios n.º DGA-UJI-0002 del 10 de enero de 2013, DGA-UJI-0079 del 19 de junio de 2013 y, DGA-UJI-0111 y DGA-0046 del 8 de junio de 2010.