

Al contestar refiérase
al oficio No. **09474**

6 de julio, 2015
CGR/DJ-1252

Señor
Edwin Mauricio Luna Monge
Asesor jurídico
MINISTERIO DE CULTURA Y JUVENTUD
edwinmauricioluna@hotmail.com

Estimado señor:

Asunto: *Solicitud de levantamiento de incompatibilidad para el ejercicio simultáneo de cargos público, a efectos de prestar servicios artísticos a la Compañía Nacional de Teatro del Teatro Popular Melico Salazar.*

Se refiere este Despacho a sus oficios sin número, de fechas 15 de junio y 19 de junio del año en curso, recibido en esta Contraloría General el 17 de junio y el 23 de junio respectivamente, relacionados con la solicitud de levantamiento de incompatibilidad para el ejercicio simultáneo de cargos públicos, a efectos de que el señor Edwin Mauricio Luna Monge pueda prestar sus servicios artísticos a la Compañía Nacional de Teatro en la obra de teatro Calígula de Albert Camus.

I.- OBJETO DE LA SOLICITUD

El señor Edwin Mauricio Luna Monge concretamente solicita al Órgano Contralor lo siguiente:

“(...) 1. Se me aclare si por recibir una remuneración salarial del Ministerio de Cultura y Juventud, se podría considerar que el pago de un honorario por la contratación de servicios artísticos por parte del Teatro Popular Melico Salazar – Compañía Nacional de Teatro, podría considerarse una violación al artículo 17 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. // 2. En caso de ser afirmativa la respuesta, solicito respetuosamente me sea levantada la incompatibilidad; considerando que no existiría superposición horaria, ni inclusión en la planilla del Teatro, a efecto de ser contratado por la Compañía Nacional de Teatro para la prestación de un servicio artístico de actuación en el montaje de la obra CALÍGULA, del escritor francés Albert Camus.(...)”

II.- CRITERIO DEL DESPACHO

De conformidad con lo formulado nos permitimos realizar las siguientes apreciaciones:

En primer término, este Órgano Contralor considera necesario referirse al régimen de prohibiciones que establece el artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, el cual busca garantizar la imparcialidad, transparencia y objetividad de las compras que realiza el Estado, pues como bien lo ha analizado la Sala Constitucional

“(...) Las prohibiciones establecidas en la Ley de Contratación Administrativa tienen por fin principal garantizar la solvencia moral de las personas que contraten con las administraciones públicas. Esta Sala ha insistido en los contenidos éticos desarrollados por las normas que establecen prohibiciones en materia de contratación administrativa (...)”¹.

Por lo indicado, es que resulta necesario para este despacho referirse concretamente a lo establecido en el artículo 22 bis inciso c) de la norma en comentario, el cual puntualmente establece que tienen prohibición para contratar *“(...) c) Los funcionarios de la proveedurías y de las asesorías legales, respecto de la entidad a la cual presta sus servicios (...)”*.

Este Órgano Contralor, analizado lo anterior en relación al caso en concreto, concluye que, de conformidad con lo indicado en el oficios remitidos por el señor Edwin Mauricio Luna Monge, la relación entre las asesorías jurídicas del Ministerio de Cultura y Juventud y la del Teatro Popular Melico Salazar es de independencia entre ambas. Con el agregado, que esta última institución si bien es un órgano adscrito al Ministerio de Cultura y Juventud, el mismo tiene personería jurídica y una autonomía funcional para el ejercicio de las competencias que por ley le fueron asignadas², por lo cual cuenta con su propia proveeduría y asesoría jurídica, es decir, no hay interdependencia o jerarquía entre ambas asesorías jurídicas.

Por lo anterior, se descarta que el señor Edwin Mauricio Luna Monge tenga prohibición para contratar con el Teatro Popular Melico Salazar de conformidad con lo establecido en el artículo 22 bis inciso c) y además que el consultante también señala que no guarda relaciones personales, familiares o empresariales con ningún jerarca del Teatro Popular Melico Salazar.

¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 5272-2011

² En este sentido se pueden ver los oficios de la Procuraduría General de la República OJ-010-2004 y C-318-2002

Sin embargo, llama la atención este Órgano Contralor en el sentido de que también es responsabilidad del consultante de que si en algún momento llega la asesoría jurídica del Ministerio de Cultura y Juventud a ser de carácter permanente con la del Teatro Popular Melico Salazar, tener en cuenta que sí le cubriría la prohibición contemplada en el artículo 22 bis inciso c) de la norma en comentario y por consiguiente estaría inhabilitado para participar en procedimientos de compra de este órgano.

En segundo lugar, este despacho considera indispensable referirse al régimen de prohibición, pues el solicitante manifiesta que él se encuentra sometido a este en razón de su puesto como asesor jurídico del Ministerio de Cultura y Juventud.

Sobre el particular, hay que indicar que el régimen de prohibición responde a una decisión legislativa para quienes ostentan determinados cargos públicos y que se trata de un acto de gravamen o bien una limitación al ejercicio liberal de la profesión y por consiguiente ello tiene como contrapartida una retribución económica de carácter indemnizatorio.

Bajo esta misma línea de argumentación la Sala Constitucional se ha pronunciado indicando que

“(...) Debe advertirse, en primer término, que para esta Sala el pago de la compensación aludida no constituye, bajo ninguna circunstancia, un beneficio incausado o un privilegio para un determinado grupo de servidores; antes bien, es el justo reconocimiento para quienes, en razón de la función que desempeñan, y para la protección del más alto interés público, no tienen posibilidad de ejercer su profesión u oficio más allá de la dependencia administrativa en la que laboran (...) Se trata de una limitación al ejercicio privado de la profesión u oficio, por cuyo establecimiento el Estado dispuso hacer un reconocimiento económico sobre el salario base de sus empleados. (...)”³.

Asimismo, este Órgano Contralor, a efectos de dar respuesta al caso en concreto, considera fundamental reiterar lo que ha señalado con anterioridad, en el sentido de que el alcance de la prohibición no se circunscribe única y exclusivamente a la profesión la cual ejercer el funcionario, sino que se expande a toda profesión liberal que el funcionario pueda ejercer, concretamente se ha desarrollado en el siguiente sentido:

“(...) Así, un aspecto que debe definirse es si el régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales abarca únicamente el ejercicio privado de la profesión, o si por el contrario, se refiere también al desempeño de otro cargo público. Se podría argumentar que en

³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 3369-1996

*principio mediante el establecimiento de dicha prohibición se pretende prevenir el surgimiento de potenciales conflictos entre los intereses públicos por los que deben velar quienes ostenten los altos cargos públicos referenciados por la norma y sus propios intereses derivados del ejercicio privado de su profesión liberal. // Sin embargo, no debe dejarse de lado el otro fin perseguido por dicha disposición legal, consistente en disponer que determinados funcionarios públicos y profesionales al servicio del Estado –entendido éste en términos generales– se dediquen por completo a su función, desvinculándose (sic) estrictamente de otras actividades a nivel profesional, que pudieran comprometer esa dedicación. Así, no se trata únicamente de evitar el colocar al funcionario ante un potencial conflicto de intereses público-privado, sino que adicionalmente se pretende que quienes ejerzan los respectivos cargos públicos sujetos a prohibición, se dediquen solamente a los mismos, para evitar que mediante el ejercicio de otras actividades propias del ejercicio profesional, ya sea en el sector público o en el privado, se distraiga el cumplimiento de los deberes inherentes a dicho cargo público. // De tal manera, que somos del criterio que la restricción impuesta para el ejercicio de profesiones liberales cubre no sólo el ejercicio privado sino también el desempeño de otro cargo público que implique el ejercicio de la o las profesiones liberales que ostente el respectivo funcionario público, por lo que no resultaría procedente que quien se encuentre afectado por dicho régimen, y por ende esté recibiendo el pago compensatorio del 65% sobre el salario base a que se refiere el numeral 15 de la Ley No. 8422, tenga a su vez abierta la posibilidad de ejercer su profesión en el ámbito público. (...)*⁴

Para el análisis de lo anterior llevado a la especie, hay que verificar si la prestación de servicios artísticos puede ser clasificada como una profesión liberal, esta última entendida como aquella que es desarrollada en el mercado de los servicios por una persona que cuenta con un grado académico universitario, que lo acredita como capaz y competente para prestar un servicio de formar responsable, ética y eficaz y que tiene un requisito esencial el cual es estar incorporado al colegio profesional que corresponda.⁵

Dado el concepto de profesión liberal y en concordancia con lo indicado en otras ocasiones por la Contraloría General de la República⁶, es que la prestación de servicios artísticos como, por ejemplo, los actores, pintores, escultores, bailarines, músicos entre otros no pueden ser catalogados como una profesión liberal, pese a que indudablemente sí que tienen la posibilidad de obtener un título a nivel universitario, pues bien lo apuntó la Procuraduría General de la República para el caso de los músicos:

⁴ Contraloría General de la República oficio n.º 2338-2007

⁵ Contraloría General de la República oficio n.º 9318-2005

⁶ Véase oficio n.º 7137-2010 de la Contraloría General de la República

*“(...) Estas consideraciones doctrinarias permiten entender que existen ramas del saber en las que puede alcanzarse una formación académica de grado superior universitario –y desde ese punto de vista la persona tiene la condición de profesional– pero ello no necesariamente implica que estemos en presencia de una profesión liberal, que es justamente lo que a nuestro juicio ocurre en el caso de los músicos (...)De ahí que los músicos, tanto por la naturaleza de su profesión como por las especiales características de las actividades que desempeñan en sus puestos, no estén sujetos a esta clase de regímenes (...)”.*⁷

Ergo, se trata de un régimen especial y diferente para el caso de la prestación de servicios artísticos, el cual en consonancia tanto con la línea que ha mantenido este despacho como la Procuraduría General de la República, se trata de un caso excepcional y por consiguiente de una actividad que no podría tomarse como una práctica que violente o sea incompatible con el régimen de prohibición, pues el ejercicio de la misma busca el desarrollo cultural de las personas. De esta manera se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional en un caso similar desarrollando lo siguiente:

“(...) Para ello es importante analizar ¿qué implica pertenecer a una profesión liberal?, pues bien, para ello se debe cumplir con una serie de características tales como: a) No ejercer la actividad en el seno de una empresa; b) No estar sometido a poderes de disciplina y organización del empresario; c) Ejercer la profesión de manera estrictamente individual. // universitario, convertirse en un profesional y prestar sus servicios a la Administración Pública. La diferencia es que un servidor público con profesión artística no ejerce liberalmente la profesión, el servidor público sin profesión artística sí, por lo tanto no existen intereses opuestos a los del Estado. Sobre este tema la Procuraduría General de la República en la Opinión Jurídica N° OJ-076-2003 del 22 de mayo del 2003 indicó: // («) 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. // De igual forma indicó que: («) en el campo artístico, el desenvolvimiento profesional va mucho más allá de un servicio, pues independientemente de la formación superior universitaria que pueda tener el artística, su trabajo no es

⁷ Procuraduría General de la República dictamen C-196-2006

propriadamente un producto que pueda estandarizarse bajo cánones rígidos o tablas de honorarios, ni tampoco su ejecución pueda ser sometida a inspección de una fiscalía de un colegio profesional, toda vez que aquí prevalece ante todo la profunda creatividad, y con ello una libertad sui generis que distingue la individual de cada artista. // Así, la ejecución de su trabajo está dirigida más que a la prestación de un servicio a producir un estímulo y un goce de los sentimientos que propicia el crecimiento y enriquecimiento cultural, y quien lo paga más que un cliente es un público, cuyos cánones de apreciación y de evaluación se rigen por una experiencia o vivencia sensorial predominantemente subjetiva, y no por otro tipo de reglas mercantiles objetivamente impuestas. (...) el servidor público tiene la potestad de desarrollar sus actividades en forma privada fuera de la jornada laboral, de ahí que se debe exonerar a los funcionarios que ocupen puestos relacionados con el arte de ejercer libremente las artes liberales (...) el campo artístico va mucho más allá de un servicio, lo que se busca es favorecer el crecimiento cultural de un público y no de un cliente, por lo tanto no se trata del ejercicio particular de la profesión. (...)”⁸.

No obstante, llama la atención este Órgano Contralor en el sentido de que si bien las actividades artísticas no son contrarias al régimen de prohibición, el funcionario debe velar en todo momento por el efectivo cumplimiento de sus funciones en consonancia con el deber de probidad, independencia funcional, evitando conflictos de intereses y en general velar por el cumplimiento efectivo de sus funciones y el interés público del órgano para el cual labora.

Por consiguiente, para el caso en concreto se descarta que el señor Edwin Mauricio Luna Monge en razón del régimen de prohibición al que está sometido se encuentre imposibilitado para prestar sus servicios artísticos al Teatro Popular Melico Salazar, por cuanto las actividades artísticas no lesiona el citado régimen.

Por último, a efectos de dar respuesta a la presente solicitud es necesario analizar el artículo 17 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el cual, en lo que interesa, establece

“(...) Desempeño simultáneo de cargos públicos. Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente. De esta disposición quedan 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

⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 1042-2013

Prevención de Riesgos 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 (...)"

Es decir, en dicho numeral se establece la prohibición de desempeño simultáneo de cargos públicos, se entiende que hay simultaneidad cuando existe superposición horaria o una jornada laboral superior a la máxima permitida al llevar a cabo dos cargos públicos⁹, lo anterior con el objetivo de impedir que cualquier persona que ya desempeñe un cargo público en alguna de las entidades u órganos públicos pueda ocupar al mismo tiempo otro cargo que sea remunerado salarialmente, disposición orientada a evitar una doble remuneración de tipo salarial cuando exista superposición horaria, asegurando una única y total retribución como contraprestación al desempeño de su cargo y el cumplimiento de las funciones que le sean asignadas y además evitar que el desempeño simultáneo de dos o más cargos pueda comprometer de alguna forma su dedicación, atención o imparcialidad, o bien generar algún conflicto de intereses¹⁰.

Dicho en otras palabras, es permitido, sin que se requiera autorización de la Contraloría General de la República, el ejercicio de cargos públicos en más de una entidad estatal, siempre y cuando no exista superposición horaria y cumpla de manera objetiva, imparcial y no se vaya a ver afectado el servicio público que se está prestando o el fin público que se debe satisfacer.

III. - CONCLUSIONES

Con fundamento en lo antes expuesto este Órgano Contralor llegó a las siguientes conclusiones:

1. Al señor Edwin Mauricio Luna Monge, de conformidad con los documentos y afirmaciones realizadas por el consultante, no le cubren las prohibiciones establecidas en el artículo 22 bis de la Ley de Contratación administrativa para contratar con el Teatro Popular Melico Salazar.

⁹ "(...) al respecto, estima la Sala que, cuando ambas normas utilizan el término "simultáneamente" para definir los empleos públicos cuyo ejercicio no es autorizado, se debe entender que ese concepto implica una superposición horaria, o a lo sumo de una jornada superior a tiempo completo. En su intención de evitar un abuso en el manejo de fondos públicos, el legislador (y posteriormente el Poder Reglamentario) determinaron la imposibilidad de desempeñar dos cargos públicos en forma simultánea, salvo casos de excepción expresamente previstos (...)". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 13431-2008.

¹⁰ Contraloría General de la República, oficio n. ° 00487 del 10 de enero de 2006 (DAGJ-0090-2006)

2. Si bien es cierto el señor Luna Monge se encuentra bajo un régimen de prohibición del ejercicio liberal de la profesión, la cual se extiende a todas las profesiones que ostente la persona, en el caso en concreto este Órgano Contralor considera que la prestación de servicios artísticos no lesiona o contraría la prohibición a la cual está sujeto el consultante. Sin embargo, el funcionario público debe en todo momento cumplir con lo prescrito por el deber de probidad, la objetividad en el desarrollo de sus funciones y el pleno cumplimiento del interés público.
3. De conformidad con el texto vigente del artículo 17 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública se concluye que en el caso en concreto al no existir superposición horaria y al no reñir la actividad que pretende ejercer el consultante con la prohibición a la que se encuentra sometido, es que no requiere autorización por parte del Órgano Contralor para poder prestar sus servicios artísticos al Teatro Popular Melico Salazar.

De esta forma damos por atendida su gestión.

Atentamente,



Lic. Iván Quesada Rodríguez
Gerente Asociado
Contraloría General de la República

Licda. Vivian Castillo Calvo
Fiscalizadora
Contraloría General de la República

VCC
NI: 15510
G: 2015000962-25