

Al contestar refiérase
al oficio N° **16834**

19 de diciembre del 2016.
DJ-2040-2016

Licenciado
Jorge A. Sánchez Rojas
Auditor Interno
Municipalidad de Turrubares

Estimado señor:

Asunto: *Se atiende consulta sobre tres aspectos administrativos de la Municipalidad de Turrubares.*

Se refiere esta División a su oficio N° MTAI-048-2016, recibido el 16 de noviembre pasado, mediante el cual plantea a la Contraloría General las siguientes inquietudes:

- a) Es posible el pago de honorarios a una persona que goza de pensión proveniente de la Caja Costarricense de Seguro Social, o de cualquier otra Institución, contratada como Asesora por una Municipalidad en concepto de honorarios, y recibir ambas retribuciones pensión y honorarios, contraviene alguna normativa.
- b) Es procedente que al Gestor Ambiental y al Coordinador de la Unidad Técnica de Gestión Vial Municipal, bachiller en Biología y Licda. en Ingeniería Civil respectivamente, debidamente afiliados a sus respectivos Colegios Profesionales, se les pague actualmente dedicación exclusiva, esta es de carácter contractual, o en realidad les corresponde prohibición, por la ley 8422 o la ley 5867, o por ningún concepto les corresponde y que normativa lo sustenta.
- c) Es procedente que el cambio de horario de 8 a. m. a 4 p.m. con una hora de almuerzo, en forma unilateral, de parte del Concejo y la Alcaldía Municipal, establecido en el artículo 143 del Reglamento Autónomo de Organización y

Servicios de la Municipalidad de Turubares, publicado en La Gaceta N° 203 del 20 de octubre de 2010, aprobado en Sesión extraordinaria N° 11-2010, del 25 de febrero de 2010.

Cabe mencionar, que en el memorial de consulta se hace referencia que la Municipalidad de Turubares carece de asesoría legal interna y/o externa.

I- CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En primer término, debe advertirse que en el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, regulada en el artículo 29 de la Ley Orgánica (Ley N° 7428 del 4 de setiembre de 1994) y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (Resolución N° R-DC-197-2011 publicado en el diario oficial La Gaceta N° 244 el 20 de diciembre de 2011), este órgano contralor no tiene por norma referirse a casos o situaciones concretas.

De manera puntual, en el artículo 8 de la norma reglamentaria antes mencionada se establece, como parte de los requisitos que deben cumplirse al momento de remitir consultas a la Contraloría General, que éstas deben “(...) *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 (...)*”.

Lo anterior se funda, en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

Ahora bien, aun tratándose de gestiones remitidas en esas condiciones —las cuales se exponen a ser rechazadas de plano de conformidad con el artículo 9 de la norma reglamentaria de cita—, esto no impide al órgano contralor emitir, en el marco de su independencia, un pronunciamiento general respecto a consultas vinculadas con el ámbito

competencial de la Contraloría General, máxime cuando se trate de temas o materias abordados previamente en el ejercicio de su potestad consultiva.

Lo anterior en el entendido, que se trata de consideraciones formuladas desde una perspectiva general y no respecto a una situación específica e individualizada, dirigidas por demás a orientar a la entidad consultante en la toma de sus decisiones.

Cabe subrayar, la particular importancia que lo apuntado tiene en la especie, habida cuenta que la consulta de mérito refiere al pago de honorarios a una persona que goza de pensión proveniente de la Caja Costarricense de Seguro Social y al reconocimiento de la prohibición o dedicación exclusiva a favor del Gestor Ambiental y del Coordinador de la Unidad Técnica de Gestión Vial Municipal, de esa corporación municipal, casos concretos con relación a los cuales esta División omite pronunciarse.

Siempre sobre el particular, importa agregar que la definición del ámbito de aplicación subjetivo de la prohibición, es decir, determinar cuáles son los servidores alcanzados por tal restricción, es un aspecto que compete y es responsabilidad exclusiva de cada Administración, ejercicio que implica tener por acreditado que los funcionarios respectivos cumplen los requisitos funcionales, académicos y profesionales que correspondan según el caso, pues en caso contrario pagos eventuales de prohibición, que lleguen a darse en tales condiciones podrían generar responsabilidad administrativa e incluso penal.

De igual manera, tener certeza de la legalidad de los contratos y los pagos por concepto de dedicación exclusiva o bien de una posible doble remuneración o salario con fondos públicos, actuales o futuros de funcionarios de dicha corporación municipal, es un extremo que compete a esta última bajo su exclusiva responsabilidad.

En ese sentido, tómesese en cuenta que los artículos 38 y 56 de la Ley N° 8422 establecen lo siguiente:

“(...) Artículo 38.—Causales de responsabilidad administrativa. Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que://

a) *Incumpla el régimen de prohibiciones e incompatibilidades establecido en la presente Ley. //*

Artículo 56.—Reconocimiento ilegal de beneficios laborales. Será penado con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que, en representación de la Administración Pública y por cuenta de ella, otorgue o reconozca beneficios patrimoniales derivados de la relación de servicio, con infracción del ordenamiento jurídico aplicable.(...)”

II.- Criterio del Despacho

Con relación al punto a):

Este Despacho desea precisar que lo primero que se impone diferenciar es si la contratación de servicios profesionales se realizó para solventar una necesidad concreta y ocasional de la Administración, o bien para suplir una necesidad continua o de carácter permanente.

Al respecto, los artículos 64 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), que regulan la materia de contratación de servicios técnicos y profesionales; particularmente, los numerales 64 y 65 disponen:

“(...) Artículo 64. Procedimiento de contratación de servicios. //

Los servicios técnicos o profesionales a cargo de personas físicas o jurídicas, se contratarán por los procedimientos de licitación pública, licitación abreviada o contratación directa, según su monto (...)//

“Artículo 65. Naturaleza.//

La contratación de servicios técnicos o profesionales no originará relación de empleo público, entre la Administración y el contratista, salvo en el caso del primer párrafo del artículo 67 de esta Ley (...)”

En igual sentido, el numeral 163 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) señala en lo conducente:

“(...) Para la contratación de servicios técnicos o profesionales, a cargo de personas físicas o jurídicas, la Administración, deberá seguir los procedimientos de licitación pública, abreviada o contratación directa, según corresponda.//

Este tipo de contrataciones no originará relación de empleo público entre la Administración y el contratista, y deberá remunerarse conforme las respectivas tarifas, cuando los servicios se encuentren regulados por aranceles obligatorios. //

La contratación de servicios profesionales propios de una relación de empleo público, está excluida de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa y del presente Reglamento, por lo que para su contratación se seguirán las disposiciones del régimen ordinario de nombramiento de funcionarios (...).”

En razón de los ordinales transcritos resulta necesario diferenciar la contratación de servicios profesionales propiamente dicha, para solventar una necesidad concreta y ocasional del municipio, de la contratación de servicios profesionales para suplir una necesidad continua o de carácter permanente. Al respecto, esta Contraloría General ha señalado:

“(...) la contratación de servicios profesionales se concibe como el medio legal idóneo para atender necesidades que por su especificidad, permiten verificar el cumplimiento y resultados con las especificaciones del cartel, y en general, con las condiciones previamente pactadas, derivadas tanto del pliego como de la oferta. Ello implica que este tipo de contrataciones de servicios requieren de resultados concretos, tales como informes, encuestas, diseños, etc., por lo que no pueden estar referidas a informes genéricos de labores, propios de una relación jurídico-laboral de empleo público.//

Por otra parte, y de conformidad con el párrafo cuarto del artículo 163 del Reglamento a la ley, tenemos que la contratación de servicios profesionales propios de una relación de empleo público se excluyen de la aplicación de las citadas normas, y más bien lo procedente es contratar dichos servicios por medio del régimen ordinario de nombramiento de funcionarios de la respectiva institución. En este sentido, hemos manifestado que por la vía de la contratación administrativa no es procedente que se lleven a cabo contrataciones para atender necesidades de servicios que sean continuas y de carácter permanente, ya que necesidades de este tipo corresponde atenderlas mediante el

establecimiento de una relación jurídica laboral. (...) (Oficio 6699 (DCA-1992) del 4 de julio de 2008).

Respecto de esto último ya en el oficio No. 533 (DGCA-72-98) del 21 de enero de 1998 se había indicado:

“(...) La contratación administrativa no puede prestarse para el “fraude legal”, esto es, como un mecanismo que encubra una relación de empleo público. Insistimos que su objeto contractual debe ser específico, puntual, susceptible de ser verificada en el cumplimiento de las obligaciones y derechos asumidos previamente. (...)”

Por lo que de lo dicho, corresponde a esa corporación municipal determinar en este caso particular ante cuál escenario se encuentran.

Como segundo aspecto nuestra Sala Constitucional ha manifestado mediante su jurisprudencia que el desempeño de un puesto de trabajo remunerado en el sector público ha resultado por principio incompatible con la percepción de pensiones o jubilaciones de cualquier sistema o modelo de gestión de Seguridad Social público y obligatorio, sea éste general o especial, contributivo o asistencial —no contributivo—. De lo cual derivó, por mucho tiempo, una prohibición de alcance general para que una misma persona percibiera de forma simultánea salario de la Administración Pública y el pago de una pensión (por invalidez o viudez) o jubilación (por vejez) con cargo a presupuestos públicos, pero tal línea jurisprudencial ha sufrido algunos ajustes.

Al respecto, dentro de las manifestaciones del voto 10513-2011, de las quince horas y un minuto del diez de agosto del dos mil once se dice:

“(...) según lo ha considerado en diversas oportunidades la jurisprudencia constitucional (Entre otras las resoluciones N°s 1925-91 de las 12:00 horas del 27 de setiembre de 1991, 644-92 de las 08:30 horas del 6 de marzo de 1992, 3451-95 de las 16:36 horas del 4 de julio de 1995 y 2004-08012 de las 16:22 horas del 21 de julio de 2004, de la Sala Constitucional. SSTC 178/1989 y 65, 66 y 67/1990 del Tribunal Constitucional español), esa

incompatibilidad económica se asienta en el “principio de solidaridad” que informa todo sistema de pensiones y jubilaciones públicas; esto con la clara intención de lograr una mejor y más eficiente redistribución de los puestos de trabajo y de los recursos públicos./ (...) / Posteriormente, en su sentencia n.º 3451-95 de las 16:36 horas del 4 de julio de 1995, esa Sala conoció una acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 49 de la Ley de Administración Financiera de la República, en la cual se cuestionó la validez de lo dispuesto en esa norma sobre la incompatibilidad de la percepción simultánea de pensión y salario del Estado. Esa Sala (...) decidió rechazar por el fondo la acción, reafirmando que la prohibición de percibir una pensión y salario del Estado “... no es irrazonable y por ello constitucional”. Luego, con directa incidencia en lo que en esta acción se discute, en la sentencia n.º 16564-2008 de las 14:50 horas del 5 de noviembre de 2008, esa Sala analizó la validez del artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual “Al jubilado o pensionado se le suspenderá el goce del beneficio, durante el tiempo que esté percibiendo cualquier otro sueldo del Estado, de sus bancos, de sus instituciones, de las municipalidades, de las juntas de educación y de las empresas de economía mixta”. En esa sentencia la Sala interpretó conforme a la Constitución la norma impugnada indicando que “(...) el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es inconstitucional en la medida que se interprete que el concepto de “pensionado” ahí contenido, no incluye a los familiares “beneficiarios” del trabajador, sino únicamente a los pensionados directos (ex trabajadores) del Poder Judicial”. Es decir, que la incompatibilidad aludida es constitucionalmente válida en la medida en que se refiriera a la percepción simultánea de pensión de jubilación y salario del Estado. Finalmente, esa Sala abordó el tema que aquí interesa en la sentencia n.º 15058-2010 de las 14:50 horas del 8 de setiembre de 2010. Esa resolución se produjo como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad planteada por una persona que recibía una pensión por viudez del régimen general de invalidez, vejez y muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, la cual le fue suspendida cuando ingresó a laborar a la Administración Pública. El asunto previo versaba entonces únicamente sobre la compatibilidad de percibir una pensión por sobrevivencia (viudez) y salario del Estado, no así sobre la compatibilidad de percibir una pensión por jubilación simultáneamente con salario del Estado, ni con el

devengo de más de una pensión pagada por el Estado. Esa Sala declaró con lugar la acción.(...)”¹

De lo expuesto esta representación infiere que no es posible percibir una pensión por jubilación simultáneamente con salario del Estado, excepto en algunos casos especiales como el de viudez o el de los familiares del pensionado, tal y como lo ha reconsiderado dicha Sala y se extrae de la referida jurisprudencia citada. De esta forma, lo citado con antelación le permitirá a esa Corporación Municipal determinar cuándo procede o no el pago simultáneo de una pensión al funcionario jubilado y de un salario del Estado.

Por otra parte y bajo el supuesto de que la contratación por honorarios se haya realizado para solventar una necesidad concreta y ocasional del municipio, acorde con los numerales 64 y 65 de la LCA y del ordinal 163 del RLCA, siguiendo los procedimientos de licitación pública, licitación abreviada o contratación directa, según su monto y en el entendido que este tipo de contrataciones no origina relación de empleo público entre la Administración y el contratista, no se vislumbra alguna incompatibilidad en cuanto a percibir los pagos por jubilación y por servicios profesionales con ocasión de una contratación administrativa.

Con relación al punto b):

i.- Sobre el régimen de prohibición:

La prohibición al ejercicio liberal de la profesión constituye, una restricción impuesta legalmente a quienes ocupen determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación total del servidor a las labores y responsabilidades públicas que le hayan sido encomendadas, previendo que su interacción con el ámbito privado incidiera en la atención efectiva, por el posible surgimiento de conflictos de interés reales o potenciales.

¹ Al respecto también se pueden ver las resoluciones N° 11358-2011, N° 3963-2012, N° 4108-2012.

De esta forma, tal y como lo ha advertido la Contraloría General en ocasiones anteriores, tal restricción persigue asegurar la prevalencia del interés público sobre cualquier interés particular, sea personal o de un tercero. Así se ha indicado:

“(...) el legislador, bajo el principio de reserva legal como corresponde a un sistema democrático de libertades públicas, ha considerado conveniente y compatible con las exigencias de un transparente, imparcial, objetivo, ético y correcto ejercicio de la función pública, el disponer que determinados funcionarios públicos y profesionales al servicio del Estado –latu sensu- se dediquen por completo a su función, desvinculándose estrictamente de otras actividades privadas a nivel profesional o empresarial, que pudieran comprometer ya sea esa dedicación o bien generar reales o potenciales conflictos de intereses, para lo cual ha creado todo un régimen de prohibiciones e incompatibilidades, disgregado en diversas normas legales como la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, etc. para prevenir dichas situaciones y generar confianza en la gestión de los asuntos públicos, libres de toda vinculación privada (...)”. (Contraloría General, oficio N° 9318 (DAGJ-2228) del 4 de agosto de 2005)

Desde el punto de vista de su contenido la prohibición entraña una limitación a una libertad fundamental, ya que impide el ejercicio de la profesión en el ámbito privado², así como en cualquier otra institución pública distinta a la que se labore, fin que se pierde de vista cuando se le toma como un mero incentivo económico o se intenta aplicar a cargos públicos sin fundamento legal alguno, pasando por alto la naturaleza restrictiva de la figura y que, tanto su interpretación como aplicación, deben darse en términos igualmente restrictivos. Las limitaciones a los derechos fundamentales solamente pueden realizarse por medio de una norma con rango de ley —en sentido formal y material—. En virtud del Principio de Reserva de Ley que se impone en esta materia; y la justificación de la existencia

² *“(...) En este sentido, debe tenerse presente que el ejercicio liberal de la profesión ha sido reconocido por la Sala Constitucional como una libertad fundamental. Ahora bien, como cualquier libertad, su ejercicio no es irrestricto, sino que el mismo se encuentra sujeto a una serie de limitaciones impuestas por el Estado, en virtud de que a éste le corresponde ejercer las potestades de fiscalización, regulación, control y disciplina sobre determinadas profesiones liberales tituladas (...)”.* (Contraloría General, oficio N° 7150 (DAGJ-1672) del 20 de junio de 2005)

de limitaciones al ejercicio de la actividad profesional —y en general a otros derechos fundamentales— reside en la no afectación a terceros, la protección de la moral y el orden público, según lo preceptúa el numeral 28 de la Constitución Política.

En cuanto al concepto de “profesión liberal” esta Contraloría General también se ha pronunciado e indicado que 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 (...)”.*³

En este punto se debe aclarar que el pago que recibe el funcionario por concepto de prohibición, es una indemnización laboral por el perjuicio que se está causando con la afectación al ejercicio de una libertad, como lo es el costo de oportunidad de lo dejado de recibir por el no ejercicio privado de su profesión; sobre el particular el órgano procurador⁴ ha señalado lo siguiente:

*“(...) En el ámbito del empleo público, es sabido de la existencia de impedimentos legales para el ejercicio liberal de la profesión. Cuando ello acontece y una norma legal lo autoriza, surge entonces el **pago de una compensación económica, con carácter indemnizatorio, tendiente a resarcir el perjuicio económico que la prohibición origina.** Esto es, que el pago por prohibición requiere de base legal, sin la cual deviene improcedente, es decir, que **no solamente debe existir una norma legal que establezca la prohibición al ejercicio liberal de la profesión, sino que también, es indispensable otra disposición, de rango legal, que autorice la retribución económica, como resarcimiento al profesional por el costo de oportunidad que implica no ejercer en forma privada su profesión, a efecto de que todos sus conocimientos y energía los ponga al servicio de la entidad patronal. En ese***

³ Contraloría General de la República. Oficio N° 10455 (DAGJ-1333) del 08 de octubre de 2008.

⁴ Dictamen C-422-2007 del 28 de noviembre del 2007 de la Procuraduría General de la República.

sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado: "... que la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión tiene un indudable fundamento ético, pues cuando se establece, lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades, en el campo privado; dado que ello resulta inconveniente, porque puede afectar la necesaria intensidad en el ejercicio de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una confusión indeseable, en los intereses de uno y otro campo". (Sala Segunda. Nº 333-1999 del 27 de octubre de 1999)//

*En fin, se extrae de lo expuesto, que el pago de la compensación económica en favor de determinados servidores públicos, solamente se justifica en los casos en que la prohibición a la que estén sujetos, les irroque un perjuicio económico, y además, que ese pago esté claramente autorizado por una norma legal." Así las cosas, **debe tenerse presente que el pago de la compensación económica a favor de determinados servidores públicos se justificará en aquellos casos en que la prohibición que se impone lleve consigo la posibilidad de generar un perjuicio, ya que la misma es de carácter indemnizatorio.**" —destacado no corresponde al original—*

De lo dicho hasta ahora y, por implicar una limitación a una libertad fundamental, se tiene que la prohibición —y su respectiva compensación— corresponden a un régimen legal, de manera que quien ocupe un cargo público tendrá prohibición solamente cuando una norma legal lo establezca de manera expresa, salvedad hecha de sentencias judiciales definitivas que así pudieran determinarlo y que resultan de obligado acatamiento de conformidad con los artículos 152 y 153 de la Constitución Política.

Por lo cual debe inferirse que necesariamente debe identificarse una norma legal que de manera expresa la establezca (así como también el reconocimiento económico respectivo), y en ese sentido pueden citarse, entre otras, la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Nº 8 del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas), 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), la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley Nº 8422 del 6 de octubre de 2004) y el Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Ley Nº 4755 del 3 de mayo de 1971).

En este sentido, una de las limitaciones, constitucionalmente válidas, al ejercicio liberal de la profesión es la prohibición que establece el artículo 14 de la Ley N° 8422:

“(...) 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 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.(...)”

La normativa transcrita no contempla los puestos de “Gestor Ambiental y Coordinador de la Unidad Técnica de Gestión Vial Municipal” como uno de los cargos sujetos a prohibición. Lo anterior reviste especial importancia, toda vez que la prohibición establecida en el artículo mencionado, tiene como **destinatarios exclusivos a los funcionarios que ocupan la lista taxativa de puestos que indica el numeral citado.**

Con relación a la referida Ley N° 8422, ha sido criterio reiterado de este órgano fiscalizador superior de la Hacienda Pública que, por la vía de interpretación normativa, **no es posible incluir otros puestos diferentes a los que expresamente establece el articulado**. En ese sentido, en el oficio n° 10771 (DAGJ-2555) del 25 de agosto de 2005 se consignó lo siguiente:

*“(...) la lista de cargos referenciados en los artículos 14 de la Ley N° 8422 y 27 de su Reglamento Ejecutivo, es de índole taxativa, la cual en consecuencia no puede ser adicionada mediante alguno de los métodos de interpretación reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico (...)”.*⁵

Además de lo indicado, no basta la existencia de esa norma legal y que el cargo respectivo se encuentre alcanzado por la prohibición —requisito funcional, el servidor público debe estar formalmente nombrado en propiedad, de forma interina o de suplencia en el cargo que se encuentra afectado por la prohibición—; ya que también deben verificarse los requisitos académicos —el funcionario público 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— y profesionales —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 profesional⁶—, todos los cuales deben cumplirse de manera simultánea como requisito indispensable para que el eventual reconocimiento resulte conforme con el bloque de legalidad.

Valga decir, que el reconocimiento de prohibición a un servidor público implica un acto de disposición de recursos públicos, de manera que esa municipalidad debe ser especialmente cuidadosa y por demás celosa, en verificar que los requisitos fácticos y jurídicos requeridos para tal efecto se cumplan a cabalidad. De igual forma, tal ejercicio debe realizarse para el reconocimiento de la dedicación exclusiva y de la remuneración por honorarios y pensión.

⁵ En igual sentido puede verse el oficio N° 6343 (DAGJ-669) del 18 de junio de 2007.

⁶ En el mismo sentido puede verse el oficio N° 10455 (DAGJ-1333-2008) del 08 de octubre de 2008.

Ahora bien, partiendo del hecho que los cargos de jefatura de órganos que formen parte la Administración Tributaria Municipal, resultan alcanzados por prohibición y no por dedicación exclusiva, supeditado lo anterior al cumplimiento riguroso de los requisitos y condiciones abordados en esta consulta, interesa formular algunas consideraciones en punto al régimen de prohibición vinculado con la materia tributaria.

Sobre el particular, en el caso específico de la prohibición por reconocer en los términos y condiciones establecidos en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios y la Ley de Compensación Económica sobre el Salario Base de Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública, debe tenerse presente que las labores, atribuciones y responsabilidades del cargo respectivo deben estar vinculadas directamente con el proceso tributario municipal, sea con la gestión, determinación, fijación, control, fiscalización, entre otras, de las obligaciones tributarias municipales.

Lo anterior implica, que esa vinculación debe ser directa, habitual, permanente, regular y ordinaria, examen que esa municipalidad debe llevar a cabo en cada caso concreto, tomando en cuenta tanto los requisitos señalados líneas atrás como las atribuciones sustantivas y responsabilidades del servidor respectivo, a la luz del manual descriptivo de puestos o bien, a partir de las labores y tareas que el funcionario realice en la práctica (contrato realidad).

Como resumen de lo expuesto resulta relevante destacar que la prohibición se caracteriza por estar impuesta por ley, es decir, es una imposición para el funcionario que ocupa el puesto afecto bajo este régimen, y no media su voluntad; asimismo, para poder crearse este régimen es necesario que se haga bajo el principio de reserva de ley, que quiere decir que solo por este instrumento jurídico se puede afectar un puesto con este régimen, y su interpretación debe ser de forma restrictiva ya que se están limitando sus libertades, y debido a tal limitación, la administración autorizada por ley debe indemnizar al trabajador por medio de una compensación económica, como lo es un porcentaje en el pago de su salario, y finalmente, se puede destacar que su objetivo es evitar los conflictos de interés entre el ejercicio particular del funcionario y sus funciones públicas.

ii.- Sobre el régimen de dedicación exclusiva

Este órgano contralor ha definido la dedicación exclusiva como un contrato entre el profesional y la institución, en donde el primero se obliga a no ejercer de manera particular en forma remunerada o ad honorem la profesión que ostente, y a cambio recibe una remuneración adicional en su salario por parte de su patrono, en anteriores ocasiones ha señalado⁷:

“(...) La dedicación exclusiva es la obligación que adquiere el profesional con la Institución con la que labora, de no ejercer de manera particular en forma remunerada o ad honorem ninguna profesión que ostente, ni actividades relacionadas con ésta, adquiriendo la entidad el compromiso de retribuirle un porcentaje adicional sobre el salario base, previa suscripción de un contrato. Al ser un acuerdo entre partes, en forma reiterada esta Contraloría General ha manifestado que si bien dicho beneficio puede ser solicitado por el trabajador su simple demanda no obliga a la Administración a acceder a tal requerimiento (...)” (Ver oficios Nos. 09336-95, 10939-95 y 11284-98)”

Por su parte, la Procuraduría General de la República ha definido esta figura como la compensación económica a favor del profesional que previo contrato se obliga al no ejercicio particular de su profesión⁸:

“(...) Se conoce a la Dedicación Exclusiva como aquella compensación económica en favor de los servidores de nivel profesional, que se calcula sobre el salario base, previa suscripción de un contrato, que obliga a no ejercer de manera particular (remunerada o ad honorem) la profesión, así como las actividades relacionadas con ésta, de tal forma que la prestación de los servicios se haga en forma exclusiva para la Administración.(...)”

Igualmente, otro dictamen emitido por la Procuraduría General de la República agregó varias características de este instituto⁹:

⁷ Ver oficio 8010 (DAGJ-1461-99) del 14 de julio de 1999 emitido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Contraloría General de la República.

⁸ Ver dictamen C-154-2004 del 19 de mayo del 2004 emitido por la Procuraduría General de la República.

*“(...) Puede destacarse brevemente de lo transcrito, que para sujetarse al Régimen de la Dedicación Exclusiva dentro del ámbito de las relaciones de servicio entre el funcionario (a) y la Administración Pública, **debe requerirse de la voluntad de ambas partes, plasmada formalmente mediante un contrato, a fin de que el primero se dedique exclusivamente a las funciones del puesto que exige la profesión que ostenta, mientras que la institución que lo contrata se obliga a compensarle un plus porcentual aplicado sobre el salario base que devenga normalmente;** aunado a las otras obligaciones previstas en la señalada normativa, que no son del caso mencionar en este estudio. Aunque no está demás señalar, que otros de los objetivos que se persigue con esa clase de retribución salarial, es evitar la fuga del funcionario, privando a la Administración de su idoneidad y capacidad, amén de motivar al servidor (a) profesional a la obtención del más alto nivel académico, para realizar con mayor eficiencia, las tareas encomendadas. / Una vez suscrito el respectivo contrato, **el servidor no podrá ejercer la profesión comprometida con dicha exclusividad, ni actividades relacionadas con ésta o con su cargo, si no es con la institución para la cual firmó la contratación;** sujetándose al régimen sancionatorio, estipulado en la normativa de referencia, en el eventual caso de que incumpliere con alguna de las obligaciones contractuales. / No obstante, y de conformidad con esa clase de régimen, si el servidor considerare no continuar sujeto a tal sistema, podrá renunciar a ello, comunicándolo por escrito al órgano administrativo correspondiente. / **En ese orden de ideas y dentro del ordenamiento jurídico que rige a la Municipalidad consultante, podría encontrarse algún “Reglamento para la Aplicación de la Dedicación Exclusiva”** (o bien en vía de emisión) en virtud del cual, esa Institución Corporativa puede otorgar la compensación económica a aquellos funcionarios profesionales cuya naturaleza del puesto que desempeña, así lo amerite, previo cumplimiento de los presupuestos correspondientes. **Siempre y cuando no se encuentren dentro de los supuestos de la Ley que prevé el reconocimiento de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión.(...)**” —el destacado es del original—*

⁹ Ver dictamen C-263-2008 del 30 de julio del 2003 emitido por la Procuraduría General de la República.

De esta forma, para poder acogerse al instituto de la dedicación exclusiva es necesario cumplir con ciertos requisitos, que pueden variar según reglamentación propia que tenga cada institución, pero que en términos generales son: ser profesionales, es decir, contar con el grado académico de bachiller universitario como mínimo, estar desempeñando un cargo para el cual sea requisito mínimo el grado académico de bachiller universitario, estar nombrado con jornada completa, salvo que la reglamentación específica indique lo contrario, estar incorporado al colegio profesional respectivo cuando así corresponda, y finalmente, firmar el contrato de dedicación exclusiva con el patrono.

En resumen se denotan algunas características importantes de la dedicación exclusiva, tales como: es **contractual**, dado que nace por un contrato escrito en el que se determinan los términos del convenio, es **consensual**, se da por mutuo acuerdo entre trabajador y patrono. Asimismo, el trabajador recibe un **plus salarial** por parte de su patrono como contraprestación al contrato, es **voluntaria**, y esta es quizás la característica más determinante de esta figura, ya que se basa en la voluntad expresa del trabajador, es decir, este pudiendo escoger realizar labores particulares remuneradas o ad honorem, no lo hace y decide comprometerse con su patrono a brindarle sus servicios en forma exclusiva, por lo que solicita unirse a este régimen; en consecuencia, también es **renunciable**, pues si el trabajador ya no desea continuar con esta relación puede solicitarle formalmente a su patrono que se rescinda del contrato de dedicación exclusiva antes firmado.¹⁰

Del material expuesto relativo a los regímenes de prohibición (inciso i.-) y dedicación exclusiva (inciso ii.-), corresponderá a esa corporación municipal determinar la procedencia o no de que al Gestor Ambiental y al Coordinador de la Unidad Técnica de Gestión Vial Municipal, se les pague dedicación exclusiva o prohibición.

Con relación al punto c)

En relación con la procedencia del cambio de horario de 8 a. m. a 4 p.m., es criterio de este Despacho que es asunto de carácter organizacional y administrativo interno y propio

¹⁰ Ver el dictamen C-348-2007 del 2 de octubre del 2007 de la Procuraduría General de la República.

de la Administración y no tiene relación con los temas propios de la materia de Hacienda Pública, por lo cual no se emite pronunciamiento alguno sobre ese extremo.

Atentamente,



Lic. Iván Quesada Rodríguez
Gerente Asociado

Lic. Ramón Alcides Gómez Figueroa
Fiscalizador

RAGF/
Expediente: CGR-CO-2016008177
G: 2016004004