



Al contestar refiérase  
al oficio N°2555

01 de marzo de 2017

DJ-0252-2017

Señor  
Minor Molina Murillo  
**Alcalde Municipal**  
**MUNICIPALIDAD DE GRECIA**

Estimado señor:

**Asunto:** Consulta sobre procedencia del pago por concepto de prohibición a favor del contralor de servicios.

Nos referimos a su oficio N° ALC-0053-2017 del 17 de enero de 2017; mediante el cual consulta sobre la procedencia del pago por concepto de prohibición al contralor de servicios de esa corporación municipal.

Adjunta criterio de la asesoría legal con relación al tema de consulta, indicando -en lo medular- lo siguiente:

*"(...) El plus salarial aprobado y cancelado en la actualidad al funcionario referido, se ajustó en su momento a dicha interpretación normativa y jurisprudencial, al integrar y delimitar la norma respectiva, en particular el artículo 14 de la Ley 8422, no existiendo por ello mala fe o una posible nulidad evidente y manifiesta.// (...) Que el acto administrativo aprobado en su momento, pago de la prohibición, ha generado una situación jurídica consolidada a favor del funcionario (artículo 143 de la Ley General de la Administración Pública), al haber cumplido con todos los requisitos de un acto administrativo válido y eficaz y por ello, no es posible proceder a considerar que existan elementos suficientes como para estimar su nulidad. Del mismo modo, aún en el supuesto de considerar una posible nulidad del acto, por el principio de conservación del mismo (artículo 168 de la Ley General de la Administración Pública), igualmente no sería la situación más favorable valorar su posible anulación./ Por todo lo anterior, se estima conveniente mantener la situación del pago por prohibición, tal y como se ha venido aplicando.(...)"*

## **CONSIDERACIONES PRELIMINARES.**

De previo a dar respuesta a las interrogantes planteadas, 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, publicada en el diario oficial La Gaceta N° 244 del 20 de diciembre de 2011), el órgano contralor no tiene por norma referirse a casos y 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 (...)"*.

Este proceder 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 un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

Lo anterior no impide, sin embargo, emitir un pronunciamiento general respecto a consultas vinculadas con el ámbito competencial de la Contraloría General (definido por el Constituyente y perfilado por el legislador ordinario). 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 dirigida -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 legalidad o no de los actos administrativos tendentes al pago de prohibición, es un extremo que compete y es responsabilidad directa de esa entidad. Bajo esta inteligencia, el órgano contralor exhorta a ese gobierno local a que, de previo a lo que disponga sobre el particular, se asegure que cualquier acto de disposición de recursos públicos resulte acorde con el ordenamiento jurídico, observando plenamente el bloque de legalidad.



Efectuadas dichas aclaraciones, se procede a emitir el presente criterio que tiene carácter vinculante, en los términos dispuestos en el artículo 7 del Reglamento sobre la recepción y atención de consultas señalado supra.

## II

### CRITERIO DEL ÓRGANO CONTRALOR.

#### 1. Generalidades sobre la Prohibición al Ejercicio Liberal de la Profesión.

El ejercicio de la profesión liberal, es un derecho de raigambre constitucional que poseen las personas físicas. En efecto, pese a no existir una norma específica que reconozca esa libertad en particular, la Sala Constitucional haciendo una interpretación armoniosa de lo preceptuado en los artículos 45 y 65 de la Constitución Política, ha entendido que de esos numerales se extrae el derecho al ejercicio de la profesión liberal, entendiéndose que el contenido esencial de esa libertad comprende tanto el derecho de elección de la profesión, como el libre ejercicio de la actividad profesional.<sup>1</sup>

En cuanto al concepto de "profesión liberal" esta Contraloría General ya se ha pronunciado respecto al tema, indicando 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 (...)"*<sup>2</sup>

Ahora bien, aún y cuando el ejercicio de la profesión liberal, es reconocida como una libertad jurídica a nivel constitucional, lo cierto del caso es que ningún derecho fundamental es irrestricto y por tanto, está sujeto a límites y limitaciones, entendiendo por los primeros aquellas fronteras propias del contenido de cada derecho que impiden otorgarle a aquel una mayor amplitud de la que le corresponde, mientras que las segundas son obstáculos o restricciones al contenido de los derechos fundamentales que vienen impuestas por el ordenamiento jurídico para todos o algunos. Las limitaciones a los derechos fundamentales solamente pueden realizarse por medio de una norma con rango de ley -en sentido formal y

<sup>1</sup> A mayor abundamiento sobre el tema pueden consultarse las resoluciones de la Sala Constitucional N° 2508-94 de las 10:27 horas del 27 de mayo de 1994, N°1626 de las 15:21 horas del 28 de marzo de 1997, N° 2005-01819 de las 8:47 horas del 25 de febrero de 2005; los oficios de esta Contraloría General N° 7150 (DAGJ-1672) del 20 de junio de 2005 y N° 10455 (DAGJ-1333-2008) del 08 de octubre de 2008; así como los siguientes pronunciamientos de la Procuraduría General de la República: C-054-2000 de 17 de marzo del 2000, C-055-2001 de 27 de febrero del 2001, C-209-2002 de 21 de agosto del 2002 y OJ-059-2010 del 25 de agosto de 2010.

<sup>2</sup> Contraloría General de la República. Oficio N° 10455 (DAGJ-1333) del 8 de octubre de 2008.



material-, en virtud del Principio de Reserva de Ley que se impone en esta materia; y la justificación de la existencia 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 (Artículo 28 de la Constitución Política).

De especial interés -en lo referente al tema de limitaciones a los derechos fundamentales- resulta ser el ordinal 19 de la Ley General de la Administración Pública que dispone, en lo que nos interesa, que:

*"(...) 1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes.  
2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia.(...)"*

Es decir, la norma claramente desarrolla el contenido del principio de reserva de ley confirmando que las limitaciones a las garantías y libertades constitucionales solamente pueden realizarse válidamente a través de la ley, prohibiéndose expresamente regular esa materia a través de reglamentos autónomos.

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, de ahí que la misma **no puede ser vista como un simple "plus salarial", sino que es un acto mixto** -pues impone una prohibición al ejercicio de un derecho y que por tanto, acarrea obligaciones; y otorga una compensación económica, es decir, una indemnización por la carga impuesta al funcionario- según los criterios emitidos por la Sala Primera y la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en sus resoluciones:

*"(...) El acto que declara a un servidor determinado, afecto a una prohibición, aunque como consecuencia traiga consigo una compensación económica, no es un acto exclusivamente declarativo de derechos, porque también impone obligaciones. Se trata más bien, de un acto mixto que declara una prohibición concreta en perjuicio del funcionario y a su vez le compensa con un beneficio económico, por lo tanto no coincide con los supuestos del artículo 173 citado." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 000210-F-2005 de las 09:30 horas del 07 de abril de 2005).*

*"(...) debe tomarse en consideración el carácter mixto que tiene el régimen de prohibición por cuanto, por un lado, consiste en un acto de gravamen, al impedir el ejercicio liberal de la profesión, mientras que por el otro conlleva el efecto positivo de la compensación económica." (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2008-000947 de las 09:45 horas del 12 de noviembre de 2008)*

Bajo esa inteligencia, debemos tener claro, entonces, que el pago por prohibición al ejercicio liberal de la profesión, no es un simple incentivo salarial; sino que -tal y como lo ha

indicado este órgano fiscalizador de la Hacienda Pública en otros pronunciamiento- es: "(...) una restricción impuesta legalmente a quienes ocupan determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación completa del servidor a las labores y responsabilidades públicas que le han sido encomendadas, evitando que su interacción con el ámbito privado ponga en riesgo su atención efectiva, merced al surgimiento de conflictos de intereses reales o potenciales (...)".<sup>3</sup>

Ahora bien, para que un funcionario esté sujeto a la prohibición del ejercicio liberal de la profesión, y se le otorgue la compensación económica que establece la ley, resulta necesaria la concurrencia de tres requisitos indispensables: 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 incorporación exista y que su incorporación sea exigida como condición necesaria y suficiente para el ejercicio profesional.<sup>4</sup>

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.

#### **1. Sobre el pago por concepto de prohibición al ejercicio liberal de la profesión a los contralores de servicios.**

La Contraloría General de la República se ha manifestado en diversos criterios sobre los contralores y subcontralores internos, a los que hace referencia el artículo 14 de la Ley N° 8422. Al respecto, se ha entendido que estas designaciones **sólo pueden ser**

<sup>3</sup> En ese sentido puede verse -entre otros- los siguientes oficios de esta Contraloría General: N° 01858 (CGR/DJ-0167-2016) del 09 de febrero de 2016, N° 10455 (DAGJ-1333-2008) del 8 de octubre de 2008, N° 4583 (DJ-559-2011) del 24 de mayo de 2011 y N° 755 (DJ-66-2012) del 27 de enero de 2012.

<sup>4</sup> En el mismo sentido puede verse el oficio N° 10455 (DAGJ-1333-2008) del 08 de octubre de 2008.



entendidas en equivalencia a quienes ejercen la labor de auditoría interna en las instituciones.<sup>5</sup>

Esta interpretación sigue un criterio material para comparar los puestos de contralor y subcontralor interno al del ejercicio de la auditoría, como repasó en los primeros párrafos del presente apartado. Esto se refuerza con lo expresado en el artículo 27 del Reglamento a la Ley N° 8422, al establecer, en lo que interesa, que estarán impedidos para ejercer profesiones liberales, “(...) *los auditores y subauditores internos –sin importar la nomenclatura que éstos reciban siempre que realicen funciones y tareas como tales- de la Administración Pública (...)*”

Por este motivo, no podría interpretarse de manera extensiva la norma, para incluir en esta a los contralores de servicio, **toda vez que sus funciones no son propiamente de auditoría**, sino que las mismas tienen un carácter particular, regulado de este modo en una norma especial, como lo es la Ley Reguladora del Sistema Nacional de Contralorías de Servicio, Ley N° 9158; por lo que no podría incluirse dentro de la lista taxativa ofrecida por los artículos 14 de la Ley N° 8422, y 27 de su Reglamento, sin caer en interpretaciones extensivas de su alcance.

Interesa destacar que la Ley N° 9158, si bien establece limitaciones en el ejercicio de las funciones de los contralores y subcontralores de servicios; se tratan más bien de regulaciones en cuanto al desempeño simultáneo de cargos públicos (inciso 1), así como en cuanto a prohibiciones para la participación en asuntos que puedan colocar al funcionario en un eventual conflicto de intereses (inciso 2). No se refiere este artículo a una prohibición al ejercicio liberal de la profesión, tal como el órgano contralor ya indicó en el oficio 1858-2016 (DJ-0167), del 9 de febrero de 2016.

En virtud de todo lo expuesto, es evidente que en el hipotético caso en que la Administración detecte que a un funcionario público se le está girando monto alguno por concepto de compensación por el ejercicio liberal de la profesión, debe buscar el restablecimiento de la conducta administrativa, revisando minuciosamente cada uno de los elementos del acto administrativo, a efectos de verificar vicios que puedan producir una nulidad absoluta -sea evidente y manifiesta o no-, la cual resultaría ser una excepción al “Principio de Conservación de los Actos de la Administración” y que conllevaría al sujeto pasivo de fiscalización a declarar su nulidad de conformidad con los plazos, los

<sup>5</sup> Sobre el particular, pueden ser consultados, entre otros, los criterios N° 16090 (DAGJ-3421-2004) del 14 de diciembre de 2004, N°7929 (DFOE-ED-0546) del 29 de julio de 2009, N° 1901 (FOE-SOC-102) del 16 de febrero de 2009, N°01858 (CGR/DJ-0167-2016) del 09 de febrero de 2016 y N° 13094 (DJ-1684-2016) del 07 de octubre de 2016.

procedimientos y las reglas que el ordenamiento jurídico ha establecido y atendiendo a la naturaleza mixta que ostenta el instituto jurídico que hemos analizado.

### III

#### CONCLUSIONES

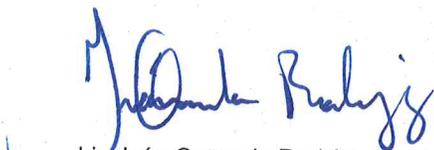
La prohibición al ejercicio liberal de la profesión, no es un "plus salarial" sino un acto de naturaleza mixta que por un lado impone una obligación y que otorga una indemnización o compensación en virtud del deber impuesto.

La restricción impuesta legalmente a determinados funcionarios públicos, en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la Ley N° 8422 y 27 de su Reglamento, tiene un carácter restrictivo a los cargos que la misma normativa establece en forma taxativa. La referencia a "contralor y subcontralor interno", corresponde a la labor de auditoría interna, lo que excluye la posibilidad de incorporar al contralor y subcontralor de servicios, dentro de la afectación señalada.

Con esto se reitera y confirma el criterio sostenido por este órgano contralor, en los oficios 01858-2016 (DJ-0167) del 9 de febrero de 2016, y 7929-2016 (DFOE-ED-0546) del 29 de julio de 2009; así como en el más reciente 4996-2016 (DJ-0566) del 21 de abril de 2016.

Finalmente, le recordamos la importancia de registrarse y utilizar el Sistema de la Potestad Consultiva, de manera que podamos brindarle un servicio más oportuno y eficiente en la atención de su gestión. El mismo lo encuentra en nuestro sitio web [www.cgr.go.cr](http://www.cgr.go.cr)

En los términos anteriores, se tiene por atendida su consulta.



Lic. Iván Quesada Rodríguez  
**Gerente Asociado**



Lic. Juan Pablo Vargas Quirós  
**Fiscalizador**



JPVQ/iqr  
G: 2017000792 - 1  
NI: 1047