



DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio No. **13087**

13 de setiembre de 2018
DJ-1224

Señor
Lic. Freddy Ant. Gutiérrez R.
Auditor Interno
MUSEO NACIONAL DE COSTA RICA
E-mail: auditoria@museocostarica.go.cr

Estimado señor:

***Asunto:** Consulta sobre la obligatoriedad de colegiatura de un profesional en periodismo para ser sujeto del pago de la compensación económica por la prohibición del ejercicio liberal de su profesión.*

Damos respuesta a su oficio No. AI-2018-O-66, recibido el 31 de julio de 2018, mediante el cual se plantea a la Contraloría General de la República dar respuesta a la siguiente interrogante:

¿Es requisito obligatorio para un funcionario público que ocupa un puesto en la Administración Pública como Director de una Entidad adscrita a un Ministerio y cubierto por el artículo 14 de la Ley No. 8422 -Ley contra a la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública- con formación profesional en periodismo estar debidamente incorporado y al día en su respectivo Colegio Profesional para poder ser beneficiario de la compensación económica establecida en el artículo No. 15 de la citada ley?

I.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General de la República se encuentra regulado, en el artículo 29 de la Ley Orgánica No. 7428 del 7 de setiembre de 1994, en la cual se establece 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 ese sentido, en el artículo 8 del Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República No. R-DC-197-2011 de las 8:00 horas del 13 de diciembre de 2011 se establecen, las condiciones que rigen el trámite y atención de las consultas que lleguen a presentarse. Concretamente, en sus incisos 1) y 2) se indica lo siguiente:

“Artículo 8.- 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 la normativa anterior se desprende, que las consultas deben estar referidas a materias propias de la competencia constitucional y legal de la Contraloría General vinculada con la vigilancia de la Hacienda Pública, así como el requisito de que las mismas sean planteadas de forma general y no particular, esto con el objetivo de evitar que se someta al órgano contralor la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante.

Dicho proceder obedece a la naturaleza misma del proceso consultivo, el cual no se ha establecido con la finalidad de sustituir a las Administraciones Públicas en la toma de las decisiones que les corresponden dentro del ámbito de sus competencias, amén 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.

Bajo esta inteligencia, la potestad consultiva no puede (ni debe) verse como un medio por el cual la Contraloría General sustituye a las Administraciones Públicas en el manejo de situaciones concretas en el plano administrativo, la resolución de conflictos internos que se puedan generar entre los diferentes órganos en el seno de la entidad consultante y, menos aún, la validación o confirmación de conductas previamente adoptadas por la Administración.

Así las cosas, el órgano contralor procede a formular algunas consideraciones desde una perspectiva general y no respecto a una situación individualizada, esto con el afán de orientar a los consultantes en la toma de decisiones que a ellos compete.¹

Finalmente, es importante destacar que el examen de validez de los reconocimientos de prohibición que bajo los procedimientos establecidos puedan surgir, la adopción de las acciones que en derecho correspondan frente a eventuales reconocimientos otorgados a contrapelo del bloque de legalidad, son aspectos que le corresponden a esa Administración bajo su exclusiva responsabilidad, para lo cual estamos remitiendo copia de este memorial al Área de Fiscalización de Servicios Públicos Generales de esta Contraloría General.

II.

EN CUANTO A LA PROHIBICIÓN AL EJERCICIO LIBERAL DE LA PROFESIÓN

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 completa de tales servidores a las labores y responsabilidades públicas que les 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.

Es decir, tal y como lo ha advertido la Contraloría General en anteriores oportunidades, este tipo de restricción está dirigida a asegurar la prevalencia del interés público sobre cualquier interés privado sea personal o de un tercero. Así se ha indicado:

¹ Contraloría General de la República, ver oficio No. 3281 (DJ-0362) del 12 de abril de 2012.

(...) 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 (...).²

Asimismo, desde el punto de vista de su contenido, debe tomarse en cuenta que la prohibición entraña una limitación a una libertad fundamental, ya que la misma impide el ejercicio de la profesión en el ámbito privado. Así, 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 cuando una norma legal así lo establezca de manera expresa, salvedad hecha de sentencias judiciales definitivas que así pudieran establecerlo y que resultan de obligado acatamiento de conformidad con los artículos 152 y 153 de la Constitución Política.

En ese sentido, pueden citarse como leyes que reconocen el pago de la prohibición –entre otras- la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, la Ley de Compensación por pago de Prohibición, la Ley General de Control Interno y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Agregar, que no estamos frente a un incentivo económico a favor de quienes ocupan determinados cargos públicos definidos legalmente, sino ante una figura que establece una

² Contraloría General de la República, oficio No. 9318 (DAGJ-2228) del 4 de agosto de 2005

limitación a una libertad fundamental que se compensa económicamente. Así lo ha señalado este órgano contralor en los siguientes términos:

(...) el régimen de prohibición establecido por la norma de marras, implica una lesión a una libertad fundamental reconocida por el Tribunal Constitucional, consistente en ejercer liberalmente la profesión o profesiones que se ostente, de tal manera, que el prohibir su ejercicio depara en una limitación para el ejercicio del derecho al trabajo, limitación que, sin lugar a dudas, repercute en la esfera patrimonial de los afectados por dicho régimen (...).³

III.

EN CUANTO A LA COBERTURA DEL RÉGIMEN DE PROHIBICIÓN ESTABLECIDO EN LA LEY No. 8422

Con respecto al tema que nos ocupa y la consulta realizada a esta Contraloría General, en primer término deviene necesario analizar la disposición que al efecto contempla el numeral 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que en dicho aspecto establece:

“Artículo 14.- Prohibición para ejercer profesiones liberales. No podrán ejercer profesiones liberales (...) 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 (...).”

En igual sentido, el artículo 27 del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Decreto Ejecutivo No. 32333) establece:

“Artículo 27.- Prohibición para ejercer profesiones liberales: No podrán ejercer profesiones liberales (...) la mención que el artículo 14 de la Ley, hace en cuanto a los directores y subdirectores de departamento, debe entenderse referida

³ Contraloría General de la República, oficio No. 7176 (DAGJ-1680) del 20 de junio de 2005. En igual sentido, puede verse el oficio No. 10757 (DAGJ-2552) del 31 de agosto de 2005.

exclusivamente a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público (...).”

Los numerales citados son claros en indicar los funcionarios que están sujetos a prohibición, debiendo tomarse en cuenta que, respecto de la inclusión de directores administrativos contemplado en este régimen de prohibición, debe considerarse que estos con el perfil que establece la ley deben pertenecer a los más altos cargos o bien al más alto cargo de cada institución, no pudiendo extenderse más allá de lo específicamente determinado en nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, la relación de los artículos 14 de la Ley No. 8422 y 27 de su Reglamento da cuenta, de la cobertura del régimen de prohibición a los directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencias (según la nomenclatura interna que corresponda) administrativas de las entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, bajo el entendido que ello refiere -claro está- a los puestos de mayor jerarquía en materia administrativa y siempre que ese encargo funcional sea una atribución principal y no accesoria.⁴

Es decir, dentro de esta categoría quedan comprendidos únicamente, los puestos de jerarquía máxima administrativa de cada entidad, no así otros puestos -aun siendo de jefatura- que realicen funciones administrativas en otras áreas, unidades o departamentos diversos, o incluso en el área administrativa, pero que jerárquicamente se encuentren subordinados a esos puestos máximos. En ese sentido, el órgano contralor señaló en el memorial No. 7176 (DAGJ-1680) del 20 de junio de 2005 -en lo que interesa lo siguiente:

“(...) únicamente cabría considerar sujeto a la prohibición establecida por el artículo 14, en cuanto al “director administrativo” y al “subdirector administrativo” a quienes ocupen los puestos de mayor jerarquía, en las áreas, departamentos, divisiones, unidades, etc. Que tengan como principal misión, encargarse de las labores administrativas a nivel general de la entidad, sin que pudiera extenderse

⁴ En ese sentido ver oficio No. 484 (DAGJ-88-2006) del 10 de enero de 2006 y oficio No. 7854 (DAGJ-1795-2005) del 30 de junio de 2005, ambos de la Contraloría General de la República.

*el sentido de la norma a quienes ejerzan dicha función de forma accesoria (...).*⁵

Es decir, fuera del director y subdirector administrativo y el titular de la proveeduría institucional, ningún otro cargo de jefatura de la Administración Activa se encuentra sujeto a prohibición al amparo de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento.

Así las cosas, esa Administración debe determinar con vista en las atribuciones y responsabilidades del cargo de director, si este corresponde -o no- al puesto máximo administrativo de la entidad donde el funcionario público se desempeña, no basta exclusivamente con que el funcionario ostente el puesto señalado por la norma, ya que, como se expondrá más adelante, además de desempeñar dicho cargo debe reunir los requisitos funcional, académico y profesional que corresponda en cada caso.

Interesa de la misma forma enfatizar que la correcta atención de la función pública y con ello el aseguramiento de los principios de objetividad, imparcialidad e integridad, no se consigue exclusivamente con sujetar a quien ocupa un cargo determinado al régimen de prohibición, ya que sobre los servidores públicos en general –estén sujetos o no a dicha

⁵ En igual sentido, interesa mencionar que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose al alcance de la prohibición establecida en la LCCEIFP con relación a cargos de jefatura ha advertido, que la intención del legislador nunca fue extender el pago a todos los cargos de jefatura del Sector Público más allá de los que se indican en dicha norma legal. Veamos: (...) la lista consignada en los ordinales citados es taxativa, lo que significa que no pueden agregarse puestos que no estén incluidos en ella. El actor ha sostenido la tesis de que ocupa el cargo de Director del Departamento de la División de Servicios Técnicos de la Superintendencia General de Entidades Financieras, órgano de desconcentración máxima adscrito al Banco Central de Costa Rica, y por eso, debe pagársele un 65% de la base de su salario por concepto de prohibición, pues el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública establece que, quienes se desempeñen como directores administrativos de las instituciones autónomas deben percibir esta compensación económica. Sin embargo, al contestarse la acción, el demandado indicó que el actor no ocupa un puesto como director administrativo, tal y como su exige la norma (folio 25), sino que su cargo es de director de un departamento, afirmación que tiene respaldo probatorio, en la constancias de folios 7 y 8 y en el Manual descriptivo de puestos de folios 84 y 85. Queda claro entonces, que al no estar nombrado como director administrativo, tal y como lo exige la normativa, no tiene derecho al pago de prohibición. Por otro lado, debe indicarse que si bien es cierto, don Eduardo ostenta el cargo de "director de departamento", tampoco está contemplado dentro de la lista de puestos comprendidos en el artículo 14 de la Ley 8422, porque el ordinal 27 del reglamento a ese cuerpo legal, aclaró que, para efectos de la mención que el numeral 14 de la ley hace, en cuanto a los directores y subdirectores de departamento, debe entenderse referida exclusivamente a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público. Finalmente, debe mencionarse que el espíritu de quien legisló, era reconocer el pago de prohibición de forma restrictiva y no de forma general, tal y como el actor ha querido hacerlo ver. Así quedó plasmado en el acta de discusión del proyecto de Ley 13715, moción vía 137 del texto del artículo 15, que luego pasó a ser el 14 de la Ley 8422 (...) (Resolución n° 327 de las 9:15 horas del 13 de abril de 2012).

restricción- pesa la obligación de no incurrir, en actividades que por ser fuente de conflictos de intereses actuales o potenciales, puedan constituir una infracción al deber de probidad establecido en el artículo 3 de la Ley No. 8422, cuya infracción puede provocar incluso el despido sin responsabilidad patronal.

IV.

REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL RECONOCIMIENTO ECONÓMICO

En abono de lo indicado, importa señalar que un reconocimiento económico de prohibición conforme con el bloque de legalidad exige, el cumplimiento de tres requisitos de carácter obligatorio y que deben configurarse de manera simultánea. Al respecto, este Órgano Contralor ha indicado:

“En ese sentido, el cumplimiento simultáneo de todos estos requerimientos es una exigencia que resulta más que lógica, habida cuenta que la prohibición solo podrá ser compensada cuando el servidor esté en capacidad de ejercer liberalmente la profesión (o profesiones) que posea.”⁶

En primer término, requiere de un requisito funcional que consiste en estar nombrado en un cargo público sujeto legalmente a prohibición y en ese sentido, pueden mencionarse - entre otras- las normas antes referidas en las cuales se incluye un listado –determinado o bien determinable- de puestos públicos sujetos a tal restricción.

En segundo lugar, el requisito académico que se traduce en que el funcionario público debe poseer, un grado académico que lo acredite como profesional en determinada rama del conocimiento, lo cual debe valorarse en cada caso en particular pues de cada disciplina depende, cuál es ese grado académico necesario para ser considerado profesional. Esto último es especialmente importante, ya que no es válido generalizar la licenciatura como grado académico mínimo exigible en todos los casos, toda vez que existen profesiones para cuyo ejercicio liberal basta la obtención de un grado de bachiller.⁷

⁶ Contraloría General de la República, oficio No. 10455 (DAGJ-1333) del 8 de octubre de 2008.

⁷ Contraloría General de la República, ver oficio No. DJ-3832-2010 de 14 de octubre de 2010.

Siempre ligado a este segundo requisito, debe tenerse presente que se está ante la compensación por el no ejercicio de una profesión que debe calificarse como liberal, extremo que también debe analizarse en cada caso concreto y de manera individualizada según la disciplina que se trate, de ahí que si la persona no es profesional en el sentido estricto del término o si la profesión que tiene no encuadra en la categoría de liberal, aun teniendo un grado académico en una disciplina determinada el reconocimiento económico sería improcedente.

Con relación al concepto de profesión liberal, el Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en su artículo 1 inciso 47), adicionado por el artículo 2º del Decreto Ejecutivo No. 41140 de 2 de mayo de 2018, establece:

*“(...) **Profesión liberal:** Para efectos del artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública, se entenderá por profesión liberal aquella que cumpla los siguientes supuestos: a) Su ejercicio requiere de grado o posgrado universitario, b) colegiación activa, cuando exista Colegio Profesional y la colegiatura sea obligatoria; c) Ser susceptible de ejercerse en el mercado de servicios; d) Libertad de juicio e independencia profesional; y e) La existencia de una relación de confianza con su cliente.*

En ese mismo sentido, el artículo 31 bis de dicho cuerpo legal indica:

“(...) Corresponderá a las Oficinas de Recursos Humanos de cada institución la verificación, aprobación y trámite de pago de la compensación por prohibición en los términos establecidos en esta Ley, para lo cual deberá realizar la constatación del cumplimiento de requisitos, justificando y documentando su reconocimiento mediante resolución administrativa.

El incumplimiento de esta obligación será considerada como falta grave por parte de los titulares de las Oficinas de Recursos Humanos, y será sancionada conforme la reglamentación de cada Institución.”

En el mismo sentido, esta Contraloría General se ha referido al concepto de profesiones liberales como:

(...) 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.⁸

En igual sentido, la Sala Constitucional, en la resolución No. 8728 de las 15:22 horas del 11 de agosto de 2004 indicó lo siguiente:

(...) 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 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 (...).

Finalmente, el requisito *profesional* consiste en la aptitud legal para poder ejercer una profesión calificable –según ya se indicó- como liberal, lo cual incluye desde luego la incorporación profesional cuando así corresponda según el caso. Esto último se subraya con

⁸ Contraloría General de la República, ver oficio No. 10455 (DAGJ-1333) del 8 de octubre de 2008.

especial énfasis, ya que al igual y como sucede con el grado académico, la incorporación a un colegio profesional tampoco puede generalizarse como requisito obligatorio per se, habida cuenta que existen profesiones en las cuales la colegiatura no es obligatoria y otras que no cuentan siquiera con un colegio profesional.

Nótese, que el cumplimiento de estos dos últimos requisitos –el académico y profesional- tiene un sentido lógico, ya que si el servidor público más allá de ocupar un cargo sujeto a prohibición, no puede ejercer una profesión liberal (porque la profesión que tiene no encuadra en esa categoría, por no estar incorporado en un caso en el que sí es obligatorio o porque aun estando incorporado la persona está suspendida por la corporación profesional por el no pago de cuotas –si una norma así lo dispusiera- u otra razón, etc.), un eventual pago compensatorio resultaría improcedente ya que lo que se pretende es compensar a alguien por no hacer algo que está en capacidad de hacer.

De manera más reciente, la misma Procuraduría General, ratificó los presupuestos que contiene la normativa sobre el tema, en particular lo relacionado con la condición de estar habilitado para el ejercicio de la profesión liberal; así señaló en lo de interés en el dictamen C-075-2017 del 07 de abril de 2017:

"(...) En síntesis, es posible afirmar que la prohibición prevista en el artículo 14 de la ley n.º 8422 afecta solamente a los funcionarios que estén en posibilidad efectiva de ejercer una profesión liberal. A esos funcionarios, el artículo 15 de la misma ley les reconoce el pago de una compensación económica de un 65% calculada sobre su salario base. Los funcionarios que ocupen uno de los cargos a los que se refiere el artículo 14 mencionado, pero que no estén en posibilidad de ejercer una profesión liberal (porque no cuentan con el grado académico exigido para ello, porque su profesión no es liberal, o porque no están activos en el Colegio Profesional respectivo cuando así se requiera), no están afectos a esa prohibición específica, por lo que no tendrían derecho al pago de la compensación económica a la que se refiere el artículo 15 de la misma ley".

Y respecto del cumplimiento de los requisitos para que proceda el pago de la prohibición, en el dictamen C-107-2017 del 29 de mayo de 2017 la PGR señaló:

"(...) 1. Para que el pago de la compensación económica dispuesta en el artículo 15 de la ley n.º 8422 por la prohibición a la que se refiere el artículo 14 de esa ley sea procedente se requiere: 1) que la persona que lo reciba ocupe alguno de los cargos mencionados en el artículo 14 de esa ley; 2) que esa persona cuente con una profesión liberal; y, finalmente, 3) que quien reciba esa compensación esté facultado para ejercer la profesión liberal que ostenta, lo cual implica estar inscrito y activo en el Colegio Profesional respectivo, cuando así se requiera para el ejercicio liberal de la profesión."

IV.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY No. 4420 Y SU INCIDENCIA PARA EFECTOS DE LA CONSULTA

Aunado a las anteriores consideraciones y pronunciamientos genéricos que se han emitido por parte de ésta Contraloría General así como, también, por parte de la Procuraduría General de la República respecto de los requisitos y la procedencia del pago de la compensación económica establecida en el artículo 15 de la Ley 8422, se debe contemplar lo dispuesto por la Sala Constitucional mediante el voto No. 2313 del 09 de mayo de 1995, resolución mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 22 de la Ley No. 4420 del 22 de septiembre de 1969, ordinal mediante el cual, se imponía la colegiatura forzosa para que los profesionales en periodismo pudieran realizar sus labores, esto al estimar el Tribunal Constitucional que ese requisito contravenía lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva No. OC-05-85 y atentaba contra el Derecho a la Información.

Bajo esa tesis, este órgano contralor en oficio No. DJ-3832-2010 del 14 de octubre de 2010, indicó:

“(…) Ahora bien, tanto el grado académico, como la incorporación profesional son extremos que deben ser examinados en cada caso concreto, pues hay profesiones en las que el ejercicio requiere un grado de licenciatura y otras un bachillerato, amén de que en algunas la incorporación no es obligatoria y otras en las que del todo dicha incorporación no existe. / Bajo esta tesis y llevando el análisis al caso de los periodistas, ya que esa es la profesión cuyo no ejercicio liberal se viene compensando a su persona, la revisión de una abundante cantidad de información atinente al tema, dentro de la que destaca la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, la sentencia de la Sala Constitucional N° 2315 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995 y el dictamen de la Procuraduría General N° C-269-2004 del 20 de setiembre de 1994, lleva a este Despacho a concluir que la compensación del periodismo como actividad profesional susceptible de ser ejercida de manera liberal, requiere la tenencia de un grado académico universitario en dicha materia (...).”⁹

En consecuencia, el citado criterio emanado por el Despacho indicó que: *“las personas que se presenten como periodistas profesionales y reciban, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 8422, la compensación económica allí prevista por no ejercer de manera liberal dicha profesión, deben acreditar la tenencia de un grado académico universitario en esa materia, el cual como mínimo debe ser bachillerato según se colige de la relación de los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas (Ley N° 4420 del 22 de setiembre de 1969).”¹⁰*

No obstante, en cuanto a la pertenencia al Colegio de Periodistas, en dicho oficio se

⁹ Sobre el particular puede verse la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 y la sentencia de la Sala Constitucional No. 2315 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995.

¹⁰ Oficio DJ-3832-2010 del 14 de octubre de 2010. División Jurídica de la Contraloría General de la República.

especificó que “tratándose del periodismo la incorporación al colegio profesional no resulta obligatoria”, conforme a lo establecido en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 y la sentencia de la Sala Constitucional N° 2315 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995, lo cual se retoma a fin de responder su consulta en los mismos términos.

En todo caso, se reitera la obligación que tiene la Administración en el ejercicio de sus funciones, a fin de analizar las particularidades del caso a fin de determinar la procedencia del pago de prohibición. Todo con apego a lo establecido en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su reglamento, valorando -claro está- la obligatoriedad del requerimiento grado académico y la debida incorporación al colegio respectivo, cuando así esté previamente establecido.

V.

DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN

Finalmente, es importante acotar que el reconocimiento de prohibición implica un acto de disposición de recursos públicos, de ahí la obligación de todas las Administraciones Públicas de verificar bajo su entera responsabilidad, que los requisitos antes indicados se cumplan a cabalidad en todos los casos, lo cual resulta extensivo –no solamente- a quienes otorgan un reconocimiento a contrapelo del ordenamiento jurídico globalmente considerado, sino también a los que lo reciben y aquellos que deciden mantener en el tiempo un pago en contravención a la normativa aplicable.¹¹

En ese sentido, importa advertir lo que al efecto establecen los artículos 38 y 56 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422.

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)*

¹¹ Ver oficio de esta Contraloría General No. 4745 (CGR/DJ-0495) del 27 de abril de 2017.

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.*

VI. CONCLUSIONES

Por lo expuesto, analizados de forma conjunta los mencionados pronunciamientos que se han emitido por parte de ésta Contraloría General así como, también, por parte de la Procuraduría General de la República respecto de los requisitos y la procedencia del pago de la compensación económica establecida en el artículo 15 de la Ley 8422 junto con la resolución de la Sala Constitucional recién citada, se deben considerar los siguientes elementos para determinar si un funcionario público que ocupa un puesto en la Administración Pública como Director de una Entidad adscrita a un Ministerio y cubierto por el artículo 14 de la Ley No. 8422, puede ser beneficiario de la compensación económica establecida en el artículo No. 15 de la citada ley.

En primer término, debe tomarse en cuenta que con respecto a la inclusión de directores administrativos en el régimen de prohibición que establece la Ley No. 8422 en su artículo 14, se debe considerar que este cumpla con el perfil establecido, en el sentido de que el puesto regulado se refiere al más alto cargo de cada institución, no pudiendo extenderse más allá de lo específicamente determinado en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, se requiere el cumplimiento de tres requisitos de carácter obligatorio y que deben configurarse de manera simultánea:

- **Requisito funcional:** Consiste en estar nombrado en un cargo público sujeto legalmente a prohibición, en este caso a lo establecido en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función Pública.
- **Requisito académico:** El funcionario público debe poseer, un grado académico que lo acredite como profesional en determinada rama del conocimiento, lo cual debe valorarse en cada caso en particular pues de cada disciplina depende, cuál es ese grado académico necesario para ser considerado profesional. En ese sentido, no es válido generalizar la licenciatura como grado académico mínimo exigible en todos los casos, toda vez que existen profesiones para cuyo ejercicio liberal basta la obtención de un grado de bachiller. Por otra parte, debe tenerse presente que se está ante la compensación por el no ejercicio de una profesión que debe calificarse como liberal, extremo que también debe analizarse en cada caso concreto y de manera individualizada según la disciplina que se trate, de ahí que si la persona no es profesional en el sentido estricto del término o si la profesión que tiene no encuadra en la categoría de liberal, aun teniendo un grado académico en una disciplina determinada el reconocimiento económico sería improcedente.
- **Requisito profesional:** Consiste en la aptitud legal para poder ejercer una profesión calificable –según ya se indicó- como liberal, lo cual incluye desde luego la incorporación profesional cuando así corresponda según el caso. Esto último se subraya con especial énfasis, ya que al igual y como sucede con el grado académico, la incorporación a un colegio profesional tampoco puede generalizarse como requisito obligatorio per se, habida cuenta que existen profesiones en las cuales la colegiatura no es obligatoria y otras que no cuentan siquiera con un colegio profesional. Al respecto, y vinculado con su consulta, se reitera lo indicado en el oficio No. DJ-3832-2010 del 14 de octubre de 2010, en cuanto a que “tratándose del periodismo la incorporación al colegio profesional no resulta obligatoria”, conforme a lo establecido en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 y la sentencia de la Sala Constitucional No. 2315 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995.

Como tercer aspecto, es importante acotar que el reconocimiento de prohibición implica un acto de disposición de recursos públicos, de ahí la obligación de todas las

Administraciones Públicas de verificar bajo su entera responsabilidad, que los requisitos antes indicados se cumplan a cabalidad en todos los casos, lo cual resulta extensivo –no solamente- a quienes otorgan un reconocimiento a contrapelo del ordenamiento jurídico globalmente considerado, sino también a los que lo reciben y aquellos que deciden mantener en el tiempo un pago en contravención a la normativa aplicable.

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 se encuentra disponible en nuestro sitio web www.cgr.go.cr

En los términos anteriores dejamos atendida su gestión.

Atentamente,



Lic. Hansel Arias Ramírez
Gerente Asociado
Contraloría General de la República

Lic. Christian Zamora Pérez
Fiscalizador
Contraloría General de la República

CZP/HAR
Ci: Área de Fiscalización de Servicios Públicos Generales de esta Contraloría.
Ni: 13087-2018 (DJ-1224)
G. 2018002611