

Al contestar refiérase
al oficio N° **14108**

9 de setiembre del 2024
DJ-1681

Señora
Elizabeth Castillo Cerdas
Auditora Interna
COMISIÓN NACIONAL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS Y ATENCIÓN DE EMERGENCIAS -CNE-
Ce: ecastillo@cne.go.cr // mjimenez@cne.go.cr

Estimada señora:

Asunto: *Se atiende consulta sobre requisitos para el pago de prohibición a funcionarios de la Unidad de la Asesoría Legal que laboran para la CNE.*

Nos referimos a su oficio n.º CNE-AI-OF-178-2024 fechado el 23 de julio de 2024, mediante el cual plantea una serie de inquietudes en relación con los artículos 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial n.º 1937 y 5 inciso a) la Ley de Compensación por pago de Prohibición n.º 5867, en los siguientes términos.

I

OBJETO DE LA CONSULTA

En el texto de la consulta, se solicita criterio a esta Contraloría General en relación con las siguientes inquietudes:

1. “¿Es la CNE parte directa del Poder Ejecutivo? ¿Porqué?”
2. “¿Al estar la CNE como órgano de desconcentración máxima adscrita a la Presidencia de la República, con personalidad jurídica instrumental, se puede entender que no le aplica la normativa que es directa al Poder Ejecutivo?” (El resaltado es del original)
3. “¿Está autorizado por Ley pagar prohibición a los funcionarios de las Asesorías Legales del Poder Ejecutivo, si estos son desconcentrados de la Presidencia y los Ministerios, aplicando el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1937) y la Ley de Compensación por pago de Prohibición (N°5867) artículo 5 incisos a)?”
4. “Los requisitos para el pago de prohibición están identificados en la normativa

y se tienen mediante Decreto Ejecutivo 22614, Reglamento para el Pago de Compensación Económica por concepto de Prohibición del 22 de octubre de 1993 y la Procuraduría ha señalado que existen dos presupuestos para la procedencia del pago de la compensación económica: "... dos supuestos importantes para la procedencia, en estricto sentido, del pago de la mencionada compensación económica, a saber: que el puesto ocupado por el funcionario se encuentre afectado por la aludida prohibición, y que al mismo tiempo se reúna el requisito mínimo académico que el cargo requiere para el ejercicio de las funciones correspondientes." Respecto al párrafo anterior solicito el criterio sobre si un funcionario que ostenta el título de abogado, esta incorporado al Colegio Profesional, pero se encuentra nombrado en otra oficina que no es la Asesoría Jurídica Institucional, realizando labores administrativas, es legal cancelarle prohibición por el artículo 244 de la Ley del poder Judicial y el artículo 5 (N°5867) y artículo 1 inciso a) de esta misma Ley?"

A su vez, en la gestión presentada, la Auditoría Interna establece su criterio en relación con el tema consultado, señalando lo siguiente:

"En relación con lo antes expuesto y de acuerdo a lo que establece el artículo 13 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo (N°8488), al señalar que la CNE es Órgano de desconcentración máxima adscrita a la Presidencia de la República, con personalidad jurídica instrumental para el manejo y la administración de su presupuesto y para la inversión de sus recursos, con patrimonio y presupuesto propio, considera esta Auditoría Interna que la CNE si se encuentra con la facultad de ser parte del Poder Ejecutivo y por lo tanto no estaría esta Institución en igual (sic) de Condiciones que el INA, ya que esta es una institución autónoma que forma parte de la administración descentralizada del Estado; no obstante, la CNE no es autónoma y tampoco descentralizada, sino que esta es desconcentrada y está adscrita a la Presidencia, mencionando el artículo 130 de la Constitución Política y 21 inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública, que el Poder Ejecutivo en sentido amplio está conformado por la Presidencia de la República y los Ministros de Gobierno, es decir, por la Administración Pública Central. Además, si se razona lo que la Procuraduría enunció en el Dictamen C- 020- 2024 del 20 de enero, 2004 al establecer "(...) 1.- Los órganos del Poder Ejecutivo dotados de personalidad jurídica instrumental no constituyen Administración Descentralizada, por lo que debe tenerseles como parte de la Administración Central. Y en el mismo orden de ideas la Contraloría General

de la República en la exposición sobre el Proyecto de Ley, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica. Según Expediente 21.303, en junio, 2019, dictó que cuando a un órgano desconcentrado de un ministerio se le otorga personalidad jurídica instrumental, se le permite administrar un presupuesto independiente, pero que se debe tener claro que ese órgano continúa siendo parte del Poder Ejecutivo y que sus funcionarios pueden ser catalogados como servidores de ese ministerio. Por lo tanto, esta Auditora Interna es del criterio que los funcionarios de la Unidad de la Asesoría Legal que laboran para la CNE, si se encuentran cubiertos por el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1937) y la ley que les faculta para recibir la remuneración es Ley de Compensación por pago de Prohibición (N°5867), en su artículo 5 inciso a), al ser la CNE desconcentrada y no descentralizada.” “(El resaltado es del original)

Adicionalmente, a lo largo del oficio consultivo se exponen varios criterios, tanto de la Procuraduría General de la República, como de este Órgano Contralor sobre el particular.

II

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General se encuentra regulado, en el artículo 29 de la Ley Orgánica n.º 7428 del 7 de setiembre de 1994, en el 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 razón de lo anterior, se emitió el “*Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República*”, n.º R-DC-0197-2011 de las 8:00 horas del 13 de diciembre del 2011, publicado en la Gaceta n.º 244 del 20 de diciembre de 2011, en el que se establecen las condiciones que rigen el trámite y la atención de las consultas ingresadas como parte del ejercicio de la competencia consultiva.

De conformidad con los artículos 8 y 9 del indicado Reglamento, esta Contraloría General no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la Administración Pública respectiva, en el ejercicio de sus competencias.

De manera tal que lo que se emite corresponde a un criterio que no pretende abordar y mucho menos, resolver un caso específico.

Por lo tanto, debe quedar claro que no se está brindado una respuesta específica, sino que el presente criterio emitido en ejercicio de la potestad consultiva tiene un carácter general cuyo propósito es servir de insumo a la Administración, junto con los elementos fácticos y jurídicos respectivos, que permitan orientar la toma de decisiones de los gestores públicos directamente responsables de la buena marcha de los asuntos que les competen.

Cabe subrayar, la relevancia particular de lo mencionado en este caso, considerando que la legalidad de los actos administrativos relacionados con el reconocimiento y pago de la prohibición es una responsabilidad primaria de cada administración activa. En este sentido, el órgano contralor insta a los titulares subordinados responsables a garantizar que cualquier acto de disposición de recursos públicos se ajuste al marco legal vigente.

III

CRITERIO DEL ÓRGANO CONTRALOR

1. Naturaleza de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias -CNE-.

Es importante tener en cuenta que escapa a las competencias de la Contraloría General de la República la definición de la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Emergencias (CNE), por lo que para este apartado se remite a lo regulado por la normativa aplicable, así como a criterios de la Procuraduría General de la República, órgano consultivo que atiende estas temáticas.

La Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Presidencia de la República, con personalidad jurídica instrumental, tal como lo establece el artículo 13 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención de Riesgos (Ley n.º 8488).

De manera complementaria, la Procuraduría General de la República, en su dictamen n.º C-020-2004 del 20 de enero de 2004, refuerza esta interpretación al señalar que la CNE, tanto bajo la ley anterior (Ley n.º 4374, ahora derogada) como bajo la legislación actual, ha mantenido su personalidad jurídica instrumental, lo que le permite operar por su propia cuenta dentro del marco del Poder Ejecutivo.

Asimismo, en relación con la naturaleza jurídica de la CNE, la Sala Constitucional en su resolución n.º 8675-2005 de las 9:56 horas del 1 de julio de 2005, aborda la constitucionalidad de esta estructura y aclaró que la personalidad jurídica instrumental asignada a la CNE, como órgano de desconcentración máxima adscrito a la Presidencia de la República, es válida y no contraviene el ordenamiento constitucional.

Además, distingue entre la creación de una institución autónoma, que requiere un proceso específico y votación calificada, y la dotación de personalidad jurídica instrumental, que se limita a la administración de su presupuesto. Señala que este tipo de personificación, conocida como "personificación presupuestaria", no convierte a la CNE en un ente autónomo, sino que le otorga la capacidad de manejar sus recursos dentro del marco del Poder Ejecutivo, sin transgredir el principio de unidad del presupuesto.

Por lo tanto, aunque forma parte del Poder Ejecutivo, la CNE opera con un grado significativo de autonomía en sus funciones y gestión.

Ahora bien, en relación con la pregunta sobre si, al estar la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias como un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Presidencia de la República con personalidad jurídica instrumental, se puede entender que no le aplica la normativa que es directa al Poder Ejecutivo, es importante considerar lo siguiente.

La Procuraduría General de la República ha reconocido que se debe entender que un órgano desconcentrado en grado máximo se encuentra adscrito a un ente sin estar sujeto a subordinación en cuanto al desarrollo de las competencias desconcentradas, por lo que prácticamente desaparece la relación de jerarquía en cuanto a dichas competencias. No obstante esto, ello no aplica para las demás atribuciones del órgano que no le fueron asignadas en forma exclusiva. Así lo ha reconocido, al señalar:

"Conviene aclarar que la comentada desaparición de las potestades contralora y de mando se verifica, evidentemente, en relación con el ejercicio de las funciones reservadas al órgano desconcentrado, que es el ámbito donde se preestablece una actuación independiente, sea, libre de injerencias por parte del jerarca. Fuera de ese ámbito, el Ministro (o funcionario equivalente en el sector descentralizado) recupera todo su vigor jerárquico, pudiendo ejercer respecto del órgano desconcentrado todos los atributos propios de ese vínculo (artículo 102 de la Ley General de la Administración Pública), por ser este último una dependencia más del Ministerio o institución

de que se trate. De igual manera, el accionar administrativo del órgano desconcentrado queda sujeto a la dirección del jerarca (artículo 99.2 iusibid.) y a la reglamentación autónoma general que dicte el Poder Ejecutivo o el jerarca del ente público menor." (Dictamen número C-255-2000 de fecha 12 de octubre del 2000)

Por lo tanto, aunque la CNE goza de autonomía en el ejercicio de sus competencias desconcentradas, esto no significa que esté completamente exenta de la normativa aplicable al Poder Ejecutivo en las funciones que no le han sido asignadas en forma exclusiva. Sin embargo, es importante reiterar que este no es un tema que corresponde definir a la Contraloría General de la República, sino que ha sido analizado por la representación estatal.

2. Generalidades del régimen de prohibición.

Es importante hacer un desarrollo general sobre la figura de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión, tal como lo ha entendido este órgano contralor, el cual se ha referido a la misma en múltiples ocasiones a lo largo de los años, abordando este tema desde diferentes enfoques, según las particularidades de cada consulta.

Esta prohibición consiste en una restricción al derecho constitucional de las personas a ejercer su actividad profesional libremente, contemplada en el artículo 56 de la Constitución Política, la cual se impone con el objetivo de tutelar un interés público superior, que consiste en que quienes desempeñan ciertos cargos públicos estén dedicados por completo al cumplimiento de sus funciones públicas y permanezcan alejados de vínculos privados que puedan afectar o poner en riesgo la atención efectiva de sus obligaciones y responsabilidades. Esta restricción ha sido reconocida de este modo por la jurisprudencia de la Sala Constitucional¹.

Sobre este particular, el órgano contralor ha indicado lo siguiente:

"(...) 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

¹ Al respecto se tienen, entre otras, 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 y N° 2005-01819 de las 8:47 horas del 25 de febrero de 2005.

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 (...)².

Por su parte, sobre el tema de la prohibición, la Sala Constitucional ha señalado:

"(...) Los funcionarios o empleados sujetos a prohibición, están imposibilitados en forma absoluta no sólo para el ejercicio de otros cargos públicos, sino también para desempeñar, en la empresa privada, actividades relativas a los puestos que ocupan en el Estado, salvo claro está, en las excepciones que la propia norma establece, fundadas bien en la naturaleza de la actividad –docencia- o cuando se trata de la defensa de intereses personales o de sus parientes cercanos. Dicha limitación se impone (...) cuando el ejercicio liberal de la profesión o actividad sea incompatible con el cargo público que se desempeña, es decir, cuando pueda generar perjuicios graves a los intereses de la Administración Pública (...) Resulta claro, a partir de lo dicho, que sólo aquellas actividades cuyo ejercicio privado resulte incompatible con la función que el servidor desempeña, están sujetas a la prohibición (...) La inexistencia de dicha incompatibilidad, por el contrario, faculta al servidor público para ejercer privadamente su profesión u oficio, sujeto a las responsabilidades del caso si por ello incurriere en alguna falta laboral (...)"³

La magnitud de la restricción que supone este régimen, hace necesario que exista una norma legal expresa que así lo disponga, tal y como lo establece el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública, por tratarse de la limitación a un derecho constitucional, negando la posibilidad de hacer interpretaciones extensivas a los supuestos que de forma taxativa se disponen. Las mismas restricciones son aplicables a los casos de pago de compensación a dicha prohibición, cuando este rubro ha sido definido.

Algunas leyes que contemplan la prohibición al ejercicio liberal de la profesión y reconocen el pago de una compensación por su aplicación, son –entre otras- la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley N° 8 del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas), el Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Ley N° 4755 del 3 de mayo de 1971), la Ley de Compensación Económica sobre el Salario Base de Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública (Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975), la

² Contraloría General de la República, oficio No. 7176 (DAGJ-1680) del 20 de junio de 2005.

³ Resolución de Sala Constitucional N°3369-96 de las 10:27 horas del 5 de julio de 1996.

Ley General de Control Interno (Ley N° 8292 del 31 de julio de 2001), el Código Municipal (Ley N° 7794 del 30 de abril de 1998) y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004).

Como se dijo, la prohibición puede dar origen a una compensación económica, que corresponde a un pago que no se puede concebir como un incentivo económico para el funcionario, sino que tiene una naturaleza jurídica eminentemente indemnizatoria por el no ejercicio liberal de la profesión y una directa repercusión en la esfera patrimonial de los afectados por dicho régimen. Al respecto, se reitera que este pago debe estar contemplado en una ley y su interpretación debe ser restrictiva⁴.

En virtud del supuesto del que es objeto la consulta, es decir, los funcionarios de la asesoría jurídica en una administración -profesionales en derecho-, corresponde centrar el análisis en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (n.º 1937). Antes de ello, es necesario hacer referencia a tres supuestos que deben cumplirse para que proceda el pago por la prohibición al ejercicio liberal de la profesión.

3. Requisitos para que proceda el reconocimiento económico.

Es importante indicar como punto de partida, que tanto los criterios reiterados de la Contraloría General de la República, como de la Procuraduría General de la República y actualmente la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, n.º 9635, definen tres supuestos para que proceda el pago por prohibición al ejercicio liberal de la profesión, los cuáles son:

1. Requisito funcional: Consiste en estar nombrado formalmente en un cargo público sujeto legalmente a prohibición, sea este puesto en propiedad, interino o en suplencia. Lo que determina la prohibición son las características, funciones, labores y responsabilidades del cargo que constituye el motivo por el cual se ha establecido la prohibición, con la finalidad de que posibiliten una dedicación completa del funcionario público a las labores y responsabilidades públicas precisadas, para lo que es indispensable que este requisito se verifique de conformidad con la correspondiente estructura orgánica de la institución.

2. Requisito académico: Es el que corresponde al título universitario o grado

⁴ Sobre esto pueden verse los oficios de la Contraloría General de la República, oficio N° 7176 (DAGJ-1680) del 20 de junio de 2005. En igual sentido puede verse el oficio N° 10757 (DAGJ-2552) del 31 de agosto de 2005; como el Dictamen de la Procuraduría General de la República N° C-422 del 7 de diciembre de 2005.

académico que, de conformidad con cada carrera, se considere necesario para el ejercicio de la correspondiente profesión liberal. Se debe tener en cuenta que cada caso en particular deberá ser valorado según las exigencias de la disciplina, de acuerdo con el grado académico mínimo exigible para ser considerado profesional, debido a que no se puede generalizar la licenciatura como grado académico mínimo exigible en todos los casos, dado que existen profesionales para cuyo ejercicio profesional basta la obtención de un grado de bachiller⁵.

En ese sentido, en relación con el 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 n.º 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(...)”

Sobre este particular, en igual sentido, la Contraloría General ha señalado:

“(...) 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 (...). (Oficio n° 10455 (DAGJ-1333) del 8 de octubre de 2008).

3. Requisito profesional: Corresponde a la debida incorporación a un colegio profesional según la carrera afin, siempre que el colegio profesional exista y que dicha incorporación sea requisito indispensable para el ejercicio liberal de la profesión, de forma regular.

Nótese, una vez citados los requisitos, que para que proceda el pago de prohibición al ejercicio profesional, le corresponde a la administración valorar si estos se

⁵ Contraloría General de la República, oficio No. 13087 (DJ-1224) del 13 de setiembre de 2018.

cumplen de manera simultánea, para que en caso positivo pueda proceder a realizar la compensación respectiva por prohibición. En caso negativo, aunque exista la prohibición normativa o la sujeción de determinado cargo a esta limitación, si la persona no se encuentra en aptitud legal para ejercer la profesión de manera liberal, el pago no procedería.

4. Normativa que regula la prohibición para los cargos de abogados.

Como ya se indicó, la prohibición se encuentra regulada en distintas normas a nivel nacional, ahora bien, la prohibición relativa a los abogados y servidores públicos se regula expresamente en una norma específica: artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), n.º 8, del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas, que dispone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 244.- Aunque sean **abogados**, no podrán ejercer la profesión los **servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial**, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República y de las municipalidades, salvo en sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados. Se exceptúan de la prohibición anterior los servidores del Poder Ejecutivo que presten servicios en los establecimientos oficiales de enseñanza y que no tengan ninguna otra incompatibilidad; lo mismo que los servidores judiciales interinos o suplentes, siempre que ese interinato no exceda de tres meses; los fiscales específicos; los munícipes y apoderados municipales; el Director de la Revista Judicial; los defensores públicos de medio tiempo y los que sean retribuidos por el sistema de honorarios y, en general, todos los servidores que no devenguen sueldo sino dietas”. (El realce no es del original).*

Ahora bien, cabe recordar que frente a limitaciones a derechos fundamentales se imponen las interpretaciones restrictivas. De ahí que se logra una interpretación armoniosa del ordenamiento jurídico, en concreto, de la norma antes citada, cuando se entiende que la prohibición corresponde a aquellos abogados que ocupen cargos de abogados y cumplan con las particularidades establecidas en los numerales citados.

Al respecto, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia n.º 947 de las 9:45 horas del 12 de noviembre del 2008, es clara al expresar que hay un carácter mixto en el régimen de prohibición, en el cual se impide el ejercicio de la profesión y eventualmente, se establece una compensación económica, en razón de dicha

limitación⁶.

Ahora bien, esta Contraloría General se ha pronunciado respecto a la figura de la prohibición, como una limitación que debe ser establecida por medio de ley y que requiere siempre de una interpretación restrictiva. Al respecto, se puede consultar el oficio n.º 4769 DJ-0390 del primero de abril del 2019.

“Asimismo, al ser una limitación al ejercicio de un derecho fundamental y en atención del principio de reserva de ley, como ya se ha indicado este tipo de restricciones debe estar dispuesto en una norma legal, en ese sentido pueden citarse como leyes que reconocen el pago de la prohibición –entre otras- la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley n.º 8 del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas), el Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Ley n.º 4755 del 3 de mayo de 1971), la Ley de compensación por pago de Prohibición (Ley n.º 5867 del 27 de diciembre de 1975), la Ley General de Control Interno (Ley n.º 8292 del 31 de julio de 2001) y la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley n.º 8422 del 6 de octubre de 2004).”

En esta misma línea, mediante oficio n.º 13094 (DJ-1684-2016) del 7 de octubre del 2016, también se indicó:

“En otras palabras, rige en esta materia el denominado principio pro libertate, el cual implica una interpretación restrictiva en todo aquello que afecte una libertad, como sucede con la prohibición al ejercicio liberal de la profesión. Por este motivo, no pueden ser añadidas por vía de la interpretativa (sic), profesiones no afectadas por la norma, ya que esta posibilidad está reservada al quehacer legislativo”

Aunado a lo anterior, resulta necesario indicar que, no solo la figura de la prohibición debe estar inmersa en una ley, aparejado a esto, la respectiva compensación también deberá ser establecida por medio de ley, así lo ha establecido este Órgano

⁶ (...) 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. Sobre este punto la Sala Primera externó: “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” (voto n.º 210-F-2005)(...)”.

Contralor en oficio n.º 4769- 2019 DJ-0390, del primero de abril del 2019.

“En concordancia con lo anterior, no es posible extender o generalizar la prohibición a cargos que no estén sometidos a ese régimen por disposición de ley, para lo cual se requerirá adicionalmente a la norma que establece la sujeción del puesto, otra norma de igual rango que deberá indicar el porcentaje de compensación económica respectivo, caso contrario no procede el pago de la referida compensación.”

En razón de lo anterior, no se puede establecer una prohibición sobre un cargo que expresamente el legislador no haya dispuesto, ya que dicho proceder sería contrario al principio de reserva de ley regulado en el artículo 11 de la Constitución Política, así como en la Ley General de la Administración Pública, n.º 6227, numerales 11 y 19. Tampoco es posible establecer, por vía interpretativa, la prohibición y su respectiva compensación.

Por lo anteriormente expuesto, en relación con la tercer interrogante sobre si está autorizado por ley pagar la compensación por prohibición a los funcionarios de las Asesorías Legales del Poder Ejecutivo, incluyendo aquellos que pertenecen a órganos desconcentrados de la Presidencia y los Ministerios, aplicando el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1937) y la Ley de Compensación por pago de Prohibición (Ley n.º 5867), artículo 5, incisos a), es importante considerar que el artículo 244, citado supra, establece que los servidores del Poder Ejecutivo están sujetos a la prohibición de ejercer la profesión de abogado fuera de las excepciones mencionadas.

De manera que, dado que la CNE es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Presidencia de la República -de acuerdo a la Ley n.º 8488 que confirma su condición- y, por tanto, parte del Poder Ejecutivo, sus funcionarios también están sujetos a esta prohibición.

Además, la Ley de Compensación por pago de Prohibición (Ley n.º 5867) establece en su artículo 5, que los funcionarios sujetos a esta prohibición tienen derecho a recibir una compensación económica por la misma. Esta compensación es un reconocimiento del impedimento legal que tienen para ejercer la profesión de abogado de manera privada mientras ocupan su puesto en el servicio público.

Al respecto, es importante señalar que, los porcentajes que se pueden pagar por dicho rubro están definidos legalmente y corresponden al 30% sobre el salario base para los servidores con el nivel de licenciatura o grado académico superior, así como 15%

sobre el salario base para quienes tienen bachillerato universitario. Si bien el artículo 1 de la misma Ley n.º 5867 indica en su inciso a) que el porcentaje para el nivel de licenciatura es de 65%, esto debe ser leído correctamente como un 30%, de acuerdo con las reformas introducidas por el título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas⁷.

Sin embargo, pueden existir casos excepcionales, en aplicación a normas transitorias de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, en los que los porcentajes anteriores varían para los funcionarios que se encontraban en el cargo con anterioridad a esta reforma, correspondiendo a cada administración determinar cuál resulta aplicable al caso concreto.

Finalmente, se consulta al órgano contralor, la procedencia del pago de prohibición con base en el artículo 244 de la Ley del Poder Judicial y los artículos 5 y 1 inciso a) de la Ley n.º 5867 a favor de un funcionario que ostenta el título de abogado, que está incorporado al Colegio Profesional, pero se encuentra nombrado en otra oficina que no es la Asesoría Jurídica Institucional, realizando labores administrativas.

Sobre este punto, es responsabilidad de la administración analizar si en un determinado cargo y para la situación de determinada persona funcionaria, se cumple con los requisitos que ya fueron desarrollados, es decir los requisitos académico, funcional y profesional, de acuerdo con los supuestos que establece la norma aplicable, en este caso el 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Bajo esta inteligencia, es importante advertir que el reconocimiento de prohibición implica un acto de disposición de recursos públicos, de manera que las Administraciones Públicas deben ser especialmente cuidadosas en verificar, que los requisitos y condiciones requeridos para tal efecto se cumplan a cabalidad.

IV. CONCLUSIONES

1. La figura jurídica de la prohibición relativa a los abogados y servidores públicos de determinadas instituciones, entre ellas el Poder Ejecutivo, se encuentra regulada en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Dado que la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias (CNE) es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la

⁷ Sobre este tema puede verse el dictamen C- 281-2019 de la Procuraduría General de la República.

Presidencia de la República y, por lo tanto, parte del Poder Ejecutivo, sus funcionarios estarían sujetos a la prohibición de ejercer la abogacía según lo establecido en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por lo tanto, podrían tener derecho a la compensación económica correspondiente si se cumplen los requisitos establecidos (grado académico, posición funcional y profesional) y las condiciones legales.

3. Aunque los funcionarios públicos pueden estar sujetos al régimen de prohibición de ejercer la profesión de abogado por el solo hecho de ocupar un cargo público, esto no garantiza automáticamente el derecho a recibir una compensación económica. La procedencia de dicha compensación requiere no sólo la sujeción al régimen de prohibición, sino también el cumplimiento de requisitos adicionales, como poseer el grado académico y estar en una posición donde la prohibición se alinee con el concepto de ejercicio liberal de la profesión.
4. El reconocimiento y pago de la compensación económica por prohibición es un acto de disposición de recursos públicos que debe estar estrictamente respaldado por la ley. Las administraciones públicas deben asegurarse de que todos los requisitos y condiciones estén plenamente cumplidos antes de proceder con dicho reconocimiento, evitando cualquier interpretación extensiva o incorrecta de la normativa aplicable.

En los términos anteriores dejamos atendida su gestión, no sin antes recordarle la importancia de registrarse y utilizar el sistema de la potestad consultiva, de manera que podamos brindarle un servicio más oportuno y eficiente. El mismo se encuentra disponible en nuestro sitio web www.cgr.go.cr

Atentamente,

Licda. Grettel Cisneros Valverde
Gerente Asociada

Sofía Chacón Alfaro
Fiscalizadora Asociada

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

scha
G: 2023002674-8
NI: