



Informe de Investigación

TÍTULO: PROHIBICIÓN DEL EJERCICIO LIBERAL DE LA PROFESIÓN

Rama del Derecho: Ley Orgánica del Poder Judicial	Descriptor: Ejercicio de la profesión
Tipo de investigación:	Palabras clave: Abogado, Prohibición, Funcionario, Ejercicio liberal
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia	Fecha de elaboración:

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN	1
2. NORMATIVA	1
a) Ley orgánica del Poder Judicial.....	1
3. JURISPRUDENCIA	2
a) Doble remuneración indebida en favor de abogado funcionario municipal.....	2
b) Procedencia del pago de sobresueldo por prohibición.....	5
c) Supuestos para la concesión de pago de prohibición a funcionario municipal	14
d) Distinción entre la dedicación exclusiva y el pago de prohibición.....	23

1. RESUMEN

A lo largo del presente informe, se incorpora una revisión jurisprudencial sobre el pago de la prohibición en el sector público. Se abordan los principales supuestos contenidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, junto con los requisitos para su procedencia en distintas instancias administrativas.



2. NORMATIVA

a) Ley orgánica del Poder Judicial'

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 municipales 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.

3. JURISPRUDENCIA

a) Doble remuneración indebida en favor de abogado funcionario municipal

[SALA TERCERA]²

“ÚNICO- El Ministerio Público impugna el fallo que absolvió a los justiciables del delito de peculado que se les atribuye. Según expone, el tribunal de mérito desaplicó la ley sustantiva, tanto la penal como la de orden administrativo y laboral, amén de que vulneró la sana crítica (ver los folios 785 al 804). También impugna la sentencia el abogado de la Municipalidad de Nicoya, señalando, en los dos primeros motivos de queja, que lo resuelto vulnera la sana crítica y carece de la debida fundamentación (cfr.: folios 760 al 783). Por último, la representante de la Procuraduría General de la República expone, en dos apartados, que la resolución no se encuentra debidamente motivada y que los juzgadores no aplicaron la ley de fondo. Todos ellos solicitan se anule el pronunciamiento, incluidas las disposiciones asumidas respecto de la querrela y la acción civil. Las protestas deben acogerse. En resumen, el a quo estableció que el justiciable Vargas Yong fue contratado, bajo la modalidad de “contratación de servicios

profesionales”, como abogado externo o asesor legal del Consejo y la Alcaldía Municipal de Nicoya, labor por la que tenía derecho a cobrar los honorarios correspondientes. Sin embargo, cinco meses después (el 1 de enero de 2000), se le designó como abogado de planta a tiempo completo de la Municipalidad y percibió a partir de esa fecha un salario estable y las demás prestaciones propias de un funcionario público. A pesar de dicha designación, el acusado cobró al municipio una suma cercana a los cuatro millones de colones por concepto de honorarios derivados de actuaciones judiciales y notariales realizadas entre el 5 de abril de 2001 y el 31 de enero de 2003 y con base en el referido contrato de servicios profesionales; en tanto que el coimputado German Cuevillas León, como alcalde del ayuntamiento, autorizó el pago de esos dineros. Los juzgadores fundan su decisión absolutoria en los siguientes argumentos: no hubo perjuicio para el ente municipal, pues los servicios legales fueron prestados y los cobros no eran excesivos o desproporcionados; no medió una finalidad de apropiación o de aprovechamiento de los recursos públicos; el contrato de servicios profesionales autorizaba el pago de los dineros y las operaciones se demostraron a través de documentos; el salario percibido por el abogado era muy bajo como para pretender que cubriera todas las actuaciones cuyo pago se cuestiona; el alcalde Cuevillas León se limitó a continuar lo que ya se venía haciendo, pues el contrato se firmó antes de su ingreso al puesto y las limitaciones establecidas en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no se aplican a la contratación de servicios profesionales. Estima la Sala que tales criterios son, efectivamente, erróneos y parten de premisas equivocadas respecto de los alcances de las relaciones jurídicas establecidas entre los acusados y el ente municipal en el que prestaban servicios. Es claro que un funcionario público no puede percibir su salario (y las demás prestaciones laborales, que incluyen vacaciones, aguinaldo, seguro social, eventuales pagos de horas extraordinarias) y, al mismo tiempo, cobrar a la entidad patronal los actos realizados con motivo de esas mismas funciones. En realidad, puede considerarse del dominio común, incluso de personas ajenas a la función pública pero, en todo caso, existen múltiples normas que prohíben tal proceder de la doble remuneración, entre ellas el artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública que, tanto en su redacción vigente al ocurrir los hechos que aquí se investigan, como en la actual, señala: “Ningún servidor podrá devengar dos o más sueldos, salvo que correspondan a puestos distintos, que no exista superposición horaria, y que entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria”. Por su parte, el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone, de manera expresa en su primer párrafo: “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...”. El tribunal de mérito cita dicha norma pero la considera inaplicable en virtud de que entre el abogado Vargas Yong y la Municipalidad de Nicoya medió un contrato de servicios profesionales y su puesto, según los jueces, era de confianza. Ahora bien, dicha norma (que también invocan los recurrentes), carece en realidad aquí de toda trascendencia, pues lo que se discute no es si un funcionario violó su prohibición profesional (lo que, en todo caso, constituiría una infracción administrativa y no un delito de peculado), sino un extremo mucho más sencillo: si un funcionario gestionó un doble pago de su trabajo, a través del salario que le correspondía por su puesto a tiempo completo de abogado de una municipalidad y de los honorarios fijados para el profesional liberal por la realización de esos mismos actos. El yerro del a quo radica, entonces, en confundir los presupuestos de la norma, pues los cobros que aquí se cuestionan no son los de aquellos honorarios que el justiciable tuviese derecho a recibir con motivo del contrato de servicios profesionales (ya fuese durante la vigencia de esa contratación o los que, proviniendo de ella, quedasen pendientes cuando se le nombró servidor de planta), sino los que realizó a partir de que asumió la investidura de funcionario público y precisamente para desempeñarse como abogado de la institución. También incurre en yerro el Tribunal al considerar que el contrato de servicios profesionales podía seguir vigente incluso después de que se designara al abogado funcionario público pues, como salta a la vista, es imposible la coexistencia de ambos tipos de relaciones jurídicas referidas a idéntico objeto. El argumento de que los honorarios cobrados no fueron exorbitantes o desproporcionados y de que el salario que percibía el abogado como funcionario público era muy bajo, es por completo inconducente, insostenible y riñe con principios elementales de la función pública. Gran cantidad de servidores públicos podrían percibir, en el ejercicio privado de su profesión, remuneraciones mucho mayores que las representadas por el salario ofrecido por el Estado, pero aquí interviene la decisión personal del individuo de ejercer liberalmente su actividad profesional, rindiendo cuentas a sus clientes o al órgano corporativo de profesionales, o bien postularse al servicio público con los deberes, las responsabilidades y las limitaciones que ello implica, incluido un salario fijo y la necesidad de rendir cuentas a toda la comunidad. Por otra parte, los juzgadores se remiten al hecho de que el contrato de servicios profesionales fue suscrito antes de que el alcalde Cuevillas León asumiera su puesto y se limitó, entonces, a seguir un procedimiento establecido antes de su llegada al municipio, pero en esto también se aprecian errores en los razonamientos plasmados en el fallo ya que, en primer término, ni siquiera la costumbre podría servir aquí como fuente normativa legítima para continuar pagando lo que no se debía pagar; en segundo lugar, Cuevillas León también asumió un cargo de funcionario público con competencias y obligaciones claramente definidas y, por último, lo cierto es que, según se



obtiene del propio capítulo de hechos que se tuvieron por demostrados, la contratación de servicios profesionales se perfeccionó tan solo un mes antes de que Cuevillas León asumiera el cargo de alcalde (de suerte que no puede hablarse de una tradición o costumbre de larga data); el nombramiento del abogado como funcionario público se produjo cuando el referido Cuevillas León ya desempeñaba la alcaldía (el 1 de enero de 2000, cinco meses después de que se celebró el contrato de cita) y los pagos que se cuestionan corresponden a honorarios por actuaciones realizadas entre los años 2001 y 2003, es decir, mucho tiempo después de que ambos justiciables fueran designados servidores públicos. Tampoco comparte la Sala el análisis del Tribunal acerca de si medió o no perjuicio económico ya que el hecho de que si el municipio hubiese contratado un abogado externo que atendiera los procedimientos judiciales y administrativos, habría tenido que cancelarle los mismos honorarios que le pagó al justiciable, no tiene relación de ninguna índole con la circunstancia de que el acusado se desempeñaba, sin embargo, como funcionario público y no como un profesional liberal y ajeno a la institución. Se colige de todo lo dicho que el yerro fundamental en que incurrieron los jueces radica en que centraron su examen en un contrato de servicios profesionales cuya licitud no se encuentra sometida a controversia (todas las partes han admitido su validez) y olvidaron por completo que el tema en discusión no es el de ese contrato, sino el hecho concreto de que el justiciable Vargas Yong asumió luego el puesto de funcionario público, específicamente como abogado de la Municipalidad de Nicoya (ya no como simple asesor externo y de confianza, cual se estipulaba en el anterior contrato) y por tales funciones percibió el salario correspondiente, al igual que cualquier otro servidor público de planta a quien se designase para el desarrollo de su área profesional específica (ingenieros, abogados, contadores), de suerte que las motivaciones del a quo para sostener que tenía derecho a cobrar su salario y, además, los honorarios profesionales que se acordaron en un contrato celebrado con él cuando aún no era funcionario público, sino abogado liberal y en virtud de actuaciones llevadas a cabo cuando ya se hallaba en el ejercicio de la función pública, son erróneas y producto de que se desconoció el objeto concreto discutido en este proceso. Con lo dicho no pretende sugerir la Sala que los imputados sean culpables o inocentes del delito que se les atribuye, sino tan solo señalar que los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida son errados y la dejan desprovista de legítimo sustento. Así las cosas, se declaran con lugar los recursos de casación planteados por el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República y los dos primeros motivos de la impugnación deducida por la Municipalidad de Nicoya. Se anula en su totalidad el fallo de mérito y se ordena reenviar las diligencias al a quo para que, con distintos integrantes, se provea a la sustanciación de nuevo juicio con arreglo a derecho. En virtud de lo resuelto y por devenir innecesario, omite la Sala pronunciarse acerca del tercer motivo del recurso interpuesto por la Municipalidad

de Nicoya, ya que con él también se pretende la anulación del fallo de mérito, ya decretada.”

b) Procedencia del pago de sobresueldo por prohibición

[SALA SEGUNDA]³

“III.-Con motivo de un recurso de amparo interpuesto por el actor ante la Sala Constitucional se emitió el Voto N° 5664 de las 15:53 horas del 26 de junio del 2001, en el cual se consideró:

“I.-El recurrente acusa que producto de una reestructuración llevada a cabo en el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante oficio número DM-DRH-1169-00 suscrito por el Ministro, le indicó que a partir de esa fecha ya no percibiría ningún dinero por los sobresueldos de carrera profesional, anualidades ni prohibición, y que su salario se verá rebajado en más de catorce mil colones por mes; aunque sus funciones y ubicación se mantienen. Acusa que dicha actuación resulta arbitraria e infundada; pues no existe un motivo o razón que justifique tal actuación”. Analizados los alegatos del recurrente, dicho órgano concluyó que corresponden al mismo cuadro fáctico expuesto en el asunto resuelto por la sentencia 1569 de las 9:55 horas del 23 de febrero del 2001 (citada en el recurso ante la Sala), razón por la cual decidió ordenarle al recurrente que se estuviera a lo dispuesto en esa oportunidad. En ese sentido, es importante analizar el sustento de este otro antecedente; el que en su considerando cuarto indicó:

“IV.-En el caso concreto, resulta aplicable el precedente anteriormente citado por cuanto la plaza del recurrente que ocupaba dentro del Servicio Civil fue suprimida en razón de un proceso de reestructuración debidamente aprobado por Ministerio de la Presidencia y Planificación Nacional y Política Económica de la República y respaldado por la Autoridad Presupuestaria. Asimismo, se observa que si bien dicha reestructuración -en principio- genera un perjuicio salarial para el recurrente, el mismo se ve compensado con la posibilidad que tiene de acogerse a la indemnización respectiva, o en su defecto, quedarse en el Servicio Civil previa cancelación de sus prestaciones laborales por parte del Ministerio. A la luz de la jurisprudencia anterior y no existiendo razón alguna para variar de criterio, lo procedente es desestimar el presente recurso, como en efecto se hace”. El precedente al que se hace referencia, es la sentencia número 166 de las 14:38 horas del 9 de enero del 2001, citada en su considerando tercero, de la siguiente manera:

“III.-Es importante señalar que ya esta Sala mediante resolución 2001-00166 de las catorce horas treinta y ocho minutos del nueve de enero del dos mil uno, resolvió un asunto similar al aquí discutido, dentro del cual señaló en lo conducente lo siguiente: "Lo acontecido en el caso de la recurrente se origina en



que, en el marco del proceso de reestructuración del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la Administración ha procedido a vincularla a un ordenamiento estatutario (el Estatuto del Servicio Exterior) diferente del Estatuto de Servicio Civil del que procedía. El Estatuto del Servicio Exterior comprende, por propia disposición (artículo 1), a los servidores de los servicios diplomático, consular e interno del Ministerio. La recurrente tiene la condición de funcionaria de carrera del servicio interno del servicio exterior, pero se daba el caso de que, no obstante esta condición, se desempeñaba bajo los términos del Estatuto de Servicio Civil. En enero del dos mil, mediante oficio DM-050-00 del día diecisiete, se le comunicó la variación en el régimen estatutario de que ella sería objeto (véase, a folio 40). Esta medida se consuma mediante el acto que ahora impugna. Este acto contiene, según puede ver la Sala, una prolija enumeración de los motivos en que se fundamenta, de las disposiciones legales y reglamentarias que le sirven de soporte, y de las consecuencias que implica (véase, entre folios 38 y 42). Desde luego, el acto es expresivo de que la recurrente sufrirá una desmejora en el orden salarial, pero ello es debido no a la arbitrariedad de la Administración actuante, o, en general, a motivos espurios, sino resultado inevitable del ejercicio, por parte de ésta, de facultades legítimas que el oficio DM-DRH-1174-00 refiere en extenso (idem). Hay que recordar, de paso, que el Estatuto del Servicio Exterior confiere un grado razonable de estabilidad en el puesto a quienes, como la recurrente, tienen la condición de funcionarios de carrera. Pero, de otro lado, en lo salarial, no se niega a la recurrente el derecho que ella tiene a ser indemnizada, tanto si es su voluntad aceptar la nueva vinculación estatutaria como si resuelve lo contrario. En suma, no hay elementos probatorios para concluir que la recurrente ha sido objeto de un acto arbitrario por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, o de sus jefes, ni que lo acontecido en su caso responda a lo que ella describe en el memorial inicial del recurso como "una campaña sistemática y directa de persecución" en su contra (así, a folio 3). Tampoco los hay para declarar que se ha violado en su perjuicio el derecho al salario, al debido proceso, o que haya padecido un trato lesivo de su dignidad. Todo lo cual conduce a desestimar el recurso". Es evidente que el punto de debate ante el órgano contralor de constitucionalidad se relaciona con la pretensión de esta litis. No obstante, debe tomarse en cuenta que el antecedente se limitó a considerar que el indicado proceso de reestructuración no rozaba con la Carta Fundamental aunque en principio generara un perjuicio salarial, al considerarse que éste podía verse compensado con la posibilidad del afectado de acogerse a la indemnización respectiva, o en su defecto, de quedarse en el Servicio Civil previa cancelación de sus prestaciones laborales. De ahí que, en atención a lo resuelto, la simple afectación salarial no podría considerarse suficiente para calificar de ilegítimo el acto, como con error lo entendió el Tribunal. No obstante, lo dispuesto en esa oportunidad no se estima vinculante en los términos pretendidos por la



representación estatal (artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional), toda vez que, el análisis se limitó a valorar la posibilidad de afectación salarial con motivo de la reestructuración, sin entrar al estudio particular (que en todo caso es de legalidad y no de constitucionalidad) acerca de si por esa vía podrían desconocerse hacia futuro derechos reconocidos en términos generales a los servidores del Sector Público que cumplan con determinadas condiciones; es decir, no se analizó si luego de variarse las bases salariales, podía no aplicarse determinada normativa al grupo de servidores públicos afectados. En consecuencia, no se comparte la tesis contenida en el recurso sustentada en el carácter vinculante de aquel fallo para efectos de denegar la demanda incoada.

IV.-A la luz de lo que viene expuesto, procede determinar si el actor tiene derecho a los pluses que reclama, a saber: anualidades, prohibición y carrera profesional. Según la contestación de la demanda, como se estableció un salario único total no se tiene derecho a ningún plus adicional. Mas, lo que respecta a los aumentos anuales reconocidos en el Sector Público, debemos estarnos a lo regulado por la Ley de Salarios de la Administración Pública N° 2166 del 9 de octubre de 1957 y sus reformas. Mediante la Ley N° 6835 del 22 de diciembre de 1982, se agregó un inciso d) al artículo 12 de dicha normativa, que reza: "d) A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos anuales a que se refiere el artículo 5° anterior, el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo./Esta ley no afecta en sentido negativo el derecho establecido en las convenciones colectivas y convenios, en materia de negociación salarial". En cuanto a los alcances de la referida normativa, esta Sala en la sentencia número N° 49 de las 15:30 horas del 12 de marzo de 1997, consideró: "Tampoco lleva razón la recurrente, al indicar que la Ley de Salarios de la Administración Pública y la Ley Número 6835 aludidas, sólo se aplican a los trabajadores sujetos al Régimen del Servicio Civil. Esta última ley, al reformar el artículo 4 y adicionar un inciso d), al numeral 12 de la Ley de Salarios mencionada y disponer que derogan toda disposición que se le oponga, extendió su aplicación a todo el Sector Público, con independencia de que los trabajadores se encontraran o no regidos por un régimen de carácter estatutario, poniéndose de manifiesto en este campo específico, en todo ese Sector, la teoría "del Estado como patrono único". Se debe tomar en cuenta que, con el pago de anualidades al trabajador, lo que se pretende es retribuirle la experiencia obtenida al servicio del indicado Sector, independientemente de la entidad en la que haya laborado (administración central o descentralizada) y que, lógicamente, es la persona para quien en la actualidad presta sus servicios, la que se está aprovechando de esa experiencia, por lo que es ella, como parte del Sector Público, la que debe hacer frente a la obligación establecida por ley. Sobre el particular, en el Voto Número 180, de las 15:10 horas del 25 de agosto de 1993, esta Sala reiteró:"El reconocimiento de la antigüedad,



en el Sector Público, para efectos del pago de aumentos anuales por los servicios prestados en cualquiera de sus instituciones, estén o no cubiertas por regímenes de naturaleza estatutaria, encuentra su fundamento en los artículos 4° y 12, inciso d), de la Ley de Salarios de la Administración Pública, reformados por la Ley N° 6835, de 22 de diciembre de 1982. A través de la primera norma, se estableció una nueva escala de salarios, al final de la cual se dijo, expresamente, que: "La anterior escala regirá para todo el Sector Público...". En la segunda disposición se dejó establecido: "A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos a que se refiere el artículo 5°, anterior, el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo. Esta ley no afecta en sentido negativo el derecho establecido en las convenciones colectivas y convenios, en materia de negociación salarial". Según se ha entendido, estas disposiciones vienen a poner de manifiesto la vigencia, en toda la Administración Pública, de la teoría "del Estado como patrono único", cuya aplicación práctica busca un propósito bien claro, cual es el de corregir la injusticia que sufrían las personas que se trasladaban a trabajar de una institución a otra, dentro de ese mismo Sector, sin derecho, por la distinción formal que se hacía, a disfrutar de los beneficios que generalmente se obtienen de la antigüedad en la prestación del servicio con un patrono, con lo que se busca evitar discriminaciones chocantes. Como es sabido, la aplicación de esta tesis ha venido dándose en forma progresiva, primero para ciertos efectos como vacaciones, jubilaciones y pensiones, cesantía, aumentos anuales, y se plasmó en la Ley 6835 antes citada, para los fines que en ella se indican, cuya aplicación, no obstante que las modificaciones se hicieran en la Ley General de Salarios de la Administración Pública, N° 2106, de 9 de octubre de 1957, y sus reformas, que se dictó de acuerdo con previsiones del Estatuto de Servicio Civil en materia de salarios del Poder Ejecutivo, debe ser general, porque, además de llenar su cometido dentro de ese contexto específico, el espíritu de la norma es claro en establecer mecanismos para tratar de igual manera, en ese campo, a todos los servidores del Sector Público; lo cual no puede desconocerse, no sólo por la forma expresa de las normas, sino porque, como se dijo, éstas no son sino parte de la natural evolución de las ideas sobre la materia, las que han venido forjándose desde hace tiempo. Si el legislador hubiera querido darle a la reforma una aplicación específica o particular para las clases de puestos clasificados en el Manual Descriptivo del Servicio Civil, tomando en cuenta lo establecido en el artículo 1° de dicha Ley General de Salarios, no habría hecho otras manifestaciones, de modo que si las hizo expresando que regirá "...para todo el Sector Público..." y dejó a salvo los derechos adquiridos a través de Convenciones Colectivas que pudieran haberse dado en algunas áreas de ese Sector (cuya práctica lleva a concebirlo ya como general), lo que necesariamente tiene que concluirse es lo que dedujo la Sala, o



sea la aplicación extensiva”. Como el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto forma parte del Sector Público, quienes en él prestan servicios están cubiertos por aquella legislación ordinaria de carácter general, salvo la existencia de normativa expresa que excluya de ese beneficio a este específico grupo de servidores. Ahora bien, quienes laboran en el Servicio Diplomático, el Servicio Consular o el Servicio Interno, tienen una relación estatutaria regulada por el Estatuto del Servicio Exterior de la República (Ley N° 3530 del 5 de agosto de 1965), la que en su artículo 31 trata el tema salarial, al establecer: “Los sueldos básicos de los funcionarios de carrera serán determinados en el Presupuesto General de la República, de acuerdo con las categorías establecidas en este Estatuto” (lo evidenciado es nuestro). En la sentencia número 37 de las 10:10 horas del 1° de febrero del 2006, dictada en un asunto semejante al presente, a efecto de precisar lo que debe entenderse por “sueldo básico”, al que se alude en la norma, con cita de la sentencia N° 309 de las 10:00 horas del 3 de diciembre de 1997, se partió de que el salario base es un elemento del salario total de los trabajadores del Sector Público; mientras que éste es un concepto que comprende no sólo el salario base (salario de clase más aumentos por costo de la vida), sino que engloba todos aquellos “pluses salariales” que, por otros conceptos, percibe el trabajador, como lo pueden ser los aumentos por antigüedad. De ahí que se concluyera: “... al mencionar el artículo 31 del Estatuto del Servicio Exterior el concepto de “salario básico”, ello implica necesariamente la existencia de sobresueldos en la remuneración que perciben los servidores adscritos a ese régimen. Por ello, considera esta Sala que la Autoridad Presupuestaria violó el principio de legalidad al asignarle a esos funcionarios un salario único o global, pues ese es otro esquema remuneratorio que se utiliza en la Administración Pública, sobre todo para puestos de alto nivel o gerenciales, en el cual no se reconoce el pago de pluses salariales. Sin embargo, por no ser ese punto objeto de discusión en esta litis, la Sala no puede modificar lo dispuesto por la Autoridad Presupuestaria en cuanto a la fijación de un salario único para los servidores de carrera del Régimen Interno del Servicio Exterior de la República. Ahora bien, el hecho de que dicho Estatuto no norme de manera alguna lo referente a los sobresueldos por anualidades, no implica que la actora no tenga derecho para cobrarlas, como se analizará en el considerando siguiente”. A ello cabe agregar que no existe norma alguna con rango de ley que a modo de excepción, excluya a algún grupo de trabajadores dentro del cual se pudiera ubicar el caso del actor, del ámbito de aplicación de la referida reforma por Ley N° 6835 y, de ahí que para sus efectos, el Estado está obligado a reconocer el derecho al pago de anualidades, sin que sea lícito invocar alguna disposición de rango inferior para denegarlo, como lo es el Acuerdo N° 5934 de la Autoridad Presupuestaria adoptado en la sesión ordinaria N° 11-2000 del 21 de julio del 2000 (numeral 129 de la Constitución Política en relación con el inciso 2), del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sus



reformas).

V.-El pago de prohibición a los servidores públicos, se estableció para retribuirles la imposibilidad legal de ejercer su profesión, fuera del puesto desempeñado. Por eso, opera automáticamente, pues no está dentro de las facultades del servidor renunciar a esa prohibición y el patrono carece de discrecionalidad para poder dispensarla; entonces, cabe afirmar que, la sola aceptación del puesto, implica su cancelación. De ahí que, en caso de estar en el supuesto previsto por la ley para su pago, la Administración no podía mediante un acto administrativo desconocerlo. Cabe indicar que se diferencia de la figura del pago por dedicación exclusiva, porque éste, no tiene una prohibición legal del ejercicio de la profesión, sino la voluntad del trabajador atendiendo a la necesidad, a valorar por el jerarca administrativo, de que el cargo sea efectivamente ocupado con esa dedicación (ver el Voto de esta Sala Número 171, de las 14:30 horas, del 3 de noviembre de 1989). En la sentencia número 1016 de las 9:55 horas del 3 de noviembre del 2006, se reiteró el recuento histórico del que se ha dado cuenta en distintos antecedentes jurisprudenciales, acerca de las diferentes normas que han concedido a diversos servidores públicos el derecho al pago de prohibición. Se comienza indicando que su origen se encuentra en una reforma al Código de Normas y Procedimientos Tributarios. El artículo 113 (actual 118) establecía lo siguiente: “Prohibición para el personal de la Administración Tributaria. Los Directores Generales, los Subdirectores, los Jefes o Subjefes de Departamento y de Sección de las dependencias de la Administración Tributaria, así como los miembros propietarios del Tribunal Fiscal Administrativo y sus suplentes en funciones, no pueden ejercer otros puestos públicos o privados, con o sin relación de dependencia, excepción hecha de la docencia o de funciones públicas desempeñadas en representación de su respectivo superior jerárquico, cuyos cargos estén sólo remunerados con dietas. / En general queda especialmente prohibido al personal de los entes precedentemente citados, con la única excepción de la docencia, desempeñar en la empresa privada actividades relativas a materias tributarias o cargos directivos u otros que impliquen la participación en la asistencia técnica o en las decisiones de la empresa. Asimismo está prohibido a dicho personal hacer reclamos a favor de los contribuyentes o asesorarlos en sus alegatos o presentaciones en cualquiera de las instancias, salvo que se trate de sus intereses personales, de sus padres, los de su cónyuge o de sus hijos. / En los casos de excepción a que se refiere el artículo, para acogerse a ellos, debe comunicarse al jefe de la dependencia su decisión de hacer uso de las excepciones previstas en este Código”. Seguidamente, se indica que esa norma dio origen a la promulgación de la Ley N° 5867, del 15 de diciembre de 1975 “Ley de compensación por pago de prohibición” mediante la cual se creó el plus salarial o compensación económica por concepto de prohibición y se fijaron los porcentajes de retribución económica por ese concepto sobre el salario base de la



Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública, para el personal de la Administración Tributaria que por razón de sus cargos, se encontraba sujeto a la prohibición contenida en el artículo 113 (hoy 118) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Para efectos de este asunto interesa la reforma introducida al artículo 5 de la referida Ley N° 5867, por la Ley N° 6008 del 9 de noviembre de 1976, modificada a su vez por la N° 6222 del 9 de mayo de 1978, para incluir a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo (lo que evidentemente incluye a los que trabajan en el Ministerio de Relaciones Exteriores) a que se refería el artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (244 de la actual) y a los egresados de la Facultad de Derecho que estén cumpliendo tales funciones, así como a los funcionarios que a nivel de licenciatura o de egresados laboren para el Tribunal Supremo de Elecciones, Registro del Estado Civil y Contraloría General de la República. Cabe indicar que la Ley N° 7333 de 5 de mayo de 1993, reformó integralmente la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual en su artículo 244 (anterior 141) textualmente señala: “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 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” . Luego, la Ley N° 7896 del 30 de julio de 1999 modificó el artículo 5 de la indicada Ley N° 5867 así: “Los beneficios dispuestos en los incisos a) y b) del artículo 1 de esta ley, se aplican a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo referidos en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los egresados de programas de licenciatura, maestría o doctorado en Derecho, que estén cumpliendo tales funciones. Estos beneficios se aplicarán, igualmente, a los funcionarios que en el nivel de licenciatura o egresados, laboren para el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, el Registro Civil y la Contraloría General de la República. Tal compensación se calculará sobre el salario base correspondiente a cada institución...”. Debe tomarse en cuenta, según lo ha expresado la Sala, que lo que tales disposiciones (y otras que incluyen a otros grupos de trabajadores del Sector Público) mandan pagar, como una compensación salarial, es la prohibición para ejercer la profesión, por la cual el servidor fue contratado y que resulta de la normativa (orgánica o estatutaria), reguladora de la relación de empleo público;



todo con el afán de impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades, en el campo privado; dado que ello se considera inconveniente, porque puede afectar la necesaria intensidad, en el ejercicio de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una indeseable confusión, en los intereses de uno y otro campos, dejando los públicos subordinados o hasta al servicio de los privados. En ese orden de ideas, de acuerdo al antecedente citado, la legitimación para el reclamo del plus salarial de prohibición, debe surgir de las leyes que determinan los destinatarios de ese rubro salarial y en caso de estar en dicho supuesto, al igual que se indicó en el análisis del tema de los aumentos anuales, ninguna norma de rango inferior podría tener la virtud de desconocer el derecho a su cancelación. Es un hecho no controvertido que el actor labora para el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el año 1979 y que se incorporó a la carrera diplomática con el rango de Segundo Secretario a partir de 1992 (ver demanda y su contestación). Por otro lado, antes del proceso de reestructuración entre los pluses que se le reconocían estaba el de prohibición y con motivo de ese proceso se mantuvieron sus funciones y ubicación en la categoría de Segundo Secretario Interno del Servicio Interno del Servicio Exterior, regido por el Estatuto del Servicio Exterior. Al contestar la demanda, la representación estatal, entre otros aspectos, manifestó: “Una de las características principales del Régimen que nos rige, es que las categorías diplomáticas de los funcionarios de carrera no llevan aparejado el ejercicio profesional en Derecho. Por lo tanto, el supuesto de hecho creado con el artículo 5° de la Ley N° 5867, sea que los servidores indicados en el artículo 244 de la LOPJ estén cumpliendo tales funciones, no se concreta en el caso de los servidores del Servicio Exterior, quienes no ingresan a este Régimen para ejercer su profesión legal”. Mas, dicha afirmación no la acreditó, a pesar de que era la parte que tenía esa carga procesal por estar en posibilidades reales de hacerlo, sobre todo considerando que con el proceso de reestructuración el actor mantenía sus funciones y ubicación (y con motivo de ellas se le había reconocido el pago por prohibición). Para la Sala, en el fondo no se le reconoció ese plus por considerar erróneamente -según ya se explicó- que “... el Estatuto del Servicio Exterior no contempla el pago de sobresueldos”, tesis que se invoca en el recurso interpuesto en esta instancia. VI.-En lo que respecta a la carrera profesional, el actor solicitó su reconocimiento con base en el Decreto Ejecutivo N° 20284-H (erróneamente identificado como 29284-H) publicado en el Diario Oficial La Gaceta del 27 de marzo de 1991, denominado “Normas para la aplicación de la carrera profesional para las instituciones descentralizadas y empresas públicas, cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria”; el que en su artículo 1° disponía: “Denomínase “carrera profesional”, al incentivo económico aplicable a los funcionarios de nivel profesional, que trabajan en las instituciones descentralizadas y empresas públicas cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria y además, a



aquellos que ocupan puestos gerenciales, de fiscalización superior, gerenciales adscritos y de confianza; concedida con base en sus grados académicos, postgrados adicionales al bachillerato universitario, capacitación recibida, capacitación impartida, experiencia profesional en instituciones del Estado, experiencia profesional en organismos internacionales, experiencia docente en instituciones de enseñanza de nivel universitario o parauniversitario y publicaciones realizadas”. Dicho Decreto fue derogado. Para la época que interesa (1° de enero del 2001 en adelante), se encontraba vigente el Decreto Ejecutivo N° 24105 del 23 de diciembre de 1994 (luego también derogado por el Decreto Ejecutivo N° 33048 del 17 de febrero del 2006); cuyo texto en lo que interesa mantuvo la redacción de aquel artículo 1. En consecuencia, está claro que el caso del actor encaja dentro del supuesto de hecho que prevé la norma y, de ahí que, en su oportunidad se le reconociera el indicado plus. En ese orden de ideas, la negativa a reconocer luego el derecho a carrera profesional, tuvo evidentemente la misma causa por la cual se denegaron los otros extremos reclamados en este proceso, sustentada en la tesis errónea a la que se hace alusión en el recurso de que “... el Estatuto del Servicio Exterior no contempla el pago de sobresueldos”. Así, las cosas, por paridad de razones también cabe concederlo.”

c) Supuestos para ña concesión de pago de prohibición a funcionario municipal

[SALA SEGUNDA]⁴

“III.-Según lo dispone el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, “1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y solo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa”. Lo que significa que si no hay ley que expresamente autorice, a la Administración le está vedado realizar todo lo que no esté regulado o autorizado. Por ello, sólo pueden considerarse legítimas y efectivamente exigibles, como obligaciones a cargo de la Administración Pública, las que de manera expresa se encuentren autorizadas por alguna de las fuentes escritas del ordenamiento (en este sentido véanse entre otros, los votos de esta Sala N°s. 759 de las 10:10 horas del 10 de setiembre, 595 de las 9:00 horas del 21 de julio, ambos del 2004 y 648 de las 10:20 horas del 31 de octubre del 2001).

IV.-Diferentes normas han concedido a diversos servidores públicos el derecho a disfrutar del beneficio o compensación por pago de prohibición. Históricamente, el pago de ese plus o sobresueldo, se originó en una reforma que se introdujo al Código de Normas y Procedimientos Tributarios. El artículo 113 (actual 118)



establecía lo siguiente: “Prohibición para el personal de la Administración Tributaria. Los Directores Generales, los Subdirectores, los Jefes o Subjefes de Departamento y de Sección de las dependencias de la Administración Tributaria, así como los miembros propietarios del Tribunal Fiscal Administrativo y sus suplentes en funciones, no pueden ejercer otros puestos públicos o privados, con o sin relación de dependencia, excepción hecha de la docencia o de funciones públicas desempeñadas en representación de su respectivo superior jerárquico, cuyos cargos estén sólo remunerados con dietas. / En general queda especialmente prohibido al personal de los entes precedentemente citados, con la única excepción de la docencia, desempeñar en la empresa privada actividades relativas a materias tributarias o cargos directivos u otros que impliquen la participación en la asistencia técnica o en las decisiones de la empresa. Asimismo está prohibido a dicho personal hacer reclamos a favor de los contribuyentes o asesorarlos en sus alegatos o presentaciones en cualquiera de las instancias, salvo que se trate de sus intereses personales, de sus padres, los de su cónyuge o de sus hijos. / En los casos de excepción a que se refiere el artículo, para acogerse a ellos, debe comunicarse al jefe de la dependencia su decisión de hacer uso de las excepciones previstas en este Código”. (La negrita y el subrayado son del redactor). Esa disposición dio origen a la promulgación de la Ley N ° 5867, del 15 de diciembre de 1975 “Ley de compensación por pago de prohibición” mediante la cual se creó el plus salarial o compensación económica por concepto de prohibición y se fijaron los porcentajes de retribución económica por ese concepto sobre el salario base de la Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública, para el personal de la Administración Tributaria que por razón de sus cargos, se encontraba sujeto a la prohibición contenida en el artículo 113 (hoy 118) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Por medio de la Ley N ° 6008 del 9 de noviembre de 1976, modificada a su vez por la N° 6222 del 9 de mayo de 1978, se reformó el artículo 5 de la Ley 5867 del 15 de diciembre de 1975, incluyendo a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo a que se refería el artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (244 de la actual) y a los egresados de la Facultad de Derecho que estén cumpliendo tales funciones, así como a los funcionarios que a nivel de licenciatura o de egresados laboren para el Tribunal Supremo de Elecciones, Registro del Estado Civil y Contraloría General de la República. La 6808 también incluyó en su artículo 2° a los geólogos del Poder Ejecutivo, por prohibiciones contenidas en el Decreto Ejecutivo N° 4042 del 24 de setiembre de 1974. La Ley N ° 6542 del 22 de diciembre de 1980, en el artículo 9 inciso 31 incluyó al personal profesional del Servicio Aduanero Nacional y, en el inciso 123 al Tesorero y Subtesorero Nacional. La N ° 6700 de 23 de diciembre de 1981, en su artículo 9, numeral 31 incluyó al personal profesional del Servicio Aduanero Nacional y en el numeral 62, al reformar íntegramente el artículo 1°, incluyó a los funcionarios que desempeñen puestos de jefatura de la



organización financiera básica del Estado a que se refiere el artículo 2° de la Ley de Administración Financiera de la República y, además, al Tesorero y Subtesorero Nacionales, Contador Nacional, Proveedor Nacional, Jefe de la Oficina de Presupuesto, Jefe de la Oficina de Control de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, funcionarios de la Oficina de Presupuesto Nacional y Administradores de Aduana. La N° 6815 de 27 de septiembre de 1982 (Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República), en su artículo 37 incluyó a funcionarios a quienes alcance la prohibición contenida en el inciso a) del artículo 28 de dicha ley y a Asistentes de Procurador. La N° 6831 de 23 de diciembre de 1982, en el artículo 9, inciso 53, incluyó a los mismos servidores a que se refiere el numeral 62 de la Ley N° 6700 y a los de la Dirección General de Industrias del Ministerio de Industria, Energía y Minas. La N° 6975 de 30 de noviembre de 1984, en su artículo 40 incluyó a los técnicos de la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda que ocupen puestos cuyos requisitos estén cubiertos por los alcances de cada uno de los incisos del artículo 1° de esa ley. La N° 6982 de 19 de diciembre de 1984, incluyó en los artículos 14, 15 y 16 dentro del pago de la prohibición a los siguientes funcionarios: el primero, al personal técnico de la Auditoría General de Bancos; el segundo, a funcionarios de auditoría de las diferentes entidades del Gobierno Central y el tercero, a funcionarios de la Tesorería Nacional y al Pagador Nacional. La N° 6995 de 22 de julio de 1985, en el artículo 31 interpreta auténticamente el artículo 40 de la Ley 6975, en el sentido de que los técnicos de la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda tendrán derecho a los beneficios de esta ley, y en el artículo 154 incluyó al personal del Laboratorio Aduanero del Ministerio de Hacienda, además de equiparar para el pago de esa compensación, a funcionarios de la Administración Tributaria que se encuentren en situación de prohibición del artículo 113 (hoy 118) del Código Tributario. La N° 7015 de 22 de noviembre de 1985, incluyó en sus artículos 100, 101, 102 y 104 dentro del pago de la prohibición a los siguientes funcionarios: el primero, a funcionarios de la Auditoría del Instituto Nacional de Aprendizaje, de la Oficina del Café y de Asignaciones Familiares; el segundo, al personal técnico de la Auditoría General de Bancos; el tercero, adiciona el artículo 1.2 incluyendo en los beneficios y prohibiciones de dicho artículo al personal técnico de la Auditoría Interna del Instituto Mixto de Ayuda Social y por último, a los funcionarios que ocupen las jefaturas de la Organización Financiera Básica del Estado (Tesorero Nacional, Director de la Oficina de Presupuesto Nacional, Proveedor Nacional y Contador Nacional). La N° 7018 de 20 de diciembre de 1985, en su artículo 14 incisos 17, 18, 34 y 36, incluyó dentro del pago de la prohibición a los siguientes funcionarios: el primero, a las Auditorías del Sistema Bancario Nacional; el segundo, adicionó un párrafo al artículo 1, inciso 2) agregando a servidores de la Dirección General de Informática del Ministerio de Obras Públicas y Transportes y los del centro de Cómputo del Ministerio de



Seguridad Pública; el tercero, a técnicos en tasación de la Sección de Avalúos del Ministerio de Obras Públicas y Transportes en cualquiera de los niveles de la serie y a profesionales de la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional; el cuarto, a funcionarios del Servicio Aduanero Nacional; y en su artículo 49 incluyó a los funcionarios que ocupen cargos de técnicos profesionales de la administración tributaria en el ramo aduanero. La N ° 7083 de 9 de setiembre de 1987, en el artículo 98 interpretó auténticamente los artículos 14, inciso 18) de la Ley N° 7018 y 33, inciso 2) de la N° 6999 de 3 de setiembre de 1985, en el sentido de que la disposición comprende, además, aquellos cargos para los que se exija el grado académico de licenciatura. La N° 7097 de 18 de agosto de 1988, en sus artículos 39, 41, 94 y 127, incluyó dentro del pago de la prohibición a los siguientes funcionarios: a los del Servicio Nacional de Electricidad que reciben pago de compensación según oficio de la Dirección General de Servicio Civil que indica, los que mantendrán derechos adquiridos mientras permanezcan en los puestos en que fueron nombrados, en tanto los nuevos nombramientos deberán cumplir con los requisitos de la ley; al personal con especialidad en cómputo que labora en Departamentos de Cómputo de instituciones cubiertas por el Servicio Civil y Poder Judicial, en los mismos términos reconocidos al de la Oficina Técnica Mecanizada; a funcionarios de la Dirección General de Tributación Directa que gocen de este beneficio; y, por último, otorgó el beneficio del artículo 46 de la Ley 7015 a los funcionarios contemplados en el artículo 1 inciso b), en el artículo 5, y a los cubiertos por el transitorio único de la presente ley. La N ° 7333 de 5 de mayo de 1993, reformó integralmente la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual en su artículo 244 (anterior 141) textualmente señala: “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 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”. Dentro de esa cronología normativa sobre destinatarios del plus de prohibición, conviene indicar que mediante Leyes N°s. 6999 y 7896, del 3 de setiembre de 1985 y 30 de julio de 1999 respectivamente, se reformó la Ley sobre prohibición y se incluyó al personal de la Administración Tributaria que se encuentre sujeto, en razón de sus cargos, a la prohibición contenida en el artículo 118 (anterior 113) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto



para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo. Igualmente concedió los beneficios que otorga la ley N° 5867, a los siguientes funcionarios: 1) a quienes desempeñen los puestos de jefatura en la organización financiera básica del Estado, según el artículo 2° de la Ley de Administración Financiera de la República, N° 1279, del 2 de mayo de 1951 y sus reformas; 2) a quienes ocupen puestos de “técnicos” y “técnicos profesionales” en la Oficina de Presupuesto Nacional, la Tesorería Nacional, la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda, la Dirección General de Industrias del Ministerio de Industria, Energía y Minas y la Dirección General Forestal del Ministerio de Agricultura; asimismo, a los servidores de la Dirección General de Servicio Civil que ocupen puestos de la serie técnico y profesional, los funcionarios de la Dirección General de Informática del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, los del Centro de Cómputo del Ministerio de Seguridad Pública y los funcionarios de la Dirección General de Tributación que gocen de este beneficio; 3) al jefe de la Oficina de Control de Presupuesto del Ministerio de Hacienda; 4) a los administradores de aduanas, conforme a los procedimientos de la norma general N° 31 de la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario del Gobierno de la República para el año 1982, N° 6700 de 23 de diciembre de 1981, e incluyó al personal técnico de la auditoría interna del Instituto Mixto de Ayuda Social. El artículo 5 de la Ley N° 7896, incluyó a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo referidos en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los egresados de programas de licenciatura, maestría o doctorado en Derecho, que estén cumpliendo tales funciones. Así como a los funcionarios que en el nivel de licenciatura o egresados, laboren para el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, el Registro Civil y la Contraloría General de la República. De esa normativa especial se concluye, que lo que tales disposiciones mandan pagar, como una compensación salarial, es la prohibición para ejercer la profesión, por la cual el servidor fue contratado y que resulta de la normativa (orgánica o estatutaria), reguladora de la relación de empleo público. Este tipo de prohibiciones tiene un indudable fundamento ético; pues, cuando se establecen, lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades, en el campo privado; dado que ello se considera inconveniente, porque puede afectar la necesaria intensidad, en el ejercicio de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una indeseable confusión, en los intereses de uno y otro campos, dejando los públicos subordinados o hasta al servicio de los privados. Como puede notarse, la legitimación para el reclamo del plus salarial de prohibición, debe surgir de las leyes que determinan los destinatarios de ese rubro salarial.

V.-No todos los funcionarios que ocupen puestos en las unidades conocidas como administraciones tributarias son destinatarios del plus salarial por prohibición, pues como lo indicaba e indica en su artículo 1° la ley que originó ese derecho, el mismo se estableció “...para el personal de la Administración Tributaria que se



encuentre sujeto, en razón de sus cargos, a la prohibición contenida en el artículo 113 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios...”. El artículo 118 (anterior 113) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios establece: “Artículo 118.-

Prohibición para el personal de la Administración Tributaria. Los Directores Generales, los Subdirectores, los Jefes o Subjefes de Departamento y de Sección, de las dependencias de la Administración Tributaria, así como los miembros propietarios del Tribunal Fiscal Administrativo y los suplentes en funciones, no pueden ejercer otros puestos públicos con o sin relación de dependencia, excepción hecha de la docencia o de funciones desempeñadas con autorización de su respectivo superior jerárquico, cuyos cargos estén sólo remunerados con dietas. En general queda prohibido al personal de los entes precedentemente citados, con la única excepción de la docencia, desempeñar en la empresa privada actividades relativas a materias tributarias. Asimismo está prohibido a dicho personal hacer reclamos a favor de los contribuyentes o asesorarlos en sus alegatos o presentaciones en cualesquiera de las instancias, salvo que se trate de sus intereses personales, los de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados. En los casos de excepción a que se refiere este artículo, para acogerse a ellos, debe comunicarse al superior de la dependencia su decisión de hacer uso de las excepciones previstas en este Código”. Esas normas hacían y hacen referencia al “personal de la Administración Tributaria”, la que el artículo 105 del citado Código vigente cuando la ley 5867 entró a regir (actual 99), definía y define como el “...órgano administrativo que tenga a su cargo la percepción y fiscalización de los tributos, ya se trate del Fisco o de otros entes públicos que sean sujetos activos, conforme a los artículos 11 y 14 del presente Código.” (la negrita y el subrayado es del redactor), definiendo al “sujeto activo” como el ente acreedor del tributo. El eventual derecho de los funcionarios municipales a percibir el plus por prohibición, aunque no en su generalidad, deriva precisamente del hecho de que las municipalidades se enmarcan dentro del concepto de administración tributaria, pues se conciben como un “sujeto activo” en los términos de la norma transcrita, dado que está claro que dichas entidades son acreedoras de tributos. Si bien a partir de la vigencia del actual Código Municipal (ley número 7794, de 30 de abril de 1998, vigente a partir del 18 de mayo siguiente), se concibió a las municipalidades como parte integrante de la administración tributaria, según lo indicado expresamente en los incisos d) y e) del artículo 4, que en el orden citado establecen, entre otras atribuciones de las municipalidades, las de “d) Aprobar las tasas, los precios y las contribuciones municipales, y proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales; y e) Percibir y administrar, en su carácter de administración tributaria, los tributos y demás ingresos municipales” (la negrita es del redactor), la condición de sujeto activo acreedor de tributos, la tienen las municipalidades por disposición

constitucional (artículos 170 y 121 inciso 13) y así estaba concebida desde el Código Municipal ley N° 4574, vigente a partir del 1° de enero de 1971, ya que en el artículo 4 de dicha normativa se establecía la competencia de las municipalidades para administrar los servicios e intereses locales, y se incluían dentro de sus potestades las de acordar los ingresos necesarios para el cumplimiento de sus cometidos y disponer sobre su distribución y empleo (artículo 7, inciso b)). Asimismo, en el artículo 21 se establecía, como competencia del Concejo Municipal, entre otras, la de acordar los presupuestos, fijar las contribuciones y tasas y proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales a la Asamblea Legislativa. Sobre el tema, resulta de interés lo señalado por la Sala Constitucional en la sentencia número 1631, de las 15:15 horas del 21 de agosto de 1991, en cuanto indicó: “Dispone el artículo 170 de la Constitución Política que las corporaciones municipales son autónomas. De esa autonomía se deriva, por principio la potestad impositiva de que gozan los gobiernos municipales, en cuanto son verdaderos gobiernos locales, por la que la iniciativa para la creación, modificación o extinción de los impuestos municipales corresponden a esos entes, ello sujeto a la autorización legislativa establecida en el artículo 121 inciso 13) de la Constitución Política, la cual es, por su naturaleza, más bien un acto de aprobación, pero ambos casos, tanto la autorización como la aprobación, se tratan de una actividad tutelar, como se dirá.- / ... / V.- La autorización de los impuestos municipales que establece el inciso 13) del artículo 121 constitucional, aunque emanada del Poder Legislativo, no es sino un acto de autorización típicamente tutelar, consistente en la mera remoción de un obstáculo legal para que la persona u órgano autorizado realice la actividad autorizada, actividad de que es titular ese órgano autorizado y no el autorizante. La Asamblea tiene potestad únicamente para autorizar los impuestos municipales. Autorizar implica que el acto objeto de esa autorización es originado en el órgano autorizado y es propio de la competencia de ese mismo órgano. De ahí que constitucionalmente no es posible que la Asamblea Legislativa tenga un papel creador de los impuestos municipales, en cuanto que son las corporaciones las que crean esas obligaciones impositivas locales, en ejercicio de la autonomía consagrada en el artículo 170 de la Constitución y por su naturaleza de entidades territoriales corporativas, es decir de base asociativa, capaz de generar un interés autónomo distinto del Estado, y las someten a la aprobación legislativa que condiciona su eficacia.- / VI.- Autorizar no conlleva potestad alguna de reformar ni imponer programas o criterios de oportunidad, salvo que la norma que exige la autorización expresamente disponga en contrario, lo que no ocurre en este caso con la respectiva norma constitucional (art. 121 inc. 13). Así las cosas, la Asamblea puede rechazar un nuevo impuesto municipal, pero no establecer uno distinto no originado en la voluntad municipal, ni introducir disposiciones como la aquí impugnada en la autorización de un impuesto municipal o sus modificaciones.



Las Municipalidades no hacen a la Asamblea Legislativa una mera proposición, sino que deben poder someterle verdaderas fijaciones impositivas. Esto significa que el acto impositivo municipal es terminal y definitivo, creador del impuesto en un procedimiento tributario abierto al efecto por cada municipalidad, no inicial en un presunto procedimiento legislativo con igual función, como si fuera simple proposición sujeta a la voluntad constitutiva y libre del legislador. Por consiguiente, la fijación tributaria municipal enmarca la materia del pronunciamiento legislativo, cuya función es tutelar y no constitutiva del impuesto municipal, y cuyo resultado consecuente sólo puede ser la autorización o desautorización de lo propuesto, no la sustitución de la voluntad municipal. Debe admitirse que, dado el silencio constitucional al respecto, los motivos de la autorización legislativa o de su denegación bien pueden ser de mérito u oportunidad y no meramente legales o constitucionales, pero aún así la disposición legislativa sólo puede ser una de esas dos, autorización o desautorización, y no creación del impuesto municipal en lugar y con suplantación de la municipalidad. Lo contrario es violación de la autonomía municipal constitucionalmente garantizada, que incluye la potestad de fijar impuestos para sostenimiento de la Municipalidad y que prohíbe -aunque la sujete a autorización legislativa- privar a ésta de tal potestad, para trasladarla, en último término, a la voluntad única y excluyente de la Asamblea Legislativa.- /

VII.-La norma impugnada viola, además, el inciso 1) del artículo 121 de la Constitución Política, por cuanto el poder de legislar no es irrestricto, sino que, por el contrario, la Asamblea Legislativa, en la misma forma que los otros Supremos Poderes, está sujeta a los límites que la misma Constitución establece y que, sobre el particular, le impiden sustraer de la voluntad municipal la creación de tributos locales, como ha sido expuesto en los anteriores considerandos”. En corporaciones como la accionada, en su condición de administración tributaria, la compensación salarial por la prohibición de ejercer privadamente la profesión no puede serle concedida a todos los servidores municipales, sino solo a los que desempeñan labores estrictamente relacionadas con la materia tributaria y estén en los supuestos de las normas que la conceden. En el caso concreto, pese a haberse demostrado que la actora en su puesto de Asistente Administrativa de la Jefatura de Patentes de la Municipalidad de San José, realiza tareas o funciones relacionadas con la percepción de tributos municipales por concepto de patentes, el cargo que desempeña no está entre los contemplados por la normativa especial citada para efectos del pago de prohibición, de ahí que no se le reconociera el citado beneficio compensatorio previsto por el ordenamiento jurídico únicamente para aquellos servidores incluidos expresa o taxativamente por las distintas leyes emitidas al efecto. No existe norma que autorice el pago de prohibición por incompatibilidad a quienes como la actora, no ocupan puestos de jefatura o del nivel jerárquico superior a que alude el Código de Normas y Procedimientos Tributarios –que son los que por competencia derivada del puesto, tienen la



responsabilidad de administrar la gestión tributaria- donde desempeñen labores relacionadas con la materia y no se ve por qué deba hacerse; toda vez que, como se dijo, su puesto no está incluido dentro de aquellos a los que se les aplica la prohibición porque desempeñan dichas labores. Por otra parte, nada impide a la demandante ejercer su profesión de relacionista pública privadamente, toda vez que entre el cumplimiento de sus funciones y el ejercicio liberal de su profesión no existe una incompatibilidad objetiva, como parece haberlo querido hacer ver cuando en el recurso de revocatoria contra la resolución N° 047 de las 8:00 horas del 20 de mayo del 2001, señaló: “Es imposible imaginar... a la suscrita dando asesoría liberal a patentados de la Municipalidad de San José, para que presenten sus solicitudes por primera vez o para que realicen un reclamo sobre el monto fijado de impuesto de patente, siendo yo la encargada de revisar esa documentación y de fijar, preliminarmente los montos a pagar, lo mismo que resolver en proyectos los reclamos”, toda vez que esas funciones no son propias de la actividad profesional de una relacionista pública, razones por las cuales no le asiste el derecho a obtener esa compensación económica, como acertadamente lo determinaron los juzgadores de las instancias precedentes.

VI.-El pago por prohibición que hace la Administración a un servidor constituye una compensación económica –que conforma el salario- para retribuirle la imposibilidad que dicta la Ley no el contrato de servicio, de ejercer su profesión en forma liberal fuera del puesto desempeñado y no está dentro de las facultades del funcionario solicitarla o renunciarla, por ser consubstancial a la relación de servicio por disposición legal, o sea, que no está dentro de las facultades del empleado o funcionario solicitarla, ni el patrono tiene discrecionalidad para imponerla y pagarla. En el caso que se estudia, pese a haberse acreditado que la actora realizaba labores relacionadas con la materia tributaria, no existe disposición legal que autorice en forma expresa el pago de la prohibición para el puesto que ocupa, por lo que el otorgamiento de dicho pago es improcedente y constituiría un quebranto del principio de legalidad, amén de que con ello también incumplió el requisito del inciso b) del artículo 7 del Reglamento para la Aplicación de la Prohibición a los Trabajadores que Laboran en la Administración Tributaria de la Municipalidad de San José, publicada en la Gaceta N° 49 del 9 de marzo del 2001. En cuanto a la exclusión del pago de prohibición o compensación por el no ejercicio de la profesión de algunos funcionarios, sin que se viole el principio de igualdad, la Sala constitucional ha señalado que tal plus: “...no constituye, bajo ninguna circunstancia, un beneficio incausado o un privilegio para un determinado grupo de servidores; antes bien, es el justo reconocimiento para quienes, en razón de la función que desempeñan, y para la protección del más alto interés público, no tienen posibilidad de ejercer su profesión u oficio más allá de la dependencia administrativa en la que laboran... Se trata de una limitación al ejercicio privado de la profesión u oficio, por cuyo establecimiento el Estado dispuso hacer un

reconocimiento económico sobre el salario base de sus empleados. ...si el servidor es libre de ejercer fuera de las horas de oficina su profesión o actividad, no existe ninguna razón lógica, jurídica, y mucho menos de orden constitucional, para aducir que el no pago de la "prohibición profesional" en dichos supuestos constituye una discriminación irrazonable. Existe por un lado, servidores públicos sujetos a una prohibición legal para el ejercicio privado de una determinada profesión o actividad, y por el otro, servidores no sujetos a ella." (voto N° 4494-96, de las 11:18 horas del 30 de agosto de 1996).

VII.-De acuerdo con las consideraciones precedentes, al no ser atendible ninguno de los agravios enunciados por la recurrente, el fallo recurrido merece ser confirmado."

d) Distinción entre la dedicación exclusiva y el pago de prohibición

[SALA SEGUNDA]⁵

"II.-Tal y como se ha indicado en anteriores pronunciamientos, el pago de ²prohibición² a los servidores públicos, se estableció para retribuirles la imposibilidad legal de ejercer su profesión, fuera del puesto desempeñado. Por eso, el pago opera automáticamente, pues no está dentro de las facultades del servidor renunciar a esa prohibición y el patrono carece de discrecionalidad para poder dispensarla; entonces, cabe afirmar que, la sola aceptación del puesto, implica su pago. Se diferencia de la figura del pago por ²dedicación exclusiva², el cual interesa para la resolución del asunto concreto, porque éste, no tiene una prohibición legal del ejercicio de la profesión, sino que resulta del acuerdo entre el patrono y el trabajador, o sea es consensual. En este último supuesto, el servidor público puede decidir si solicita que se le pague la compensación salarial por dedicarse exclusivamente a su puesto, y a su vez, el patrono, en principio, en el ejercicio de su discrecionalidad, analizar si el cargo ocupado amerita esa dedicación. Acordado su pago, el servidor no puede dedicarse a labores similares fuera de la institución (ver Voto de esta Sala Número 171, de las 14:30 horas, del 3 de noviembre de 1989). En el caso concreto, de conformidad con las normas que regulan el Régimen de Dedicación Exclusiva en la Universidad de Costa Rica, la potestad para otorgar o no el beneficio de que se trata, no es de carácter discrecional o facultativo, sino reglado -por una normativa expresa-. Según se tuvo por acreditado, lo cual no ha sido impugnado en esta instancia, a la actora, por haberse acogido voluntariamente al Régimen por Dedicación Exclusiva, se le pagaba el correspondiente plus salarial, pese a lo cual, se dedicó también a prestarle servicios a la Universidad Iberoamericana del 13 de enero al 19 de abril de 1997, como profesora en el curso de Parasitología, para lo cual, el Decano de la respectiva dijo que la había autorizado (hechos demostrados identificados con las letras b), c) y e), de la sentencia de primera instancia, aprobados por el ad



quem). Por su orden, los artículos 9 y 10 de las Normas que Regulan el Régimen de Dedicación Exclusiva en la Universidad de Costa Rica, expresan: “Artículo 9. El interesado debe aceptar las siguientes prohibiciones: a. Ocupar, en otras instituciones o empresas, algún puesto de nombramiento interino o permanente, remunerado o no b. Ejercer la profesión en forma independiente c. Dar asesorías, remuneradas o no, excepto cuando se contraten por medio de la Universidad con el debido reconocimiento intelectual o económico al interesado d. Formar parte de, o tener bufete, laboratorio, clínica empresa de asesoría, consultorio y cualquier otra actividad similar. Se exceptúan de las prohibiciones: la percepción de derechos de autor, el ejercicio de funciones en comisiones, asociaciones y juntas directivas de los Colegios Profesionales o de instituciones educativas, que no sea de educación superior, públicas o privadas, culturales, científicas, así como aquellas actividades que a juicio de la Universidad de Costa Rica se consideren de interés institucional y sean avaladas mediante un convenio o carta de entendimiento” (énfasis suplido). Y, “Artículo 10. Es obligación de los Decanos, directores y jefes de las diferentes dependencias velar por el estricto cumplimiento de estas normas y notificar por escrito al Rector cualquier situación que juzguen se aparta de las disposiciones del régimen de Dedicación Exclusiva, para que se proceda, si es del caso, a interrumpir el disfrute del mismo”. Ninguna de esas dos normas posibilitan el que una funcionaria que percibe dedicación exclusiva pueda prestar servicios en un Centro de Enseñanza Superior. Por el contrario, las excepciones contempladas tienen que ver con la posibilidad de ejercer funciones en comisiones, asociaciones y juntas directivas de los Colegios Profesionales o de instituciones educativas, pero, expresamente se prohíbe, aún en éstos supuestos, que las labores se realicen en instituciones de educación superior, como lo es la Universidad a la cual prestó servicios la accionada; servicios que, además, no se desplegaron en comisiones, asociaciones o juntas directivas. Si bien es cierto, de conformidad con el artículo 10 de la reglamentación, el Decano tiene el deber de velar por el estricto cumplimiento del Régimen; es el Rector de la Universidad quien debe tomar la decisión que corresponda y el que además, de acuerdo con el artículo 7, firma el contrato de dedicación exclusiva en nombre de la Institución. Así las cosas, cualquier modificación a las obligaciones impuestas a la demandante con motivo del contrato de dedicación exclusiva libremente suscrito por ella, ameritaba necesariamente además de un acto fundado del Rector, la firma de un acuerdo respecto de los nuevos términos que se agregaría al contrato original. Para ello y con el fin de no violentar el principio de legalidad, vigente siempre en materia de empleo público, debe tomarse en cuenta que el indicado artículo 9, también permite a los funcionarios en actividades que “... a juicio de la Universidad de Costa Rica se consideren de interés institucional y sean avaladas mediante un convenio o carta de intenciones ...”. Nada de esto consta que se hiciera en el caso de la demandante. Tal y como lo ha reiterado esta Sala, el



principio de legalidad está contemplado en el artículo 11 de la Constitución Política y fue desarrollado en el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública; y, por él, todos los actos y comportamientos de la Administración deben estar previstos y regulados por norma escrita, con pleno sometimiento a la Constitución, a la ley y a todas las otras normas del ordenamiento jurídico sectorial, público. En su esencia, conlleva una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas, al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, a la Administración sólo le está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado, en forma expresa y, todo lo que así no lo esté regulado o autorizado, le está vedado realizarlo (ver Voto N° 648, de las 10:20 horas, del 31 de octubre del 2001). Así, el numeral constitucional indicado, dispone: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública."(énfasis suplido). Por su parte, la indicada Ley General, en el artículo 11 de cita, dispone: "1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa."(El subrayado no es del original). En el caso sometido a estudio, es evidente que la actora conocía los términos de su contrato de dedicación exclusiva y las limitaciones que éste conlleva, por las cuales, precisamente, se le reconoce el respectivo plus salarial. Además, también lo es que la normativa específica, es clara en cuanto a que cualquier modificación contractual, debía acordarse con el Rector previo el cumplimiento de las exigencias contempladas expresamente en la ley. El referido Decano, testigo en este asunto, sólo podía poner en conocimiento de aquel las violaciones al Régimen por parte de los servidores que percibían el plus; mas, no estaba autorizado por la normativa citada para acordar modificación contractual alguna; debiendo sujetarse siempre en sus actuaciones al denominado bloque de legalidad administrativo. En ese orden de ideas éste no podía arrogarse el autorizar a la actora a violentar su contrato de dedicación exclusiva en perjuicio de los intereses institucionales, con conocimiento de ésta de esa situación en razón, precisamente, de la suscripción de aquel compromiso. En todo caso, la supuesta autorización suya a la actora para laborar en lugar distinto a la Universidad no se hizo constar por escrito en los términos del numeral 134 de la Ley General de la Administración Pública, de acuerdo al cual "1. El acto administrativo deberá expresarse por escrito, salvo que por su naturaleza o las circunstancias exijan forma diversa. 2. El acto deberá indicar el órgano agente, el derecho aplicable, la disposición, la fecha y la firma, mencionando el cargo del suscriptor". En el expediente no consta el respectivo acto administrativo, por lo que



en modo alguno, podemos concluir que la referida autorización por un órgano incompetente para extenderla en verdad existió. Al amparo de los artículos 128, 158 y 166, todos de la Ley General citada, el acto administrativo que no se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico no es válido y en un caso como el analizado la nulidad es absoluta, al faltar totalmente sus elementos constitutivos."

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Ley No. 7333 del 5 de mayo de 1993.
- 2 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 1525-2009, de las quince horas del once de noviembre de dos mil nueve.
- 3 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 715-2007, de las diez horas con treinta y cinco minutos del tres de octubre de dos mil siete.
- 4 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 605-2008, de las nueve horas con treinta y cinco minutos del treinta de julio de dos mil ocho.
- 5 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 107-2003, de las nueve horas con treinta minutos del doce de marzo de dos mil tres.