



## La prohibición del funcionario público de ejercer profesiones liberales

<b>Rama del Derecho:</b> <b>Derecho Administrativo.</b>	<b>Descriptor:</b> <b>Funcionario Público.</b>
<b>Palabras Clave:</b> Prohibición para ejercer profesiones liberales, Beneficio salarial por prohibición, Distinción con el régimen de dedicación exclusiva.	
<b>Fuente:</b> <b>Jurisprudencia.</b>	<b>Fecha de elaboración:</b> <b>24/04/2013.</b>

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la prohibición de ejercer profesiones liberales por parte de los funcionarios públicos enumerados en el artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, citando sobre esta prohibición los votos disponibles por medio de la página web del PGR-Sinalevi.

### Contenido

NORMATIVA .....	2
[Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública].....	2
Artículo 14.— Prohibición para ejercer profesiones liberales. ....	2
JURISPRUDENCIA .....	3
1. Beneficio salarial por prohibición: Análisis jurisprudencial con respecto a su finalidad.....	3
2. Empleo público: Concepto del beneficio salarial por prohibición y aplicación del principio de reserva de ley.....	7
3. Beneficio salarial por prohibición: Distinción con el régimen de dedicación exclusiva en el empleo público .....	12
4. Fines de la remuneración en el empleo público: Alcances con relación a la Ley de corrupción y enriquecimiento ilícito.....	19
5. Distinción entre el régimen de dedicación exclusiva y el de prohibición en el empleo público .....	25
6. Beneficio salarial por prohibición: Concepto, finalidad y requisitos para que proceda el pago a trabajador municipal.....	28
7. Voto salvado del Magistrado Gilbert Armijo Sancho .....	36

## NORMATIVA

[Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública]<sup>1</sup>

### **Artículo 14.— Prohibición para ejercer profesiones liberales.**

No podrán ejercer profesiones liberales, el presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, el fiscal general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, sus respectivos intendentes, así como los alcaldes municipales y los subgerentes y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública, así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público. Dentro del presente Artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público.

De la prohibición anterior se exceptúan la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. En tales casos, no deberá afectarse el desempeño normal e imparcial del cargo; tampoco deberá producirse en asuntos que se atiendan en la misma entidad pública o Poder del Estado en que se labora.

## JURISPRUDENCIA

### 1. Beneficio salarial por prohibición: Análisis jurisprudencial con respecto a su finalidad

**Director del Departamento de la División de Servicios Técnicos de la Superintendencia General de Entidades Financieras no esta dentro de los supuestos del artículo 14 de La Ley 8422**

[Sala Segunda]<sup>ii</sup>

Voto de mayoría:

**“III.- SOBRE EL PAGO DE PROHIBICIÓN CONFORME LO DISPUESTO POR LA LEY n° 8422:** Analizado el marco en debate del presente asunto, encuentra la Sala que este se suscribe a uno en particular. El actor en el hecho primero de la demanda manifestó que ocupa el cargo de Director del Departamento de la División de Servicios Técnicos de la Superintendencia General de Entidades Financieras, órgano de desconcentración máxima adscrito al Banco Central de Costa Rica y que, de conformidad con el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, quienes se desempeñen como **directores administrativos de las instituciones autónomas** tiene prohibición para ejercer libremente su profesión fuera de la institución, motivo por el cual, debe reconocérsele un 65% como retribución económica contemplada en el ordinal 15 de ese cuerpo normativo (hecho tercero de la demanda). En la instancia precedente, se mantuvo lo resuelto por el juzgado, en cuanto negó las pretensiones del accionante con fundamento en que el Decreto Ejecutivo número 32333, Reglamento y la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, define el ámbito de aplicación de la ley, disponiendo que cuando la ley hace referencia a todos los directores y subdirector de las áreas, unidades, departamentos o dependencias de la Administración Pública se refiere, propiamente a las proveedurías, y por eso, el puesto ocupado por don Eduardo no está cubierto por la prohibición del ordinal 14 de la Ley 8422. Ahora bien, antes de analizar si son o no atendibles los reproches del apoderado especial judicial del recurrente, es necesario referirse a la figura de la prohibición como tal. Esta Sala, de manera reitera ha dispuesto, que ese instituto supone una restricción al ejercicio profesional (véase artículos 56 y 74 de la Constitución Política), pues los funcionarios y funcionarias sujetos a ésta se encuentran imposibilitados en forma absoluta para el ejercicio de otros cargos públicos, así como para desempeñar, en la empresa privada, actividades relativas a los puestos que ocupan en la Administración Pública e inclusive ajenas a esos puestos, salvo las excepciones que la ley establezca en cada caso. Lo anterior es así, en tutela del interés público y con sustento en un alto contenido ético, tendiente a impedirle a quien desempeñe determinados puestos en la Administración Pública destinar su tiempo a otras actividades en el campo privado, pues con ello se podría afectar la necesaria intensidad en el cumplimiento de las actividades propias de la función, o bien, generarse una indeseable confusión, en los intereses de uno u otro campo (el privado y el público), lo que eventualmente supondría el sacrificio del interés

público en beneficio del interés privado. Así, según se desprende de lo expuesto, la prohibición constituye una limitación a un derecho fundamental (la libertad de trabajo) y, por ende, su imposición es reserva de ley. Además, el reconocimiento de una compensación económica para retribuir esa restricción requiere, en forma adicional, que la norma creadora de la limitación (prohibición) u otra, prevea esa posibilidad (la retribución económica) (Sala Segunda, sentencias n°s 1056 de las 8:55 horas, del 19 de diciembre de 2008 y 231 de las 9:35 horas, del 20 de marzo de 2009). Jurisprudencialmente se ha considerado que esta institución jurídica opera automáticamente, es decir, no se encuentra dentro de las facultades del funcionario(a) solicitarla o renunciarla, ni tampoco puede la Administración otorgarla en forma discrecional. Es consubstancial a la relación de trabajo por disposición de la ley e inherente a la relación de servicio (entre muchos otros, los votos de la Sala Constitucional, n°s 1396 de las 14:31 horas, del 22 de marzo; 3370 de las 10:30 horas, del 5 de julio y 4494 de las 11:18 horas, del 30 de agosto, todas de 1996 y de la Sala Segunda, los n°s 171 de las 14:30 horas, del 3 de noviembre de 1989; 333 de las 10:30 horas, del 27 de octubre de 1999 y 141 de las 9:10 horas, del 26 de marzo de 2003). Históricamente en nuestro país algunos servidores y servidoras del sector público se han encontrado imposibilitados, en virtud del instituto de la prohibición, para el ejercicio profesional privado (a modo de ejemplo, véase entre muchos otros, los numerales 118 -antes 113- del Código de Normas y Procedimientos Tributarios; 9 y 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículo 34 de la Ley General de Control Interno y 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito), no obstante la compensación económica para retribuir esa prohibición surgió a partir de la promulgación de la Ley n° 5867 del 15 de diciembre de 1975. Posteriormente se emitieron una serie de leyes mediante las cuales se extendió el reconocimiento de esa retribución económica a la mayoría de funcionarios y funcionarias que tuviesen, en razón de sus cargos, una prohibición específica para el ejercicio de la profesión (véase entre muchas otras, las Leyes n°s 6008 del 9 de noviembre de 1976; 6222 del 2 de mayo de 1978; 6451 del 1 de agosto de 1980; 6999 del 3 de setiembre de 1985; 9097 del 18 de agosto de 1988; 6995 del 22 de julio de 1985; 6982 del 19 de diciembre de 1984; 7015 del 22 de noviembre de 1985; 7018 del 20 de diciembre de 1985; 7097 del 18 de agosto de 1988; 7111 del 12 de diciembre de 1988, 7108 del 8 de noviembre de 1988; 7333 del 5 de mayo de 1993; 7896 del 30 de julio de 1999, 8292 del 31 de julio de 2002 y 8422 del 6 de octubre de 2004). Precisamente, en torno al caso que nos ocupa, los numerales 14 y 15 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública contemplan aquella incompatibilidad de los funcionarios y las funcionarias públicos ahí enumerados de forma taxativa, para ejercer liberalmente las profesiones que ostentan (artículo 14), así como la retribución económica en contraprestación esa restricción o limitación (artículo 15). Así, el artículo 14 establece: ***“Prohibición para ejercer profesiones liberales. No podrán ejercer profesiones liberales, el presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, el fiscal general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, los superintendentes de entidades financieras,***

de valores y de pensiones, sus respectivos intendentes, así como los alcaldes municipales y los subgerentes y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública, así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público. Dentro del presente artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público./De la prohibición anterior se exceptúan la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. En tales casos, no deberá afectarse el desempeño normal e imparcial del cargo; tampoco deberá producirse en asuntos que se atiendan en la misma entidad pública o Poder del Estado en que se labora”. (el resaltado se suple). Por otra parte, el numeral 15 dispone: “**Retribución económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales.** Salvo que existe un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica por la aplicación del artículo anterior será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto específica”. Esta ley fue reglamentada mediante Decreto Ejecutivo n° 32333 del 12 de abril de 2004 y en el artículo 27 dispuso: “...**Prohibición para ejercer profesiones liberales.** No podrán ejercer profesiones liberales, el Presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados propietarios tanto del Poder Judicial como del Tribunal Supremo de Elecciones (incluidos en este último caso los que asuman tal condición con arreglo a lo que establece el artículo 100 de la Constitución Política), los ministros y viceministros de gobierno, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Defensor y el Defensor adjunto de los Habitantes, el Procurador general y el Procurador General adjunto de la República, el Regulador General de la República, el Fiscal General de la República, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes generales y los gerentes y subgerentes que orgánicamente dependan de éstos, así como los directores y subdirectores generales de los órganos desconcentrados, y también los directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencias -según la nomenclatura interna que corresponda- administrativas de la Administración Pública, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones y sus respectivos intendentes, los alcaldes municipales, los auditores y los subauditores internos –sin importar la nomenclatura que éstos reciban siempre que realicen funciones y tareas como tales– de la Administración Pública. También quedarán cubiertos por esta prohibición los jefes o encargados de las áreas, unidades o dependencias de proveeduría del sector público. Para tal efecto, la mención que el artículo 14 de la Ley, hace en cuanto a los directores y subdirectores de departamento, debe entenderse referida exclusivamente a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público. Dentro del presente artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público...”. Como se explicó líneas arriba, la lista consignada en los ordinales citados es taxativa, lo que significa que no pueden agregarse puestos que no estén incluidos en ella. El actor ha sostenido la tesis de que ocupa el cargo de Director del Departamento de la División de Servicios Técnicos de la Superintendencia General de Entidades Financieras, órgano de desconcentración máxima adscrito al Banco Central de Costa Rica, y por eso, debe

pagársele un 65% de la base de su salario por concepto de prohibición, pues el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública establece que, quienes se desempeñen como **directores administrativos de las instituciones autónomas** deben percibir esta compensación económica. Sin embargo, al contestarse la acción, el demandado indicó que el actor no ocupa un puesto como director administrativo, tal y como su exige la norma (folio 25), sino que su cargo es de director de un departamento, afirmación que tiene respaldo probatorio, en la constancias de folios 7 y 8 y en el Manual descriptivo de puestos de folios 84 y 85. Queda claro entonces, que al no estar nombrado como director administrativo, tal y como lo exige la normativa, no tiene derecho al pago de prohibición. Por otro lado, debe indicarse que si bien es cierto, don E. ostenta el cargo de “**director de departamento**”, tampoco está contemplado dentro de la lista de puestos comprendidos en el artículo 14 de la Ley 8422, porque el ordinal 27 del reglamento a ese cuerpo legal, aclaró que, para efectos de la mención que el numeral 14 de la ley hace, en cuanto a los directores y subdirectores de departamento, debe entenderse referida **exclusivamente** a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público. Finalmente, debe mencionarse que el espíritu de quien legisló, era reconocer el pago de prohibición de forma restrictiva y no de forma general, tal y como el actor ha querido hacerlo ver. Así quedó plasmado en el acta de discusión del proyecto de Ley 13715, moción vía 137 del texto del artículo 15, que luego pasó a ser el 14 de la Ley 8422. Por ejemplo, el diputado Avendaño Calvo expresó: “...*si nosotros aprobamos esto así como está, porque está haciendo referencia a los directores y subdirectores de departamento y lógicamente hay una enorme cantidad de directores y subdirectores de departamento, se tendrían que equiparar en un sesenta y cinco por ciento, tal como está aquí, lo que representa una erogación sumamente fuerte. Por tanto, sería importante tener en cuenta eso al votar la propuesta...*” (folio 158). El diputado Arce Salas manifestó: “...*De verdad, el diputado Avendaño nos pone a pensar. El problema aquí es no tener la valoración. Al crear ahora, incluso con la propuesta de la diputada Chinchilla, los directores y subdirectores de departamento, qué pasa en alguna institución en las cuales hay departamento de departamentos y directores y subdirectores (...) podría más bien arrastrarnos a una situación de orden presupuestario en muchas instituciones, porque cuántos directores y subdirectores habrá en algunas instituciones...*” (folio 158). Por su lado, la diputada Gloria Valerín Rodríguez consultó: “...*Quiero preguntarle, porque leo este artículo y la moción que ustedes presentan ¿Cuál de todos los funcionarios, de la larga lista de funcionarios mencionados en este artículo incluido los directores y subdirectores de departamento- que es lo que ustedes quieren sacar, entiendo, no tiene en la actualidad alguna ley que le mande la prohibición del cargo...*” (folio 166), a lo que el diputado Guillermo Malavassi Calvo contestó: “...*precisamente, directores y subdirectores de departamento y titulares de proveeduría del sector público. No la tienen los titulares...Los directores y subdirectores de departamento per se aquí en la Asamblea...*” (folio 166). Queda claro que el espíritu de quien legisló era imponer la prohibición para los titulares de proveeduría y no para todas las personas que ocuparan el cargo de director y subdirector de cualquier departamento. Al respecto la diputada Laura Chinchilla Miranda explicó: “...*Compañeras diputadas y compañeros diputados, tratando de hacer un recuento cuál fue el origen de esta redacción, acerca de la que está mocionando el Movimiento Libertario, señalarles que en realidad lo que se agregó vía moción y esta servidora fue la autora, fue el concepto de titulares de*

*proveeduría (...) siendo que el tema de las proveedurías, es altamente sensible cuando se habla de temas de la corrupción en el sector público, quienes hemos estado al frente de instituciones del Estado, casi que lo primero que hacemos es solicitar los controles, mediante los cuales se ejercen las compras del sector público, porque es precisamente, el foco principal, primario en donde se originan las posibilidades de corruptelas en el sector público...*” (folio 168). Más adelante en el acta, la diputada Valerín Rodríguez aseveró “...*La prohibición es una figura de carácter diferente. La prohibición es una carga muchísimo más grave que se impone a quien ejerce un cargo público, en virtud de que se considera que el ejercicio de esa profesión es altamente contradictorio con el interés que maneja la institución pública. Desde ese punto de vista, me parece que, no tanto los directores y los subdirectores, pero sí los titulares de proveeduría, deberían salirse de cualquier ejercicio profesional que pueda generar un conflicto de intereses entre la institución a la que representan y el cargo que están ejerciendo...*” (folio 176). De conformidad con lo expuesto, no encuentra la Sala que el órgano de alzada haya incurrido en una inadecuada interpretación de las normas citadas, ni de la prueba aportada a los autos, por lo que la sentencia recurrida debe ser confirmada.”

## **2. Empleo público: Concepto del beneficio salarial por prohibición y aplicación del principio de reserva de ley**

[Sala Segunda]<sup>iii</sup>

Voto de mayoría

**“IV.- SOBRE EL PAGO DE PROHIBICIÓN CONFORME LO DISPUESTO POR LA LEY N° 8422:** En primer lugar se muestra disconforme la representación del BANHVI, por cuanto considera que el pago del rubro por concepto de prohibición al actor, resultaba procedente a partir de la promulgación del Decreto Ejecutivo número 32333-MP-J de 12 de abril de 2005, según lo dispuesto en el transitorio VI de esa norma y no desde la vigencia de la Ley n° 8422 de 6 de octubre de 2004, tal y como lo dispuso el *ad quem*. El instituto de la prohibición supone una restricción al ejercicio profesional (véase artículos 56 y 74 de la Constitución Política), pues los funcionarios(as) o empleados(as) sujetos a ésta se encuentran imposibilitados en forma absoluta para el ejercicio de otros cargos públicos, así como para desempeñar, en la empresa privada, actividades relativas a los puestos que ocupan en la Administración Pública e inclusive ajenas a esos puestos, salvo las excepciones que ley establezca en cada caso. Lo anterior es así, en tutela del interés público y con sustento en un alto contenido ético, tendiente a impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades en el campo privado, pues con ello se podría afectar la necesaria intensidad en el cumplimiento de las actividades propias de la función, o bien, generarse una indeseable confusión, en los intereses de uno u otro campo (el privado y el público), lo que eventualmente supondría el sacrificio del interés público en beneficio del interés privado. Así, según se desprende de lo expuesto, la prohibición constituye una limitación a un derecho fundamental (la libertad de trabajo) y, por ende, su imposición es reserva de ley. Además, el reconocimiento de una compensación económica para

retribuir esa restricción requiere, en forma adicional, que la norma creadora de la limitación (prohibición) u otra, prevea esa posibilidad (la retribución económica) (Sala Segunda, sentencias n°s 1056 de las 8:55 horas, del 19 de diciembre de 2008 y 231 de las 9:35 horas, del 20 de marzo de 2009). Jurisprudencialmente se ha considerado que esta institución jurídica opera automáticamente, es decir, no se encuentra dentro de las facultades del funcionario(a) solicitarla o renunciarla, ni tampoco puede la Administración otorgarla en forma discrecional. Es consubstancial a la relación de trabajo por disposición de la ley e inherente a la relación de servicio (entre muchos otros, los votos de la Sala Constitucional, n°s 1396 de las 14:31 horas, del 22 de marzo; 3370 de las 10:30 horas, del 5 de julio y 4494 de las 11:18 horas, del 30 de agosto, todas de 1996 y de la Sala Segunda, los n°s 171 de las 14:30 horas, del 3 de noviembre de 1989; 333 de las 10:30 horas, del 27 de octubre de 1999 y 141 de las 9:10 horas, del 26 de marzo de 2003). Históricamente en nuestro país algunos servidores y servidoras del sector público se han encontrado imposibilitados, en virtud del instituto de la prohibición, para el ejercicio profesional privado (a modo de ejemplo, véase entre muchos otros, los numerales 118 -antes 113- del Código de Normas y Procedimientos Tributarios; 9 y 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículo 34 de la Ley General de Control Interno y 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito), no obstante la compensación económica para retribuir esa prohibición surgió a partir de la promulgación de la Ley n° 5867 del 15 de diciembre de 1975. Posteriormente se emitieron una serie de leyes mediante las cuales se extendió el reconocimiento de esa retribución económica a la mayoría de funcionarios y funcionarias que tuviesen, en razón de sus cargos, una prohibición específica para el ejercicio de la profesión (véase entre muchas otras, las Leyes n°s 6008 del 9 de noviembre de 1976; 6222 del 2 de mayo de 1978; 6451 del 1 de agosto de 1980; 6999 del 3 de setiembre de 1985; 9097 del 18 de agosto de 1988; 6995 del 22 de julio de 1985; 6982 del 19 de diciembre de 1984; 7015 del 22 de noviembre de 1985; 7018 del 20 de diciembre de 1985; 7097 del 18 de agosto de 1988; 7111 del 12 de diciembre de 1988, 7108 del 8 de noviembre de 1988; 7333 del 5 de mayo de 1993; 7896 del 30 de julio de 1999, 8292 del 31 de julio de 2002 y 8422 del 6 de octubre de 2004). Precisamente, en torno al caso que nos ocupa, los numerales 14 y 15 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública contemplan aquella incompatibilidad de los funcionarios y las funcionarias públicos ahí enumerados para ejercer liberalmente las profesiones que ostentan (artículo 14), así como la retribución económica en contraprestación esa restricción o limitación (artículo 15). Así, el artículo 14 establece: ***“Prohibición para ejercer profesiones liberales. No podrán ejercer profesiones liberales, el presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, el fiscal general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, sus respectivos intendentes, así como los alcaldes municipales y los subgerentes y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública, así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de***



proveeduría del Sector Público. Dentro del presente artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público./ De la prohibición anterior se exceptúan la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consaguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. En tales casos, no deberá afectarse el desempeño normal e imparcial del cargo; tampoco deberá producirse en asuntos que se atiendan en la misma entidad pública o Poder del Estado en que se labora”. Por otra parte, el numeral 15 dispone: **“Retribución económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales.** Salvo que existe un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica por la aplicación del artículo anterior será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto específica”. Y si bien es cierto, dicha ley prevé su reglamentación cuando establece: “El Poder Ejecutivo deberá reglamentar la presente Ley, dentro de los seis meses posteriores a su entrada en vigencia. Para la promulgación y reforma del Reglamento deberá procurarse la opinión de la Contraloría General de la República, cuyo proyecto se le remitirá oportunamente, a fin de que formule sus observaciones. La falta de reglamentación no impedirá la aplicación de esta Ley ni su obligatoria observancia, en cuanto sus disposiciones sean suficientes por sí mismas para ello”, lo así dispuesto no podría afectar aquella prohibición fijada legalmente, pues tal y como se dijo, en la materia opera el principio de reserva legal, al encontrarse involucrado un derecho fundamental del ser humano. En ese sentido, la Sala constitucional ha sostenido: **“SOBRE LAS LIMITACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES.-**

Este Tribunal Constitucional ha reconocido que el ejercicio de los derechos fundamentales no es irrestricto, ni absoluto, sino que, es posible y válido establecer ciertas limitaciones, que sin vaciar su contenido esencial, permita una mayor consecución del interés general. Conforme al artículo 28 de la Constitución Política, resulta posible establecer regulaciones o límites en atención a la moral, el orden público y los derechos de terceros. Al desarrollar este principio, la Sala ha indicado lo siguiente :/1. Es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar, en razón de que se desarrollan dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social; y en segundo, en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza. Estos límites se refieren al derecho en sí, es decir, a su contenido específico, de manera tal que la Constitución al consagrar una libertad pública y remitirla a la ley para su definición, lo hace para que determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión. Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones...’. (...). Asimismo, sobre el principio de reserva legal, en cuanto a la regulación y limitación de los derechos fundamentales, esta Sala dispuso, lo siguiente: /“(...) a.) El

principio mismo de «reserva de ley», del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; /b.) Que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su «contenido esencial»; /c.) Que ni aún en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial; /d.) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley (...)’ (Sentencia N° 2175-96 de las 9:06 hrs. del 10 de mayo de 1996)” (voto n° 2448 de las 11:59 horas, del 24 de febrero de 2006). A lo anterior, debe agregarse, con vista en el Decreto Ejecutivo n° 32333 del 12 de abril de 2005 (Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública), que lo reglamentado, en sentido estricto, fue: el derecho del ciudadano a denunciar; la admisibilidad y el trámite de las denuncias (véase que conforme al numeral 9 de la Ley, la Contraloría General de la República determinará los procedimientos para la atención, admisibilidad y trámite de las denuncias presentadas), el plazo de la Contraloría General de la República para resolver las solicitudes para el desempeño simultáneo de cargos remunerados y para el trabajo extraordinario; el plazo para gestionar el levantamiento de incompatibilidades y para resolverlas; el deber y el plazo para informar sobre la recepción de donaciones y obsequios; las dudas sobre la valoración de éstas, su registro y demás particularidades sobre su destino amén de los sujetos obligados a presentar declaración jurada; la obligación de cumplir la jornada ordinaria por parte del servidor al que se autoriza, por reglamentación interna, a ejercer la docencia en centros de educación superior en horas que coinciden con el horario de trabajo de las instituciones o empresas públicas, estableciéndose también la obligación de los jefes de fijar los mecanismos idóneos para garantizarlo. En todo caso, debe contemplarse, a su vez, que un reglamento, como el que nos ocupa (Decreto Ejecutivo n° 32333), se constituye en una norma orientada a hacer posible la aplicación práctica y precisa de la ley dentro de las condiciones y supuestos que ésta regula. Consecuentemente, no puede contrariar la ley de la que depende y en la que se funda, es decir, no podría un reglamento, entre otros aspectos, complicar los modos de adquisición de los derechos cuyos supuestos se hallan regulados por la ley; suprimir en todo o parte el contenido de un derecho creado por la ley; imponer deberes que la ley no impone, o aumentar el número de obligaciones o sujeciones que los deberes legales contienen; o complicar los modos de nacimiento de estos deberes agregando nuevos requisitos que la ley no contiene (véase Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, Tomo I, 2002, pp. 274 a 285). Así las cosas, no es correcto que se sostenga que el pago del plus de prohibición para quien ocupe el cargo de “subgerente” en una dependencia estatal, resultaba procedente a partir de la promulgación de ese reglamento, pues como se dijo, la ley (en su numeral 14) definió la población de funcionarios inmersos en la prohibición, amén de que ésta,

en virtud del principio de reserva legal, era la única autorizada para imponer una limitación o restricción de tal naturaleza. Por ello, su aplicación, a partir de la correspondiente publicación en el Diario Oficial La Gaceta, fue automática e inmediata (contrario a lo afirmado por el demandado) y, por consiguiente, la imposibilidad de los servidores contemplados en el numeral 14 de la Ley surgió a partir de ese momento así como su derecho a percibir la respectiva retribución económica (artículo 15 de la ley) prevista como compensación a aquella limitación. La defensa del accionado, sustentada en el transitorio VI del reglamento, que en su texto dispone: *"En el caso de los cargos señalados en el artículo 14 de la Ley, respecto de los cuales en el presente Reglamento se establezca los alcances de la cobertura a la prohibición legal, tal y como ocurre con el caso de gerentes, subgerentes, directores y subdirectores de departamento, así como los titulares de las proveedurías del sector público, la prohibición para el ejercicio de profesionales liberales y la correspondiente compensación económica, regirán a partir de la entrada en vigencia del presente reglamento"*; no resulta sostenible, no sólo porque el reglamento en cuanto a lo establecido en el numeral 14 citado no podía definir supuestos distintos a los fijados ahí, sino también, porque esa disposición -por lo dicho- contraviene la letra de la ley y, en tal sentido, resulta imperativo no aplicarlo, al tenor del artículo 8 inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al respecto, esta Sala en la sentencia n° 114 de las 14:10 horas, del 14 de agosto de 1990 señaló: *"En relación, el artículo 8, inciso 2° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ordena lo siguiente: "no podrán los funcionarios que administran justicia: ...2) Aplicar decretos, reglamentos, acuerdos y otras disposiciones que sean contrarias a la ley". Como corolario de lo expuesto, no es de recibo la argumentación esgrimida por el recurrente, en el sentido de que el Reglamento en cuestión tiene que ser aplicado, hasta que no sea declarada su inconstitucionalidad o ilegalidad en la vía correspondiente. Todo lo contrario, ante una situación tal, como la que envuelve el presente caso, la obligación del Juzgador es la de resolver como lo ha hecho el Tribunal Superior de Trabajo, al declarar no aplicable en la especie la disposición reglamentaria en cuestión. Obsérvese que ese mismo principio inspira al artículo 2 del Código Civil, el cual reza: "Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior". Sobre el mismo tema, ha dicho la antigua Sala de Casación, en su sentencia número 30 del año 1968, que "Las Leyes especiales -y la de comentario, a saber, la número 6835, lo es- sólo pueden ser modificadas o derogadas expresamente por otra ley"* (en igual sentido, véase entre otras las resoluciones n°s 4 de las 9:00 horas, del 17 de enero; 54 de las 15:00 horas, del 18 de marzo; 269 de las 9:10 horas, del 30 de octubre y 295 de las 9:10 horas, del 9 de diciembre, todas de 1992 y 103 de las 9:30 horas, del 19 de mayo de 1993). Además de lo expuesto, cabe agregar que dada la condición del actor como subgerente general del BANHVI, se encontraba en los supuestos expresos contemplados por el numeral 14 ídem, a saber: *"los **subgerentes** y los subdirectores administrativos"*, por lo que todos los supuestos para la procedencia del reconocimiento del rubro salarial que solicita quedaron definidos por la propia ley, a saber: la existencia de la prohibición para el puesto que ocupó don Luis Fernando y el porcentaje salarial con el que se retribuiría este sacrificio (un 65%). De este modo debió hacer el pago correspondiente a partir de la vigencia de la ley, pues desde entonces regía aquella prohibición para el servidor, sin que se pueda considerar que *el numeral 14 ídem, sea un precepto que para su aplicación* (en el caso concreto) requería de la precisión de la norma reglamentaria. Tampoco puede considerarse que esta aplicación quebrante el

principio de legalidad o la disposición constitucional que establece la derogatoria de la Ley únicamente por la promulgación de una ley posterior, por cuanto la Ley 8422 tiene mayor jerarquía que su reglamento, y su fecha de vigencia no puede ser modificada por una norma de menor rango. Por todo lo anterior resulta procedente desestimar este agravio (véase en sentido similar, de esta Sala, el voto n° 2010-000913 de las 14:25 horas del 25 de junio de 2010).”

### **3. Beneficio salarial por prohibición: Distinción con el régimen de dedicación exclusiva en el empleo público**

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI]<sup>iv</sup>

Voto de mayoría

**“II- SOBRE LA PROCEDENCIA DE DECLARAR ABSOLUTAMENTE NULAS, TODAS LAS CONDUCTAS ADMINISTRATIVAS MEDIANTE LAS CUALES SE LE RECONOCIÓ AL DEMANDADO O EL PAGO DEL INCENTIVO DE PROHIBICIÓN REGULADO EN LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y SU RESPECTIVO REGLAMENTO:** En este caso la representación estatal acude a esta instancia jurisdiccional, solicitando la nulidad de los siguientes actos administrativos, declarados lesivos a los intereses públicos y económicos del Estado: **a)** Oficio No. OM-521-2006 del 8 de junio de 2006, en el que la Oficial Mayor y Directora Administrativa da el visto bueno para que al señor B R se le reconozca el pago por concepto de prohibición, según el artículo 27 del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, e instruye para que se haga la inclusión en la planilla correspondiente; **b)** Oficio No. PROH-022-2006 del 8 de junio de 2006, suscrito por las señoras M R P, Oficial Mayor y Directora Administrativa; I A C por la Unidad Jurídico Laboral y que cuenta con el visto bueno de la señora E P M, Encargada de Unidad de Registro e Información del Departamento de Recursos Humanos, extendido con ocasión del reconocimiento del pago de 65% del salario base por concepto de prohibición a favor del señor B R; **c)** Acción de personal No. 606004507 del 8 de junio de 2006, que cuenta con el visto bueno de la delegada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, la señora M R P, en la que se indica que el reconocimiento del pago por concepto de prohibición al funcionario Bolaños Ramírez, rige a partir del 1º de junio de 2006; **d)** Acción de personal No. 2006-190 del 9 de junio de 2006, que cuenta con el visto bueno del Ministro de Trabajo y Seguridad Social a.i., el señor G M C, que señala que por encontrarse vencido el período 2005 (del 15 de diciembre al 31 de diciembre del 2005), las diferencias salariales por concepto de prohibición generadas en ese lapso a favor del señor B R, deben cancelarse por resolución administrativa; **e)** Acción de personal interna No. 606001020 del 16 de junio de 2006, suscrita por el Director de Recursos Humanos y por la Oficial Mayor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la que se ordena pagar las diferencias salariales por concepto de prohibición del período del 1 de enero al 31 de mayo de 2006, al señor Bolaños Ramírez; **f)** Resolución No. 915-2006 de las 12 horas del 7 de julio de 2006, del Despacho del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto al extremo que le reconoce y ordena

girar la suma de ¢19.357,33 por concepto de diferencias de prohibición al funcionario B R, por el período del 15 al 31 de diciembre de 2005, dado el cambio de categoría del puesto que pasó a ocupar en ese momento dicha persona. Asimismo, solicita la representación estatal que se anulen todos aquellos actos administrativos expresos y los implícitos que sean anteriores, posteriores o que se desprendan de los actos administrativos declarados lesivos, así como los que sean reproducción, confirmación o ejecución de los mismos, por existir conexión directa. Esta primera pretensión del Estado obedece a que dichas conductas administrativas formales fueron declaradas lesivas a los intereses públicos y económicos del Estado, mediante la resolución número DMT-0362-2009, dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Despacho del Ministro de Trabajo y Seguridad Social a las once horas veintisiete minutos del cinco de marzo de dos mil nueve, motivado en que a través de los citados actos administrativos, se le reconoció al demandado el derecho de pago de prohibición de un 65% con base en el artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el 27 del Reglamento a dicha Ley. Aduce el abogado del Estado que el reconocimiento del pago del incentivo salarial de la prohibición otorgado al accionado es ilegal, de conformidad a las interpretaciones dadas a los artículos 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el 27 del Reglamento a dicha Ley, tanto por la jurisprudencia administrativa, emitida por la Dirección del Servicio Civil, la Contraloría General de la República y a la misma Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como por jurisprudencia emitida por la Sección Sexta de este Tribunal Contencioso Administrativo. Por su parte, el demandado, alega que al ser su puesto de Director de Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, si le asiste el derecho a percibir la prohibición, debido a que los artículos indicados (14 de la Ley y 27 del Reglamento), cubren a los directores y subdirectores de las unidades, áreas, departamentos o dependencias administrativas de la Administración Pública. Aunque, indica el accionado, que deja en manos de este Tribunal la determinación si legalmente le corresponde o no el incentivo salarial de la prohibición. Expuestos, los argumentos de las partes, en cuanto a esta primera pretensión anulatoria, considera este Tribunal que tiene razón la representación Estatal, por los siguientes motivos: **1)** Este órgano jurisdiccional, efectivamente ya ha emitido varias sentencias mediante las cuales se resuelven casos idénticos al presente (por ejemplo la sentencia número 1554-2009, dictada a las diez horas quince minutos del diez de agosto de dos mil nueve y la número 2168-2009 dictada a las siete horas con cuarenta y cinco minutos del seis de octubre del dos mil nueve, entre otras emitidas por esta Sección Sexta de este Tribunal). Justamente, en estas resoluciones este órgano jurisdiccional llegó a la conclusión que el régimen de prohibición que se regula en el artículo 14 de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, abarca a los directores y subdirectores administrativos, y no se incluyen dentro de este régimen a las personas que ocupen un puesto de jefatura en otras áreas, unidades, departamentos o dependencias que no sean administrativas. Este criterio se extrae de las sentencias indicadas en las cuales textualmente, se resolvió lo siguiente:

***"III.- SOBRE EL INCENTIVO ECONÓMICO DE PROHIBICIÓN QUE REGULA LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. De pleno inicio, es menester distinguir entre el régimen de dedicación exclusiva y el de prohibición en el régimen de empleo público. La primera,***

resulta del acuerdo entre la Administración Pública y el funcionario público. Es decir, el empleado solicita que se le pague ese incentivo económico, bajo el compromiso de dedicarse exclusivamente al ejercicio de las funciones del cargo para el cual fue contratado, renunciando al ejercicio privado de su profesión. El ente o órgano para el cual trabaja tendrá siempre discrecionalidad para disponer si el cargo ocupado requiere de esa dedicación y determinará si la otorga o no. Si la aceptara, se suscribe un convenio o contrato de dedicación exclusiva. Por tratarse de una liberalidad de la Administración, la base de su otorgamiento resulta siempre discrecional y normalmente proviene de dos fuentes. Por regla general es consensual, pero en algunos casos se regula vía reglamentaria. Cabe señalar, eso sí, que una vez concedida la fijación del porcentaje correspondiente se basa en criterios objetivos como lo son los requisitos, las tareas y las responsabilidades propias de un determinado cargo, debiendo ser superior el porcentaje entre mayor sea el nivel de complejidad y de responsabilidad de las funciones propias del puesto. Por otra parte, la prohibición es un incentivo económico que se les cancela a los funcionarios públicos a efectos de que éstos no presten sus servicios en otras instituciones públicas o privadas. Así, el régimen de prohibición se constituye en un impedimento al ejercicio liberal de los profesionales y en una restricción o limitación al derecho fundamental al trabajo que consagra nuestra Constitución Política en su numeral 56. Precisamente por ello es que la jurisprudencia judicial y administrativa ha señalado en forma conteste que su regulación está reservada a la Ley, la cual debe interpretarse restrictivamente. Esto toda vez que la prohibición no es una liberalidad patronal sino una imposición legal propia del puesto que se ocupa, pues se trata de una incompatibilidad entre el ejercicio de la función pública y el de la profesión privada, por un eventual choque de intereses entre ambas, que podría poner al funcionario en cierto grado de parcialidad a la hora de resolver, situación que en tutela de los principios de legalidad, transparencia y eficiencia, entre otros, no debe darse. Por el contrario, como se explicó, la dedicación exclusiva si es una liberalidad, en el entendido que la Administración Pública la otorga como una medida de organización de acuerdo con la naturaleza de las funciones de aquellas clases de puestos en las que estime conveniente que sus titulares no puedan ejercer externamente funciones afines a su cargo. Ahora bien, en lo que interesa la Ley No. 8422, de 6 de octubre de 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública dispone en su artículo 14 lo siguiente: "...**Prohibición para ejercer profesiones liberales.** No podrán ejercer profesiones liberales, el presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, el fiscal general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, sus respectivos intendentes, así como los alcaldes municipales y los subgerentes y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública, así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público. Dentro del presente Artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan

requisito para ocupar el respectivo cargo público. De la prohibición anterior se exceptúan la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. En tales casos, no deberá afectarse el desempeño normal e imparcial del cargo; tampoco deberá producirse en asuntos que se atiendan en la misma entidad pública o Poder del Estado en que se labora..." Asimismo, el numeral 15 de la misma Ley dispone que "...Salvo que exista un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica por la aplicación del Artículo anterior será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo..." Como desarrollo a estas disposiciones legales, los ordinales 27 y 31 del Decreto Ejecutivo No. 32333, Reglamento a citada Ley No. 8422, regulan el régimen de prohibición. Al efecto, establece el numeral 27 que "...No podrán ejercer profesiones liberales, el Presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados propietarios tanto del Poder Judicial como del Tribunal Supremo de Elecciones (incluidos en este último caso los que asuman tal condición con arreglo a lo que establece el artículo 100 de la Constitución Política), los ministros y viceministros de gobierno, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Defensor y el Defensor adjunto de los Habitantes, el Procurador general y el Procurador General adjunto de la República, el Regulador General de la República, el Fiscal General de la República, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes generales y los gerentes y subgerentes que orgánicamente dependan de éstos, así como los directores y subdirectores generales de los órganos desconcentrados, y también los directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencias -según la nomenclatura interna que corresponda- administrativas de la Administración Pública, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones y sus respectivos intendentes, los alcaldes municipales, los auditores y los subauditores internos -sin importar la nomenclatura que éstos reciban siempre que realicen funciones y tareas como tales- de la Administración Pública. También quedarán cubiertos por esta prohibición los jefes o encargados de las áreas, unidades o dependencias de proveeduría del sector público. Para tal efecto, la mención que el artículo 14 de la Ley, hace en cuanto a los directores y subdirectores de departamento, debe entenderse referida exclusivamente a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público. Dentro del presente artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público..." Por su parte, el canon 31 de dicha norma reglamentaria reitera que "...Salvo que exista un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica por el no ejercicio de la profesión liberal, además de las otras que posea el funcionario que no sean requisitos para ocupar el cargo, será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo..." En concordancia con lo desarrollado por la jurisprudencia judicial en el sentido que el reconocimiento de prohibición está reservado a la Ley, la Contraloría General de la República ha señalado que la enumeración de puestos o cargos que establece el artículo 14 de la Ley No. 8422 así como el ordinal 27 de su reglamento, es de carácter taxativa, siendo que no puede ser adicionada ni ampliada vía interpretación. (Ver entre otros el oficio DAGJ.2555-2005 ,de 25 de agosto de 2005, emitido por el órgano

*contralor) Ahora bien, como bien ha sido interpretado y aclarado por la jurisprudencia administrativa el órgano encargado de fiscalizar el manejo de la Hacienda y los fondos públicos, de los antecedentes legislativos puede concluirse con facilidad que cuando los numerales 14 y 27 ibídem indican que dentro de los cargos a los que debe reconocérsele el incentivo económico de la prohibición están "...los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público...", debe entenderse que se refiere, exclusivamente, a las personas encargadas o que ocupen puestos de jefatura en las proveedurías del sector público, ya sea que su cargo se denomine director, jefe, titular o subdirector. Finalmente, debe señalarse que esa misma línea de interpretación es la que expresamente dispone el artículo 27 del Reglamento a la citada Ley No. 8422. Lo anterior implica la imposibilidad de extender ese beneficio económico a cualquier director o subdirector de departamento de cualquier órgano u ente de la Administración Pública. (ver entre otros oficio, el DAGJ-1471-2005, DAGJ-1606-2005 Y DGAJ-0829-2005, todos de División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República) Aclarado lo anterior, es menester también indicar que también se han delimitado los alcances del término "directores administrativos y subdirectores administrativos" que también enlista el canon 14 ya citado. En ese sentido, debe tenerse presente que el numeral 27 del Reglamento a la citada Ley No. 8422 aclara que los sujetos vinculados al pago de prohibición son los "...directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencias-según la nomenclatura interna que corresponda-administrativas de la Administración Pública...". Esta norma reglamentaria hace referencia a las diferentes nomenclaturas que podrían recibir los directores y subdirectores administrativos en la Sector Público, pero deja claro también que los únicos puestos de jefatura cubiertos por el régimen de prohibición que señala el numeral 14 citado, son los directores y subdirectores administrativos; razón por la cual tampoco es viable extender el pago del citado incentivo económico a las personas que ocupen un puesto de jefatura (distintas del que se menciona) en otras áreas, unidades, departamentos o dependencias que no sean administrativas."*

Precisamente, lo resuelto por este mismo Tribunal, tiene plena aplicación al caso que nos ocupa y no existen motivos que justifiquen un cambio del criterio, [...]

Nótese que el mismo demandado, una vez que tuvo conocimiento del criterio legal de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo, en el cual se ha expresado el mismo criterio expuesto por este Tribunal en el sentido que el puesto del accionado no se encuentra cubierto para el pago de la prohibición, solicitó voluntariamente que se le suspendiera el pago de la prohibición a partir del 1º de enero del 2008, que se le reiniciara el pago de la dedicación exclusiva que había cesado desde el 15 de diciembre del 2005, y que se le autorizara un arreglo de pago para cancelar las sumas recibidas de más. Precisamente, a esa solicitud del demandado, por medio del oficio número OM-1568-2007 del 17 de diciembre del 2007, la Oficial Mayor y Directora Administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, le indicó al accionado lo siguiente: "*Le traslado nota DRH-2969-2007, con el visto bueno de este Despacho; sobre suspensión pago prohibición, continuación recibo rubro de Dedicación Exclusiva y arreglo de pago de diferencias salariales*"

Justamente, por el visto bueno dado por la Oficial Mayor y Directora Administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a lo solicitado por el actor, se dio el Acta número 0010-2007, otorgada en la Dirección de Recursos Humanos, a las catorce



horas del dieciséis de enero del dos mil ocho, mediante la cual la Oficial Mayor y Directora General Administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le comunicó al demandado que recibió respuesta de la Dirección de Asuntos Jurídicos de ese Ministerio, mediante oficio DAJ-D-205-2007, referente al pago de prohibición conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el 27 del Reglamento a esa Ley, en el sentido, que si el pago en mención es para todos los funcionarios que ocupan puestos o cargos de Directores o Subdirectores indistintamente que se trate de un Área, Unidad, Departamento o Dirección, a lo que la Dirección de Asuntos Jurídicos, concluyó en lo que interesa:

*"En nuestro caso específico, no cabe duda que únicamente la **Directora Administrativa, el Auditor y Subauditor internos y el Jefe del Departamento de Proveeduría**, están obligados de inhibirse de ejercer su profesión y en su lugar sujetarse al pago de prohibición que establecen los artículos 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el 27 de su Reglamento (...).*

Por lo que se le informó al accionado que el beneficio por concepto de prohibición que le fue concedido, por error involuntario a partir del 15 de diciembre del 2005, jurídicamente no le corresponde, por lo que debía ser suprimido. Precisamente, lo actuado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es jurídicamente lo correcto, ya que el demandado, por una inadecuada interpretación realizada por la misma Administración Pública, le concedió al accionado el pago del 65% por concepto de prohibición, sin tener derecho a ese rubro, desde el 15 de diciembre del 2005 hasta el 31 de diciembre del 2007. Ahora bien, el demandado dentro de este proceso, manifestó que él si tiene derecho al pago de prohibición, alegato que es totalmente improcedente por las siguientes razones: **a)** El mismo accionado conocía el criterio legal de la Dirección de Asuntos Jurídicos, que indicó de forma clara que no tenía derecho al pago de la prohibición de conformidad con lo estipulado en el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el 27 del Reglamento a esa Ley. Por ello, de forma totalmente voluntaria solicitó que se le suspendiera ese pago; **b)** En el Acta número 0010-2007, el demandado textualmente afirma: *"1- Autorizo que me suspenda el rubro por concepto de Prohibición, a partir del 01 de enero del 2008"*; **c)** El demandado no aportó al proceso ningún argumento jurídico que desvirtuara los criterios vertidos en el tema de pago de prohibición, fuertemente externados en la jurisprudencia administrativa y judicial. Por lo tanto, no es de recibo el alegato del demandado que si tiene derecho al pago de la prohibición, lo cual es todo lo contrario de conformidad a todo lo expuesto durante esta sentencia; **4)** Por último, en la actualidad al demandado se le ajustó su situación laboral conforme a derecho, ya que por Acción de Personal número 108003594 del 8 de enero del 2008, al accionado se le reconoció el 55% correspondiente a la Dedicación Exclusiva a partir del 1º de enero del 2008. Es decir, a partir de esa última fecha, cesó el pago del rubro de prohibición. Asimismo, el 1º de abril del dos mil siete, el demandado suscribió con la Oficial Mayor y Directora General Administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, un nuevo Contrato de Dedicación Exclusiva número 004-2007, mediante el cual se le concedió una compensación económica equivalente a un 55% de su salario base por la prestación de servicios de forma exclusiva en su condición académica de Licenciatura en Administración de Negocios, en la clase de puesto de Director de Recursos Humanos 1. Por consiguiente, es claro que el rubro de

prohibición que se le pagó al demandado desde el 15 de diciembre del 2005 hasta el 31 de diciembre del 2007, se realizó por error de interpretación de la Administración Pública actora, por lo que los actos administrativos que reconocieron el pago de prohibición, así como los oficios y acciones de personal que hicieron efectivo el pago de dicho rubro, deben ser declarados nulos. En consecuencia, con base en los criterios externados por este mismo Tribunal, así como los precedentes administrativos, y en aplicación con lo establecido en el artículo 122 inciso a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, se declara con lugar la demanda interpuesta por **El Estado** contra **B R** , en cuanto a la pretensión de declarar nulos por ser lesivos a los intereses públicos y económicos del Estado a los siguientes actos administrativos: **a)** Oficio No. OM-521-2006 del 8 de junio de 2006, en el que la Oficial Mayor y Directora Administrativa da el visto bueno para que al señor B R se le reconozca el pago por concepto de prohibición, según el artículo 27 del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, e instruye para que se haga la inclusión en la planilla correspondiente; **b)** Oficio No. PROH-022-2006 del 8 de junio de 2006, suscrito por las señoras M R P, Oficial Mayor y Directora Administrativa; Isabel Acuña Castro por la Unidad Jurídico Laboral y que cuenta con el visto bueno de la señora E P M, Encargada de Unidad de Registro e Información del Departamento de Recursos Humanos, extendido con ocasión del reconocimiento del pago de 65% del salario base por concepto de prohibición a favor del señor B R; **c)** Acción de personal No. 606004507 del 8 de junio de 2006, que cuenta con el visto bueno de la delegada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, la señora M R P, en la que se indica que el reconocimiento del pago por concepto de prohibición al funcionario Bolaños Ramírez, rige a partir del 1º de junio de 2006; **d)** Acción de personal No. 2006-190 del 9 de junio de 2006, que cuenta con el visto bueno del Ministro de Trabajo y Seguridad Social a.i., el señor G M C, que señala que por encontrarse vencido el período 2005 (del 15 de diciembre al 31 de diciembre del 2005), las diferencias salariales por concepto de prohibición generadas en ese lapso a favor del señor B R, deben cancelarse por resolución administrativa; **e)** Acción de personal interna No. 606001020 del 16 de junio de 2006, suscrita por el Director de Recursos Humanos y por la Oficial Mayor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la que se ordena pagar las diferencias salariales por concepto de prohibición del período del 1 de enero al 31 de mayo de 2006, al señor Bolaños Ramírez; **f)** Resolución No. 915-2006 de las 12 horas del 7 de julio de 2006, del Despacho del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto al extremo que le reconoce y ordena girar la suma de ¢19.357,33 por concepto de diferencias de prohibición al funcionario B R, por el período del 15 al 31 de diciembre de 2005, dado el cambio de categoría del puesto que pasó a ocupar en ese momento dicha persona; **g)** Así como todos aquellos actos administrativos expresos y los implícitos que sean anteriores, posteriores o que se desprendan de los actos administrativos declarados lesivos en este proceso, así como los que sean reproducción, confirmación o ejecución de los mismos, por existir conexión directa.”

#### **4. Fines de la remuneración en el empleo público: Alcances con relación a la Ley de corrupción y enriquecimiento ilícito**

[Sala Segunda]<sup>v</sup>

Voto de mayoría

“ II.- El instituto de la prohibición supone una restricción al ejercicio profesional (véase artículos 56 y 74 de la Constitución Política), pues los funcionarios o empleados sujetos a ésta se encuentran imposibilitados en forma absoluta para el ejercicio de otros cargos públicos, así como para desempeñar, en la empresa privada, actividades relativas a los puestos que ocupan en la Administración Pública e inclusive ajenas a esos puestos, salvo las excepciones que la propia norma establece, a saber: el desempeño de la docencia o la defensa de intereses personales o de sus parientes cercanos. Lo anterior es así, en tutela del interés público y con sustento en un alto contenido ético, tendiente a impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades en el campo privado, pues con ello se podría afectar la necesaria intensidad en el cumplimiento de las actividades propias de la función, o bien, generarse una indeseable confusión, en los intereses de uno u otro campo (el privado y el público), lo que eventualmente supondría que los intereses públicos se sacrificaran en pro de intereses privados. Así, según se desprende de lo expuesto, la prohibición (incompatibilidad originada en la relación de empleo público, para determinados cargo de rango profesional o académico) constituye una limitación a un derecho fundamental (numerales 56 y 74 citados) y, por ende, su establecimiento debe estar reservado a la ley. Además, el reconocimiento de una compensación económica para retribuir esa restricción requiere, en forma adicional, que la norma creadora de la limitación (prohibición) u otra, prevea esa posibilidad (la retribución económica) (Sala Segunda, sentencias n°s 1056 de las 8:55 horas, del 19 de diciembre de 2008 y 231 de las 9:35 horas, del 20 de marzo de 2009). Jurisprudencialmente se ha considerado que esta institución jurídica opera automáticamente, es decir, no se encuentra dentro de las facultades del funcionario solicitarla o renunciarla, ni tampoco puede la Administración otorgarla en forma discrecional. Es consubstancial a la relación de trabajo por disposición de la ley y, consecuentemente, inherente a la relación de servicio (entre muchos otros, los votos de la Sala Constitucional, n°s 1396 de las 14:31 horas, del 22 de marzo; 3370 de las 10:30 horas, del 5 de julio y 4494 de las 11:18 horas, del 30 de agosto, todas de 1996 y de la Sala Segunda, los n°s 171 de las 14:30 horas, del 3 de noviembre de 1989; 333 de las 10:30 horas, del 27 de octubre de 1999 y 141 de las 9:10 horas, del 26 de marzo de 2003). Históricamente en nuestro país algunos servidores públicos se han encontrado imposibilitados, en virtud del instituto de la prohibición, para el ejercicio profesional privado (a modo de ejemplo, véase entre muchos otros, los numerales 118 -antes 113- del Código de Normas y Procedimientos Tributarios; 9 y 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículo 34 de la Ley General de Control Interno y 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito), no obstante la compensación económica para retribuir esa prohibición surgió a partir de la promulgación de la Ley n° 5867 del 15 de diciembre de 1975. Posteriormente se emitieron una serie de leyes mediante las cuales se extendió el reconocimiento de esa retribución económica a casi todos los funcionarios que

tuviesen, en razón de sus cargos, una prohibición específica para el ejercicio de la profesión (véase entre muchas otras, las Leyes n°s 6008 del 9 de noviembre de 1976; 6222 del 2 de mayo de 1978; 6451 del 1 de agosto de 1980; 6999 del 3 de setiembre de 1985; 9097 del 18 de agosto de 1988; 6995 del 22 de julio de 1985; 6982 del 19 de diciembre de 1984; 7015 del 22 de noviembre de 1985; 7018 del 20 de diciembre de 1985; 7097 del 18 de agosto de 1988; 7111 del 12 de diciembre de 1988, 7108 del 8 de noviembre de 1988; 7333 del 5 de mayo de 1993; 7896 del 30 de julio de 1999, 8292 del 31 de julio de 2002 y 8422 del 6 de octubre de 2004). Precisamente, en torno al caso que nos ocupa, los numerales 14 y 15 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública contemplan aquella incompatibilidad de los funcionarios públicos ahí enumerados para ejercer liberalmente las profesiones que ostentan (artículo 14) así como la retribución económica correspondiente a ésta (la restricción o limitación) (artículo 15). Así, el artículo 14 regula: “**Prohibición para ejercer profesiones liberales.** No podrán ejercer profesiones liberales, el presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, el fiscal general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, sus respectivos intendentes, así como los alcaldes municipales y los subgerentes y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública, así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público. Dentro del presente artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público./ De la prohibición anterior se exceptúan la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. En tales casos, no deberá afectarse el desempeño normal e imparcial del cargo; tampoco deberá producirse en asuntos que se atiendan en la misma entidad pública o Poder del Estado en que se labora”. Por otra parte, el numeral 15 dispone: “**Retribución económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales.** Salvo que existe un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica por la aplicación del artículo anterior será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto específica”. Y si bien es cierto, dicha ley prevé su reglamentación cuando establece: “El Poder Ejecutivo deberá reglamentar la presente Ley, dentro de los seis meses posteriores a su entrada en vigencia. Para la promulgación y reforma del Reglamento deberá procurarse la opinión de la Contraloría General de la República, cuyo proyecto se le remitirá oportunamente, a fin de que formule sus observaciones. La falta de reglamentación no impedirá la aplicación de esta Ley ni su obligatoria observancia, en cuanto sus disposiciones sean suficientes por sí mismas para ello”, lo así dispuesto no podría afectar aquella prohibición fijada legalmente, pues tal y como se dijo, en la materia opera el principio de reserva legal, al encontrarse involucrado un derecho fundamental del ser humano. En ese sentido, la

Sala constitucional ha sostenido: “**SOBRE LAS LIMITACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES.**- Este Tribunal Constitucional ha reconocido que el ejercicio de los derechos fundamentales no es irrestricto, ni absoluto, sino que, es posible y válido establecer ciertas limitaciones, que sin vaciar su contenido esencial, permita una mayor consecución del interés general. Conforme al artículo 28 de la Constitución Política, resulta posible establecer regulaciones o límites en atención a la moral, el orden público y los derechos de terceros. Al desarrollar este principio, la Sala ha indicado lo siguiente: /1. Es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar, en razón de que se desarrollan dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social; y en segundo, en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza. Estos límites se refieren al derecho en sí, es decir, a su contenido específico, de manera tal que la Constitución al consagrar una libertad pública y remitirla a la ley para su definición, lo hace para que determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión. Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones...’. (...). Asimismo, sobre el principio de reserva legal, en cuanto a la regulación y limitación de los derechos fundamentales, esta Sala dispuso, lo siguiente: /“(...) **a.) El principio mismo de «reserva de ley», del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; /b.) Que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su «contenido esencial»; /c.) Que ni aún en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial; /d.) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley (...).’ (Sentencia N° 2175-96 de las 9:06 hrs. del 10 de mayo de 1996)” (voto n° 2448 de las 11:59 horas, del 24 de febrero de 2006). A lo anterior, debe agregarse, con vista en el Decreto Ejecutivo n° 32333 del 12 de abril de 2005 (Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública), que lo reglamentado, en sentido estricto, fue: el derecho del ciudadano a denunciar; la admisibilidad y el trámite de las denuncias (véase que conforme al numeral 9 de la Ley, la Contraloría General de la República determinará los procedimientos para la atención, admisibilidad y trámite de las denuncias presentadas), el plazo de la Contraloría General de la**

República para resolver las solicitudes para el desempeño simultaneo de cargos remunerados y para el trabajo extraordinario; el plazo para gestionar el levantamiento de incompatibilidades y para resolverlas; el deber y el plazo para informar sobre la recepción de donaciones y obsequios; las dudas sobre la valoración de éstas, su registro y demás particularidades sobre su destino amén de los sujetos obligados a presentar declaración jurada. No es cierto que el artículo 27 cubriera aquella alegada “deficiencia” de la ley respecto de la que la representación del accionado afirma: “*En otras palabras, la especificidad de cada puesto en la Administración Pública y las distintas nomenclaturas que se le dan a estos, deben ser concordantes con la ‘voluntad’ del legislador plasmada en la Ley, máxime que el régimen de prohibición le impone una limitación al funcionario, por lo que es de suyo necesario, tener bien definida la población afecta con esa norma*”, pues al efecto en ese numeral se recoge: “*y también los directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencias -según la nomenclatura interna que corresponda- administrativas de la Administración Pública*”, es decir, no concretó -pese a que esa fue su acusación frente a la ley- la población afecta o cubierta con la norma, toda vez que en ella se recoge “*según la nomenclatura interna que corresponda*”. Así, lo único que se reguló sobre el tema fue la obligación de cumplir la jornada ordinaria por parte del servidor al que se autoriza, por reglamentación interna, a ejercer la docencia en centros de educación superior en horas que coinciden con el horario de trabajo de las instituciones o empresas públicas, estableciéndose también la obligación de los jefes de fijar los mecanismos idóneos para garantizarlo. En todo caso, debe contemplarse, a su vez, que un reglamento, como el que nos ocupa (Decreto Ejecutivo n° 32333), se constituye en una norma orientada a hacer posible la aplicación práctica y precisa de la ley dentro de las condiciones y supuestos que ésta regula. Consecuentemente, no puede contrariar la ley de la que depende y en la que se funda, es decir, no podría un reglamento, entre otros aspectos, complicar los modos de adquisición de los derechos cuyos supuestos se hallan regulados por la ley; suprimir en todo o parte el contenido de un derecho creado por la ley; imponer deberes que la ley no impone, o aumentar el número de obligaciones o sujeciones que los deberes legales contienen; o complicar los modos de nacimiento de estos deberes agregando nuevos requisitos que la ley no contiene (véase Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, Tomo I, 2002, pp.274 a 285). Así las cosas, no es correcto que se diga que la definición de los puestos afectos a prohibición y su aplicación concreta al actor, era un asunto que debía ventilarse y corregirse en la vía administrativa conforme a los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico administrativo, pues como se dijo, la ley (en su numeral 14) definió la población de funcionarios inmersos en la prohibición, amén de que ésta, en virtud del principio de reserva legal, era la única autorizada para imponer una limitación o restricción de tal naturaleza. Por ello, su aplicación, a partir de la correspondiente publicación en el Diario Oficial La Gaceta, fue automática e inmediata (contrario a lo afirmado por el demandado) y, por consiguiente, la imposibilidad de los servidores contemplados en el numeral 14 de la Ley surgió a partir de ese momento así como su derecho a percibir la respectiva retribución económica (artículo 15 de la ley) prevista como compensación a aquella limitación. Por otra parte, la defensa del accionado, sustentada en el transitorio VI del reglamento, que en su texto dispone: “*En el caso de los cargos señalados en el artículo 14 de la Ley, respecto de los cuales en el presente Reglamento se establezca los alcances de la cobertura a la prohibición legal, tal y como ocurre con el caso de*

*gerentes, subgerentes, directores y subdirectores de departamento, así como los titulares de las proveedurías del sector público, la prohibición para el ejercicio de profesionales liberales y la correspondiente compensación económica, regirán a partir de la entrada en vigencia del presente reglamento”, no resulta sostenible, no sólo porque el reglamento en cuanto a lo establecido en el numeral 14 citado no podía establecer supuestos distintos a los fijados ahí sino también porque esa disposición - por lo dicho- contraviene la letra de la ley y, en tal sentido, resulta imperativo no aplicarlo, al tenor del artículo 8 inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al respecto, esta Sala en la sentencia n° 114 de las 14:10 horas, del 14 de agosto de 1990 señaló: “En relación, el artículo 8, inciso 2° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ordena lo siguiente: “no podrán los funcionarios que administran justicia: ...2) Aplicar decretos, reglamentos, acuerdos y otras disposiciones que sean contrarias a la ley”. Como corolario de lo expuesto, no es de recibo la argumentación esgrimida por el recurrente, en el sentido de que el Reglamento en cuestión tiene que ser aplicado, hasta que no sea declarada su inconstitucionalidad o ilegalidad en la vía correspondiente. Todo lo contrario, ante una situación tal, como la que envuelve el presente caso, la obligación del Juzgador es la de resolver como lo ha hecho el Tribunal Superior de Trabajo, al declarar no aplicable en la especie la disposición reglamentaria en cuestión. Obsérvese que ese mismo principio inspira al artículo 2 del Código Civil, el cual reza: “Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior”. Sobre el mismo tema, ha dicho la antigua Sala de Casación, en su sentencia número 30 del año 1968, que “Las Leyes especiales -y la de comentario, a saber, la número 6835, lo es- sólo pueden ser modificadas o derogadas expresamente por otra ley” (en igual sentido, véase entre otras las resoluciones n°s 4 de las 9:00 horas, del 17 de enero; 54 de las 15:00 horas, del 18 de marzo; 269 de las 9:10 horas, del 30 de octubre y 295 de las 9:10 horas, del 9 de diciembre, todas de 1992 y 103 de las 9:30 horas, del 19 de mayo de 1993). Además de lo expuesto, cabe agregar que dada la condición del actor como Director General de la División Administrativa del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (véase resolución de ese Ministerio de las 13:50 horas, del 15 de marzo de 2006, a folios 7 a10 y certificación, a folio 87), se encontraba en los supuestos expresos contemplados por el numeral 14 ídem, a saber: “los subgerentes y los subdirectores administrativos” así como “los directores y subdirectores de departamento”, sin que al efecto resulten aplicables a éste (al actor) aquellas apreciaciones de la representación del accionado - tendientes a justificar la necesaria aplicación del reglamento al caso del demandante-, cuando en la contestación de la demanda refirió: “...dado que las personas que ostentan un puesto de jefatura en las áreas o unidades administrativas, no necesariamente ostentan la condición de directores, y que de igual forma, estas áreas o unidades administrativas no necesariamente están estructuradas u organizadas como direcciones, o bien tiene una nomenclatura diversa, la norma reglamentaria reconoce estas situaciones y por ello echa mano de una redacción bastante general, sin embargo única y exclusivamente referida a las, áreas, unidades, departamentos, dependencias o cualesquiera otra nomenclatura que se utilice, administrativas en la persona de su director o su subdirector, no siendo extensiva la prohibición entonces a personas que ocupen un puesto de jefatura en áreas, unidades departamento o dependencias que no sean administrativas, lo cual reiteramos no constituye una novedad del reglamento sino una regulación prevista en la Ley (folio 31)”, pues precisamente -como se dijo- éste ocupaba un puesto de dirección administrativa en el*

mencionado ministerio. Asimismo, como lo reconoce el propio demandado y conforme se explicó antes, el presupuesto normativo en el cual la Administración ha pretendido ubicar a don Orlando (alegando la necesaria existencia de un reglamento y con ello la aplicación de su transitorio VI) *“no constituye una novedad del reglamento sino una regulación prevista en la Ley”* (véase que incluso por todo lo que reiteradamente se ha examinado, la posibilidad de una novedad en dicho ámbito estaba limitada. Además, como eso es así debió hacer el pago correspondiente a partir de la vigencia de la ley, pues ya a partir de entonces regía aquella prohibición para el servidor), lo que contradice su argumento de que *“...el numeral 14 de la Ley n° 8422, no es un precepto de aplicación automática, dado que, para su aplicación, requería de la precisión de la norma reglamentaria,...”* ( folio 33. Véase manifestaciones en recurso ante la Sala, a folios 155 a 167). Del mismo modo, no es cierto cuando el accionado argumentó: *“...no estamos en presencia de un supuesto donde la norma reglamentaria contradice, en forma evidente y manifiesta, un precepto legal, situación, que en caso de presentarse, y tal y como lo ha sostenido esta Procuraduría General de la República, habría que optar por la norma legal, y no por la reglamentaria, que no es el caso”*, pues con fundamento en el transitorio VI del Reglamento, aplicado a este asunto por el demandado, se dejó sin efecto aquella disposición legal que fijaba su rige a partir de la publicación en el Diario Oficial La Gaceta, lo cual tuvo lugar el día 29 de octubre de 2004 (véase al efecto los numerales 129 de la Constitución Política y 7 del Código Civil) y sin que justifique esa medida la necesidad de una definición de su ámbito de cobertura por vía reglamentaria, pues, según se explicó, se trata de una materia reservada a la ley (aquí está involucrado un derecho fundamental, a cuyos efectos es importante observar lo dispuesto en los artículos 56 y 74 de la Constitución Política). A su vez, aquella circular de la Dirección General de Servicio Civil dirigida a directores y encargados de oficinas desconcentradas del servicio civil tampoco constituye un fundamento para la actuación administrativa, denegatoria del derecho pretendido por el actor, cuando dispuso: *“Se comunica a las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil, que es criterio de esta Dirección General que el reconocimiento de la prohibición para el ejercicio profesional establecido en los numerales 14 y 15 de la Ley N° 8422, deberá aplicarse una vez publicado en respectivo reglamento a dicha ley”* (circular n° DG-00-2004, a folios 51 a 52), pues supuso una desaplicación *“temporal”* de una disposición legal vigente a partir de su publicación. Véase que esa circular ni siquiera precisó los conceptos que requerían de la reglamentación para proceder a su aplicación, pues tan sólo sostuvo que esa dependencia *“...ha estado recibiendo consultas por parte de las diversas instituciones, en el sentido de los contenidos de los artículos 14 y 15 supracitados”* (véase considerando 6 de la referida circular) y en tal sentido, dispuso la aplicación del reconocimiento contenido en los numerales 14 y 15 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública hasta la publicación del reglamento a dicha ley, circunstancia que, sin lugar a dudas, no podría prevalecer frente a la disposición expresa de la ley (véase artículos 6 de la Ley General de la Administración Pública y 8 inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En sentido similar, el numeral 2 del Código Civil)-.”



## 5. Distinción entre el régimen de dedicación exclusiva y el de prohibición en el empleo público

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI]<sup>vi</sup>

Voto de mayoría

**“III.- Sobre el incentivo económico de prohibición que regula la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.** El objeto medular de este proceso estriba en la determinación de la procedencia o no del régimen de prohibición a favor de la demandada y como derivado de ello, su deber de devolver o no las diferencias que se corresponden al 10% de diferencia que se establece entre la alícuota pertinente a la dedicación exclusiva y el percentil de la prohibición. Sobre la diferencia entre ambas figuras de incrementos o pluses salariales, este Tribunal, entre otras, en la resolución No.1554 -2009 de las 10 horas 15 minutos del 10 de agosto del 2009 señaló sobre este punto en particular: *" De pleno inicio , es menester distinguir entre el régimen de dedicación exclusiva y el de prohibición en el régimen de empleo público. La primera, resulta del acuerdo entre la Administración Pública y el funcionario público. Es decir, el empleado solicita que se le pague ese incentivo económico, bajo el compromiso de dedicarse exclusivamente al ejercicio de las funciones del cargo para el cual fue contratado, renunciando al ejercicio privado de su profesión. El ente o órgano para el cual trabaja tendrá siempre discrecionalidad para disponer si el cargo ocupado requiere de esa dedicación y determinará si la otorga o no. Si la aceptara, se suscribe un convenio o contrato de dedicación exclusiva. Por tratarse de una liberalidad de la Administración, la base de su otorgamiento resulta siempre discrecional y normalmente proviene de dos fuentes. Por regla general es consensual, pero en algunos casos se regula vía reglamentaria. Cabe señalar, eso sí, que una vez concedida la fijación del porcentaje correspondiente se basa en criterios objetivos como lo son los requisitos, las tareas y las responsabilidades propias de un determinado cargo, debiendo ser superior el porcentaje entre mayor sea el nivel de complejidad y de responsabilidad de las funciones propias del puesto. Por otra parte, la prohibición es un incentivo económico que se les cancela a los funcionarios públicos a efectos de que éstos no presten sus servicios en otras instituciones públicas o privadas. Así, el régimen de prohibición se constituye en un impedimento al ejercicio liberal de los profesionales y en una restricción o limitación al derecho fundamental al trabajo que consagra nuestra Constitución Política en su numeral 56. Precisamente por ello es que la jurisprudencia judicial y administrativa ha señalado en forma conteste que su regulación está reservada a la Ley, la cual debe interpretarse restrictivamente. Esto toda vez que la prohibición no es una liberalidad patronal sino una imposición legal propia del puesto que se ocupa, pues se trata de una incompatibilidad entre el ejercicio de la función pública y el de la profesión privada, por un eventual choque de intereses entre ambas, que podría poner al funcionario en cierto grado de parcialidad a la hora de resolver, situación que en tutela de los principios de legalidad, transparencia y eficiencia, entre otros, no debe darse. Por el contrario, como se explicó, la dedicación exclusiva si es una liberalidad, en el entendido que la Administración Pública la otorga como una medida de organización de acuerdo con la naturaleza de las funciones de aquellas clases de puestos en las*

que estime conveniente que sus titulares no puedan ejercer externamente funciones afines a su cargo. Ahora bien, en lo que interesa la Ley No.8422, de 6 de octubre de 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública dispone en su artículo 14 lo siguiente: "...**Prohibición para ejercer profesiones liberales.** No podrán ejercer profesiones liberales, el presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, el fiscal general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, sus respectivos intendentes, así como los alcaldes municipales y los subgerentes y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública, así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público. Dentro del presente Artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público. De la prohibición anterior se exceptúan la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. En tales casos, no deberá afectarse el desempeño normal e imparcial del cargo; tampoco deberá producirse en asuntos que se atiendan en la misma entidad pública o Poder del Estado en que se labora..."

Asimismo, el numeral 15 de la misma Ley dispone que "...Salvo que exista un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica por la aplicación del Artículo anterior será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo..." Como desarrollo a estas disposiciones legales, los ordinales 27 y 31 del Decreto Ejecutivo No. 32333, Reglamento a citada Ley No. 8422, regulan el régimen de prohibición. Al efecto, establece el numeral 27 que "...No podrán ejercer profesiones liberales, el Presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados propietarios tanto del Poder Judicial como del Tribunal Supremo de Elecciones (incluidos en este último caso los que asuman tal condición con arreglo a lo que establece el artículo 100 de la Constitución Política), los ministros y viceministros de gobierno, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Defensor y el Defensor adjunto de los Habitantes, el Procurador general y el Procurador General adjunto de la República, el Regulador General de la República, el Fiscal General de la República, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes generales y los gerentes y subgerentes que orgánicamente dependan de éstos, así como los directores y subdirectores generales de los órganos desconcentrados, y también los directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencias -según la nomenclatura interna que corresponda- administrativas de la Administración Pública, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones y sus respectivos intendentes, los alcaldes municipales, los auditores y los subauditores internos -sin importar la nomenclatura que éstos reciban siempre que realicen funciones y tareas como tales- de la Administración Pública. También quedarán

*cubiertos por esta prohibición los jefes o encargados de las áreas, unidades o dependencias de proveeduría del sector público. Para tal efecto, la mención que el artículo 14 de la Ley, hace en cuanto a los directores y subdirectores de departamento, debe entenderse referida exclusivamente a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público. Dentro del presente artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público...."*

*Por su parte, el canon 31 de dicha norma reglamentaria reitera que "...Salvo que exista un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica por el no ejercicio de la profesión liberal, además de las otras que posea el funcionario que no sean requisitos para ocupar el cargo, será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo..." En concordancia con lo desarrollado por la jurisprudencia judicial en el sentido que el reconocimiento de prohibición está reservado a la Ley, la Contraloría General de la República ha señalado que la enumeración de puestos o cargos que establece el artículo 14 de la Ley No. 8422 así como el ordinal 27 de su reglamento, es de carácter taxativa, siendo que no puede ser adicionada ni ampliada vía interpretación. (Ver entre otros el oficio DAGJ.2555-2005, de 25 de agosto de 2005, emitido por el órgano contralor) Ahora bien, como bien ha sido interpretado y aclarado por la jurisprudencia administrativa el órgano encargado de fiscalizar el manejo de la Hacienda y los fondos públicos, de los antecedentes legislativos puede concluirse con facilidad que cuando los numerales 14 y 27 ibídem indican que dentro de los cargos a los que debe reconocérsele el incentivo económico de la prohibición están "...los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público...", debe entenderse que se refiere, exclusivamente, a las personas encargadas o que ocupen puestos de jefatura en las proveedurías del sector público, ya sea que su cargo se denomine director, jefe, titular o subdirector. Finalmente, debe señalarse que esa misma línea de interpretación es la que expresamente dispone el artículo 27 del Reglamento a la citada Ley No. 8422. Lo anterior implica la imposibilidad de extender ese beneficio económico a cualquier director o subdirector de departamento de cualquier órgano u ente de la Administración Pública. (Ver entre otros oficios, el DAGJ-1471-2005, DAGJ-1606-2005 Y DGAJ-0829-2005, todos de División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República) Aclarado lo anterior, es menester también indicar que también se han delimitado los alcances del término "directores administrativos y subdirectores administrativos" que también enlista el canon 14 ya citado. En ese sentido, debe tenerse presente que el numeral 27 del Reglamento a la citada Ley No. 8422 aclara que los sujetos vinculados al pago de prohibición son los "...directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencias-según la nomenclatura interna que corresponda-administrativas de la Administración Pública...". Esta norma reglamentaria hace referencia a las diferentes nomenclaturas que podrían recibir los directores y subdirectores administrativos en la Sector Público, pero deja claro también que los únicos puestos de jefatura cubiertos por el régimen de prohibición que señala el numeral 14 citado, son los directores y subdirectores administrativos; razón por la cual tampoco es viable extender el pago del citado incentivo económico a las personas que ocupen un puesto de jefatura (distintas del que se menciona) en otras áreas, unidades, departamentos o dependencias que no sean administrativas. "Ese mismo criterio fue externado por este órgano colegiado en el fallo 2168-2009 de las 7 horas*

45 minutos del 6 de octubre del 2009. El análisis que se expone en dichos precedentes de esta Sección Sexta es plenamente atinente al caso bajo examen y exponen de manera clara la posición de este colegio respecto de la diferencia entre las figuras objeto de disputa. No se han aportado en la especie, alegaciones que justifiquen una variación de criterio sobre el particular, por lo cual, se parte de esa base para el examen de este litigio.”

## **6. Beneficio salarial por prohibición: Concepto, finalidad y requisitos para que proceda el pago a trabajador municipal**

[Sala Segunda]<sup>vii</sup>

Voto de mayoría

**“III.- PROHIBICIÓN Y ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA:** Para que proceda el reconocimiento de una compensación económica derivada de la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión es necesario que una norma establezca esa prohibición y, además, que esa misma disposición -u otra de rango legal- acuerde el pago de la compensación respectiva. En otros términos, para reconocer la compensación económica de cita no basta con que exista una prohibición, sino que es necesario, adicionalmente, que esté normativamente dispuesta la posibilidad de otorgar como consecuencia de ello una retribución económica. Distintas normas han concedido a diversos servidores públicos el derecho a disfrutar el 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”*** (el resaltado es de quien redacta). Esa disposición dio origen a la Ley n° 5867, de 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 tal concepto, para el personal de la Administración Tributaria, que por razón de sus cargos, se encuentre sujeto a la prohibición contenida en el artículo 113 (hoy 118) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Luego mediante normativas especiales, en un contexto público y sectorial, se fue extendiendo el pago de esa prohibición, a otros servidores. 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 lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades en el campo privado, cuando resultan inconvenientes, porque puede afectar la necesaria intensidad de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una indeseable confusión de intereses en detrimento de la objetividad que debe privar siempre en la función pública. Como puede notarse de este recuento histórico, la legitimación para el reclamo del plus salarial de prohibición surge de las leyes que determinan los destinatarios de ese rubro salarial. Tómese en cuenta, además, que existen dos presupuestos importantes para la procedencia, en estricto sentido, del pago de la mencionada compensación económica, a saber: que la plaza ocupada por el funcionario se encuentre afectada 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. Ahora bien, no todos los funcionarios que ocupen puestos en las unidades conocidas como “*administraciones tributarias*” son destinatarios del plus salarial por prohibición pues, como lo indica en su artículo 1º la ley que originó este 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 canon 118 (anterior 113) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios reza: “*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 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) 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” (énfasis agregado), definiendo al “*sujeto activo*” como el ente acreedor del tributo. El eventual derecho de los funcionarios municipales a percibir el plus por prohibición deriva precisamente del hecho de que esas corporaciones se enmarcan dentro del concepto de *administración tributaria*, pues se conciben como un “*sujeto activo*”, en los términos del precepto transcrito, dado que está claro que dichas entidades son acreedoras de tributos. Si bien a partir de la vigencia del actual Código Municipal (Ley n° 7794 de 30 de abril de 1998) se concibió a los municipios 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 contemplan, 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*” (énfasis agregado), la condición de sujeto activo acreedor de tributos la ostentan las municipalidades por disposición constitucional (artículos 170 y 121 inciso 13) y así estaba concebida desde el Código Municipal anterior (Ley n° 4574 vigente a partir del 1° de enero de 1971), ya que en el artículo 4 de dicho cuerpo normativo 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 ordinal 21 se fijaba como competencia del Concejo Municipal, entre otras, la de acordar los presupuestos, establecer las contribuciones y tasas y proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales a la Asamblea Legislativa. De lo anterior se desprende que 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. La definición de los puestos concretos a los cuales les corresponde el pago de la prohibición es un asunto de competencia exclusiva de la administración municipal, para lo cual cada una de esas corporaciones debe dictar su propio reglamento, tomando como parámetro lo que la ley señala para estos efectos.

**IV.- CASO DE LA ACTORA:** En primer lugar, debe desecharse el argumento de la recurrente según el cual, como ella ocupa un puesto de jefatura, le resulta aplicable el canon 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (n° 8422 de 6 de octubre del 2004), que dice: “***Prohibición para ejercer profesiones liberales.*** No podrán ejercer profesiones liberales, el presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, el fiscal general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, sus respectivos intendentes, así como los alcaldes municipales y los subgerentes y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública, así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público. Dentro del presente Artículo quedan

*comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público (...)*". Lo anterior es así porque la prohibición sobre la cual ha girado el proceso es la que se deriva del artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y la Ley n° 5867, no siendo sino hasta esta tercera instancia rogada que se invoca por primera vez la Ley 8422, lo que les impide a los (as) suscritos (as) pronunciarse al respecto (numerales 608 del Código Procesal Civil y 452 del de Trabajo). Una vez aclarado lo anterior, procede examinar la situación particular de la demandante. En La Gaceta n° 33 del 17 de febrero de 1999 se publicó el *Reglamento del Régimen de Prohibición de la Municipalidad de Alajuela* (vigente a partir de esa data), cuyo primer ordinal estipulaba: "*Estarán sujetos al régimen de prohibición previsto en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, todos los funcionarios que ocupen cargo de jefatura subjefatura (sic) en los diferentes Departamentos de la Municipalidad (...)*". El artículo 4, por su parte, otorgaba por concepto de prohibición un 65% a los licenciados, un 55% a los egresados, un 45% a los bachilleres y un 30% a los diplomados. Fue con base en ese Reglamento, a la sazón vigente, que se le concedió a la actora el plus de prohibición el 1° de abril de 2001 (acción de personal n° 409-RH- 2001 a folio 1 del expediente judicial). El testigo Luis Enrique Abarca Moraga, quien desempeñara el cargo de Coordinador de Recursos Humanos de la demandada (folios 60 a 63) relató que el ayuntamiento se reestructuró en enero del 2004 y "*Básicamente lo que sucedió es que se discutió en los reglamentos lo de la prohibición y dedicación, con esta revisión de estos documentos se definió que algunos departamentos eran atinentes a la prohibición y otros en la dedicación, yo formé parte de esa comisión y el Servicio Civil también dio un criterio sobre esto, en la cual se dejó establecido cuales eran los departamentos que se tenían que quedar en la administración tributaria municipal. En eso se concluyó que el Acueducto comercial era uno de los departamentos que no estaban dentro del pago de prohibición, retomando la reestructuración se creó la Hacienda Municipal que tiene a cargo otros departamentos que están involucrados con lo que es la administración tributaria (...). Dentro de lo que se discutió para no incluir al Departamento de Acueducto Comercial en el pago de la prohibición fue que no tenía que ver con la administración tributaria, porque dentro de las funciones del acueducto comercial está la parte administrativa, trámites de instalación, cortas de agua, quejas de los funcionarios y la coordinación con otros departamentos para el cobro de agua y arreglos de pago. Con lo que se analizó, este departamento de acuerdo a sus funciones no tiene relación con lo tributario"* (sic). Efectivamente, en La Gaceta n° 230 de 24 de noviembre de 2004 salió el nuevo *Reglamento del Régimen de Prohibición de la Municipalidad de Alajuela* (que derogó el de 1999), cuyo primer numeral se lee: "*El presente Reglamento tiene como fin regular el pago por concepto de prohibición a los funcionarios municipales afectados por esa limitación, según las disposiciones del artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el artículo 34 de la Ley General de Control Interno y el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Para los efectos del artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios se entenderá que conforman la Administración Tributaria Municipal las siguientes dependencias: Hacienda Municipal, Administración Tributaria, Bienes Inmuebles, Patentes, Gestión de Cobros*". Luego el ordinal 3 estatuye: "*Estarán sujetos al régimen de prohibición los siguientes funcionarios, siempre y cuando cumplan con el grado académico exigido para el desempeño de su cargo: los abogados municipales que desempeñen funciones íntimamente relacionadas con su profesión, el titular de la*

*auditoría interna y los funcionarios de esa dependencia que realicen labores de fiscalización y control, el encargado de control interno, los directores o encargados de las dependencias que conforman la administración tributaria municipal*". Finalmente, el artículo 6 otorga un 65% de prohibición a los licenciados o personas que ostenten un grado académico superior, un 45% a los egresados a nivel de licenciatura, un 30% a los bachilleres y un 25% a quienes tengan aprobado el tercer año universitario o cuenten con una preparación académica equivalente. El puesto en el que está nombrada la petente, sea el de Jefe del Subproceso Comercial de Acueductos y Alcantarillados (hecho primero de la demanda, contestación de folios 34 a 41 y acción de personal n° 721 de folio 3 bis del expediente judicial) no se ubica dentro de ninguna de las oficinas que configuran la administración tributaria municipal, que es el supuesto de hecho que prevé el Reglamento actual para la procedencia de la prohibición. A folio 77 figura un mapa básico de organización (no objetado por la accionante) en el que aparece, por un lado, el Proceso de Hacienda Municipal, el cual se divide en 5 Subprocesos: Control presupuestario, Contabilidad, Administración Tributaria, Tesorería y Proveeduría. A su vez, el Subproceso de Administración tributaria abarca las siguientes 6 Actividades: Sistema de Servicio al Cliente, Bienes Inmuebles, Gestión de Cobros, Inspección General, Patentes y Oficinas Municipales Regionales. Por otra parte está el Proceso de Acueducto y Alcantarillados Municipales (donde labora la demandante), que tiene 4 Subprocesos: Acueducto Municipal, Diseño y Gestión Proyectos, Comercial y Alcantarrillado Sanitario. Era a la actora a quien le correspondía acreditar que ella realiza tareas directamente vinculadas a la gestión tributaria, mas no lo hizo (ver, en igual sentido, nuestro voto n° 1016-06 de las 9:55 horas, de 3 de noviembre de 2006). Por consiguiente, la señora Chavarría Solano no está cubierta por el Reglamento de Prohibición del 2004, dado que no percibe ni fiscaliza tributos, en los términos del canon 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. El alegato de la impugnante según el cual ella no pidió la prohibición, sino que fue la propia Administración la que se la otorgó, considerando para ello sus funciones dentro de la administración tributaria municipal, no es de recibo, dado que es claro que la accionada le concedió el beneficio a la actora con base en el Reglamento de 1999, simplemente por ostentar un cargo de jefatura, sin importar que sus funciones estuviesen o no ligadas a la administración tributaria, pues así lo permitía ese cuerpo normativo. Ahora bien, para entender las ideas que se desarrollarán a continuación, debe partirse de la premisa de que la libertad profesional es un derecho fundamental tutelado por los artículos 46 y 56 de la Carta Magna. Por ende no es posible la restricción, reducción o extinción de ese derecho, sino a través de una ley formal y en aras del interés público. Puesto que la prohibición solo puede tener su origen en la ley, es esta y no la Administración (por medio de acuerdo, decreto o reglamento) quien determina cuáles profesionales están sujetos a ese régimen. Como ya se explicó, es con la Ley n° 5867 de 15 de diciembre de 1975 que se ha dado en compensar económicamente al *"personal de la Administración Tributaria que en razón de sus cargos, se encuentra sujeto a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios"*. Posteriormente se ha venido reconociendo ese rubro a otra clase de funcionarios a quienes se les prohíbe el ejercicio liberal de su profesión, pero con fundamento, claro está, en reformas realizadas a la legislación de cita, y no por disposiciones jurídicas de grado inferior, en contravención evidente al *"principio de reserva de ley"*. De este modo, no podía la Municipalidad de Alajuela en el Reglamento del 99 disponer que todas las



jefaturas y subjefaturas, independientemente de su ligamen con la gestión tributaria, estaban sometidas al régimen de prohibición, pues ello no tenía fundamento en ninguna norma de rango legal. Lo anterior queda aún más claro si se lee la introducción de ese Reglamento de 1999, redactada en los siguientes términos: *“El presente reglamento tiene como fin proveer a la Municipalidad de Alajuela del instrumento necesario para la aplicación del artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y la ley 5867”* . Como se observa, la finalidad de ese reglamento era desarrollar las disposiciones legales allí mencionadas, sin tomar en cuenta que las mismas concedían la prohibición únicamente al personal de la administración tributaria y no a todas las jefaturas y subjefaturas de cualquier dependencia municipal, como con error lo dispuso el reglamento en cuestión. En esta línea de pensamiento, no puede negarse que el Reglamento de Prohibición de 1999 violentaba la ley, razón por la cual los y las firmantes, en principio, nos veríamos impedidos para aplicarlo, al tenor del artículo 8 inciso 2) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, el tribunal estimó que dicho Reglamento de 1999 sí le concedió a la actora el derecho a percibir la prohibición -al menos mientras estuvo vigente-; es decir, los jueces superiores sí aplicaron ese cuerpo normativo al caso de marras, decisión que no fue reprochada por la parte demandada, por lo que los (as) infrascritos (as) debemos actuar de igual forma. Así las cosas, como con el Reglamento del 99 bastaba con ocupar cualquier cargo de jefatura o subjefatura en alguna dependencia municipal para gozar de la prohibición, la actora, en esa condición -que ostentaba durante la vigencia de dicho Reglamento- adquirió el derecho a devengar el plus salarial en cuestión, el cual le fue concedido por acción de personal n° 409- RH-2001 de 2 de abril de 2001. El hecho de que ese Reglamento haya sido derogado por el del 2004, el cual restringe la prohibición solo para el caso de los servidores municipales que tengan relación directa con la gestión tributaria, no puede afectar el derecho adquirido por la demandante, el cual debe mantenerse siempre y cuando siga desempeñando su cargo de jefatura. En aras de una mejor comprensión, conviene transcribir parcialmente la resolución n° 2765-97 de la Sala Constitucional: *“Los conceptos de "derecho adquirido" y "situación jurídica consolidada" aparecen estrechamente relacionados en la doctrina constitucionalista. Es dable afirmar que, en términos generales, el primero denota aquella circunstancia consumada en la que una cosa - material o inmaterial, trátase de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente- ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la "situación jurídica consolidada" representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando éstos no se hayan extinguido aún. Lo relevante en cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que -por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado- haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado). Desde esta óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo «sí..., entonces...»; vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la "situación jurídica consolidada" implica que, necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado. En ambos casos (derecho adquirido o situación jurídica consolidada), el ordenamiento protege - tornándola intangible- la situación de quien obtuvo el derecho o disfruta de la situación,*

por razones de equidad y de certeza jurídica. En este caso, la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley se traduce en la certidumbre de que un cambio en el ordenamiento no puede tener la consecuencia de sustraer el bien o el derecho ya adquirido del patrimonio de la persona, o de provocar que si se había dado el presupuesto fáctico con anterioridad a la reforma legal, ya no surja la consecuencia (provechosa, se entiende) que el interesado esperaba de la situación jurídica consolidada. Ahora bien, específicamente en punto a ésta última, se ha entendido también que nadie tiene un "derecho a la inmutabilidad del ordenamiento", es decir, a que las reglas nunca cambien. Por eso, el precepto constitucional no consiste en que, una vez nacida a la vida jurídica, la regla que conecta el hecho con el efecto no pueda ser modificada o incluso suprimida por una norma posterior; lo que significa es que - como se explicó- si se ha producido el supuesto condicionante, una reforma legal que cambie o elimine la regla no podrá tener la virtud de impedir que surja el efecto condicionado que se esperaba bajo el imperio de la norma anterior. Esto es así porque, se dijo, lo relevante es que el estado de cosas de que gozaba la persona ya estaba definido en cuanto a sus elementos y a sus efectos, aunque éstos todavía se estén produciendo o, incluso, no hayan comenzado a producirse. De este modo, a lo que la persona tiene derecho es a la consecuencia, no a la regla". Luego, en el voto n° 2393-08, aquella Sala resolvió: "En 1990, Taylor Allen y el Director Ejecutivo del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, suscribieron "un contrato de prohibición", según el cual, el recurrente percibiría una compensación económica equivalente al 65% de su salario base. En la sesión ordinaria de la Junta Directiva del ente recurrido N° 3704 de 16 de octubre de 2007, se derogó el inciso I, del artículo 29, del Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de ese Instituto. En La Gaceta del 21 de noviembre de 2007 se publicó esa derogatoria. Mediante el oficio de la Dirección Ejecutiva del Instituto recurrido N° DE-1281-07 de 22 de noviembre de 2007, se le ordenó a la Sección de Recursos Humanos que procediera de inmediato a notificar a cada funcionario que percibía el pago de "prohibición" sobre la derogatoria de esa norma. Así, por oficio N° DAI-2242-SRH-552-2007 de 23 de noviembre de 2007, se le confirió audiencia al amparado para que manifestara lo que a bien tuviera sobre la supresión del pago de la compensación que se le reconocía por prohibición. El recurrente demandó el amparo del principio de intangibilidad de los actos propios, en virtud que, en su criterio, al derogarse el artículo 29, inciso I), del Reglamento Autónomo de Organización y Servicio del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, y suprimirse el pago de la "prohibición", se desconocen sus derechos adquiridos. Sobre este particular, conviene indicar que ninguna duda cabe a la Sala en cuanto a que el Reglamento Autónomo de Organización y Servicio del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal puede ser reformado o derogado por la Junta Directiva de ese ente, dado el carácter discrecional de la potestad reglamentaria; sin embargo, esa posibilidad tiene como límite el respeto a los derechos adquiridos de buena fe y el régimen jurídico creado, que para ser modificado debe respetar los modos previstos en la legislación ordinaria. En el caso que nos ocupa, el ente recurrido ha irrespetado el derecho del recurrente al disfrute del beneficio otorgado, en virtud de la derogatoria del pago de la "prohibición", quebrantando lo dispuesto por el numeral 34 de la Constitución Política y sin utilizar las causas pertinentes para variar la situación jurídica particular. Bajo esta inteligencia, estima la Sala que se produjo el agravio que se reclama. Como corolario de lo expuesto, se impone declarar con lugar el recurso y restituir al amparado en el pleno goce de sus derechos". Cambiando de tema, debe

tomarse en consideración el carácter mixto que tiene el régimen de prohibición por cuanto, por un lado, consiste en un acto de gravamen, al impedir el ejercicio liberal de la profesión, mientras que por el otro conlleva el efecto positivo de la compensación económica. 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° 210-F-2005). Como el acto que le concedió a la actora la prohibición tenía un componente declarativo de derechos, no podía la Administración simplemente suprimir ese beneficio, en virtud del principio de intangibilidad de los actos propios. Al respecto el órgano contralor de constitucionalidad en el fallo n° 10247-03 apuntó: *“Es claro que un error administrativo ha causado los hechos que aquí acusa el recurrente, quien lleva razón al reclamar que se le causa perjuicio a sus derechos fundamentales al resolver ahora la Municipalidad recurrida enmendar el error cometido, a través del cambio de jornada laboral y consecuentemente en desmedro de su salario. Es menester indicar a la recurrida que reiterada jurisprudencia de la Sala ha establecido que el principio de intangibilidad de los actos propios tiene rango constitucional, en virtud de derivarse del artículo 34 de la Carta Política, el cual obliga a la Administración a volver sobre sus propios actos en vía administrativa únicamente bajo las excepciones permitidas en los artículos 155 y 173 de la Ley General de la Administración Pública. Para cualquier otro caso, debe acudir a la vía de la lesividad, ante el juez de lo contencioso administrativo. Particularmente ilustrativo es el siguiente precedente: “Tal como reiteradamente ha resuelto la Sala, a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido, que confieran derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración al emitir un acto y con posterioridad a emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido. La única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado. En nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República, y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, si la Administración ha inobservado las reglas de estos procedimientos, o bien, los ha omitido del todo, como se evidencia en el presente caso que ocurrió, el principio de los actos propios determina como efecto de dicha irregularidad, la invalidez del acto. Por consiguiente, lo que procede es declarar con lugar el recurso por existir violación del principio de los actos propios y del debido proceso.”* (Sentencia número 00755-94 de las 12:12 horas del 4 de febrero de 1994). El criterio jurisprudencial antes indicado se ha mantenido y no existe motivo alguno en esta oportunidad para variarlo, de forma que en la especie es evidente que la actuación de la autoridad recurrida resulta arbitraria y contraria a Derecho, por violación al principio de intangibilidad de los actos propios, pues al estimar el ente municipal que se cometió un error al nombrar al

*amparado como Ingeniero con un horario de 12 horas semanales, debió seguir los procedimientos legalmente establecidos para revocar, o según el caso anular dicho acto administrativo, habida cuenta que ese nombramiento produjo derechos en la esfera jurídica del señor P.B., de suerte que si la Municipalidad desea corregir el yerro sí puede hacerlo, siempre y cuanto respete los procedimientos establecidos al efecto en nuestro Ordenamiento Jurídico”. Mucho menos podía la entidad accionada sustituir por su propia voluntad la prohibición por la dedicación exclusiva, dado que este último plus es de naturaleza contractual, o sea que se requiere el consentimiento del servidor, como bien lo acotó la Sala Constitucional en el fallo n° 2795- 97: “El contrato de dedicación exclusiva, solicitado por la recurrente en su beneficio, se trata de un convenio de naturaleza facultativa, cuyo pago a diferencia de la 'Prohibición' que hace la Administración a un servidor, y que constituye una compensación económica -que conforma el salario- para retribuirle la imposibilidad que dicta la Ley -no el contrato de trabajo- de ejercer su profesión en forma liberal, la cual opera automáticamente y no está dentro de las facultades del funcionario solicitarla o renunciar a ella, ni tampoco puede la Administración otorgarla en forma discrecional, en otras palabras, es consubstancial -de individual esencia y naturaleza con otro- a la relación de trabajo por disposición de la ley, es decir inherente a la relación de servicio; en tanto, el pago por 'Dedicación Exclusiva', por el contrario, no tiene como base su otorgamiento, necesariamente, en la ley, sino que resulta del acuerdo entre la Administración y el servidor, es decir, implica la concesión de un beneficio que puede ser pactado o no por las partes, pudiendo subsistir la relación de servicio con o sin ella, por ser ese extremo un elemento ajeno a las prestaciones esenciales que conforman la contratación laboral”.”*

## **7. Voto salvado del Magistrado Gilbert Armijo Sancho**

[Sala Constitucional]<sup>viii</sup>

Voto Salvado:

**Voto salvado del Magistrado Armijo Sancho:** Discrepo del criterio sostenido por este Tribunal Constitucional en la sentencia N°2006-5459 de las 11:11 hrs. de 21 de abril de 2006, en que se consideró que la actuación de la autoridad recurrida no lesiona el Derecho de la Constitución. Por el contrario, el suscrito Magistrado estima que el artículo 27 del Reglamento a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, Decreto Ejecutivo N°32333- MP-J de 12 de abril de 2005, en que se sustenta el acto impugnado en este recurso jurisdiccional, lesiona el principio de legalidad y de reserva de ley, en cuanto regula situaciones no comprendidas en el artículo 14 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. En efecto, en el caso presente es clara la extralimitación de la norma reglamentaria, pese a que en esta materia tiene mayor alcance el principio de reserva de ley. Por lo anterior, salvo mi voto y declaro con el recurso.

---

<sup>i</sup> Asamblea Legislativa.- Ley 8422 del 6 de octubre de 2004. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Fecha de vigencia desde: 29/10/2004. Versión de la norma: 7 de 7 del 19/10/2012. Datos de la Publicación: N° Gaceta: 212 del 29/10/2004.

<sup>ii</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 327 de las 9:15 horas del 13 de abril de 2012. Expediente: 05-002290-0166-LA.

<sup>iii</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 410 de las 9:15 horas del 18 de mayo de 2011. Expediente: 06-000624-0166-LA.

<sup>iv</sup> Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI.- Sentencia 3063 de las 8 horas del 18 de agosto de 2010. Expediente: 09-000940-1027-CA.

<sup>v</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 913 de las 14:25 horas del 25 de junio de 2010. Expediente: 06-001751-0166-LA.

<sup>vi</sup> Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI.- Sentencia 2432 de las 9:45 horas del 3 de noviembre de 2009. Expediente: 09-001069-1027-CA.

<sup>vii</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 947 de las 9:45 horas del 12 de noviembre de 2008. Expediente: 05-000390-0639-LA.

<sup>viii</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 5459 de las 11:11 horas del 21 de abril de 2006. Expediente: 06-003264-0007-CO.