



La prohibición para ejercer la abogacía por parte de los miembros de los supremos poderes

Rama del Derecho: Derecho Laboral.	Descriptor: Derechos Laborales.
Palabras Clave: Trabajador municipal, Ejercicio del notariado, Beneficio salarial por prohibición, Incompatibilidad con otros cargos públicos.	
Sentencias: Sala I: 210-2005. Sala II: 321-2007, 1016-2006, 846-2006.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 02/09/2014.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la prohibición que enfrentan algunos funcionarios públicos de ejercer funciones de abogado. Se consideran los supuestos del artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la cual se regulan dichas prohibiciones, explicando temas como: el trabajador municipal, el beneficio salarial por prohibición, la función notarial su naturaleza y análisis sobre la incompatibilidad con otros cargos públicos, el acto que deja sin efecto el rubro de prohibición reconocido a servidora que ocupa puesto de enfermera y desempeña labores como abogada.

Contenido

NORMATIVA.....	2
ARTICULO 244.-	2
JURISPRUDENCIA	2
1. Trabajador municipal: Análisis jurisprudencial sobre los alcances de la normativa que lo autoriza al ejercicio del notariado	2
2. Beneficio salarial por prohibición: Concepto, finalidad y requisitos para que proceda el pago a trabajador municipal.....	7
3. Función notarial: Naturaleza y análisis sobre la incompatibilidad con otros cargos públicos, en relación con las salvedades establecidas en la legislación y en la jurisprudencia constitucional.....	15
4. Empleo público: Validez del acto que deja sin efecto el rubro de prohibición reconocido a servidora que ocupa puesto de enfermera y desempeña labores como abogada	21

NORMATIVA

ARTICULO 244.-

[Ley Orgánica del Poder Judicial]ⁱ

Aunque sean abogados, no podrán ejercer la profesión los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República y de las municipalidades, salvo en sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados.

Se exceptúan de la prohibición anterior los servidores del Poder Ejecutivo que presten servicios en los establecimientos oficiales de enseñanza y que no tengan ninguna otra incompatibilidad; lo mismo que los servidores judiciales interinos o suplentes, siempre que ese interinato no exceda de tres meses; los fiscales específicos; los munícipes y apoderados municipales; el Director de la Revista Judicial; los defensores públicos de medio tiempo y los que sean retribuidos por el sistema de honorarios y, en general, todos los servidores que no devenguen sueldo sino dietas.

JURISPRUDENCIA

1. Trabajador municipal: Análisis jurisprudencial sobre los alcances de la normativa que lo autoriza al ejercicio del notariado

[Sala Segunda de la Corte]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

“III.- Mediante la Ley N ° 7764, de 17 de abril de 1998 se promulgó el Código Notarial, como la normativa especial destinada a establecer el conjunto de normas y principios reguladoras del correcto ejercicio de la función notarial. Antes del 6 de octubre de 1998, fecha de entrada en vigencia de ese cuerpo normativo, la actividad del notariado estuvo regulada por la Ley Orgánica de Notariado N° 39, de 5 de enero de 1943 y sus reformas. En esa ley, el tema de los impedimentos para el ejercicio del notariado, se regulaba en los artículos 18 y 19, los cuales disponían: **“Artículo 18.-Están legalmente impedidos para el ejercicio del notariado:...** 7° *El que acepte empleo o cargo público incompatible con las funciones del Notariado. Artículo 19.-Aún cuando sean notarios, no pueden ejercer el notariado los funcionarios y empleados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los municipales. Se exceptúan de esta prohibición los profesores de enseñanza, los magistrados suplentes, los jueces interinos, los alcaldes suplentes e interinos, los fiscales específicos, los munícipes y apoderados municipales, y los funcionarios y empleados que no devenguen sueldo sino dieta./ El notario que aceptare cargo o empleo incompatible con el ejercicio del*

notariado, cesará en sus funciones de notario...". En esos términos y salvo las excepciones mencionadas por esa normativa, quienes laboraban en los poderes Ejecutivo y Judicial y en las Municipalidades, estaban impedidos de ejercer la función notarial. Contra esa disposición fueron establecidas varias acciones de inconstitucionalidad, las cuales fueron desestimadas por la Sala Constitucional al encontrar justificado y razonable el impedimento para el ejercicio conjunto de un cargo dentro del Sector Público y otra función de naturaleza también pública. En ese sentido, es especialmente relevante lo dispuesto y reiterado entre muchos otros, en el Voto de esa Sala N° 649-93, de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993, en el que sobre esa incompatibilidad, consideró: "II.- Debe tenerse presente la naturaleza de la función Notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública, recogida en alguna medida por la propia Ley Orgánica de Notariado, cuyo artículo 3, dispone "La persona autorizada para ejercer el notariado tiene fe pública". Es una función que se ejerce por delegación y con supervisión del Estado, de modo que en su forma de ejercicio independiente, se liga a la norma del artículo 17 de la misma ley, que obliga a los notarios a tener oficina abierta al público. Y tiene sentido mandarlo así, porque al ser el notariado una autorización privilegiada a determinadas personas, es una condición razonable y lógica la de que el Notario debe estar disponible a prestar el servicio, por medio de una oficina abierta al público. Incluso por la naturaleza de esta profesión, el Notario no puede excusar el prestar servicio a ninguna persona, tal como en situaciones calificadas se le permite al abogado, ya que el especial énfasis de su función es "asesorar", "interpretar" y "autenticar", lo que las partes desean llevar a cabo por su medio, sin que pueda o deba sentirse inclinado a favorecer a alguna de ellas. Del Notario se exige, entonces, contrariamente a lo que sucede en el caso del abogado, que sea neutral, objetivo, y que actué dando fe de lo que en su presencia se acordó en beneficio de las partes que comparecen ante él y no de una sola de ellas. Ahora bien: si debe tener oficina abierta al público y estar disponible a la prestación del servicio, por el tipo de función que ostenta, no se concibe cómo pueden coincidir en el tiempo la prestación de servicios a la administración pública (como tal servidor público) y el ejercicio de la función notarial, que a su vez implica tener una oficina abierta, en la que no podrá estar presente la mayor parte del tiempo. Desde el ángulo estrictamente jurídico es imposible encontrar conciliación en la prestación del doble servicio: uno, la prestación del servicio al Estado, como funcionario de planta, que implica dedicación, simultáneamente con otro, el ejercicio de la función notarial (revestida de un carácter igualmente público), en una oficina diferente, abierta a una clientela, pero que, asimismo, de principio, implica dedicación a ella, pues requiere el despliegue de actividad adicional fuera de la oficina profesional. Y debe agregarse más: no solamente hay imposibilidad de tipo material para simultáneamente estar prestando un servicio al estado - como funcionario del planta- y ejerciendo libremente la profesión del Notariado, sino que hay de por medio un problema ético, pues de acogerse una tesis facilitadora de lo anterior, habría una tentación poderosa para diferir asuntos de la llamada "cosa pública", en beneficio de los que atañen al fuero personal del abogado-funcionario, a la manera de una colisión de intereses, que ciertamente debe evitarse con un criterio restrictivo, a propósito de que cada día se percibe una actitud más y más acomodaticia en este campo.-... IV.- Ahora bien: lo que se ha venido considerando como una prohibición, debe entenderse más correctamente como una incompatibilidad, ya que lo que se pretende evitar es una situación de conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función -que también es pública- como es la de Notario. Esta incompatibilidad es insoslayable, si tenemos en cuenta que la función pública merece protección y así incluso se ha estimado de siempre,

como que al funcionario público se le veda desempeñar otra función o trabajo, en el tanto pueda menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes, o comprometer su imparcialidad o su independencia. Esta tesis no es extraña al espíritu constitucional, tal como puede colegirse del principio de responsabilidad de los funcionarios (artículo 9), del principio-deber de legalidad (artículo 11), así como de la exigencia de que la administración pública funcione a base de eficiencia e idoneidad (artículo 191).- V.- Podría afirmarse, no sin razón, que lo más apropiado sería que en cada Ley Orgánica, o en cada estatuto institucional, se incluyera un elenco de incompatibilidades con la función pública, mas tal tesis sería de difícil consecución, por manera que tampoco es absurdo que en la Ley Orgánica de Notariado sea donde se incluya una incompatibilidad genérica. Ahora bien: según queda expresado, la Sala encuentra razonable un régimen de incompatibilidades para el funcionario público, porque, en el fondo, hay en la prestación del servicio público una exigencia moral por parte de la sociedad. Es obvio que de no existir una norma como la aquí impugnada, se correría el riesgo inminente de que se falte a la función pública (administrativa) o a la función notarial. Eventualmente a ambas, con perjuicio para la administración y también para los usuarios, lo que desde ningún punto de vista se puede aceptar.". Posteriormente, con la entrada en vigencia del Código Notarial, surgieron nuevas regulaciones en relación con el ejercicio del notariado. En lo que interesa, debemos referirnos a lo establecido en los artículos 4 inciso f), 5, 7 incisos a) y b); y 8 párrafo segundo, de ese Código. El primero de los numerales mencionados dispone: "**Impedimentos:** Están impedidos para ser notarios públicos: ...f) Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, **en los que se les prohíba el ejercicio externo del notariado.**" (énfasis suplido). "**Artículo 7.- Prohibiciones.-** Prohíbese al notario público: a) Atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas de la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas estructuradas como entidades privadas, **donde preste sus servicios;** b) Autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, **de las cuales reciba salario o dieta,** actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte **sus patronos** o empresas subsidiarias. No obstante, podrá autorizarlos siempre que no cobre honorarios por este concepto./ Sin embargo, los notarios **en régimen de empleo público** podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionan adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal... **Artículo 8.-**

... Cuando en los actos o contratos jurídicos en que sean parte el Estado, sus empresas, las instituciones autónomas y semiautónomas, sean autorizados por **notarios que devenguen salario, dieta u otra remuneración de la institución respectiva,** quien los autorice no podrá cobrar honorarios profesionales al Estado ni a terceros." (énfasis suplido). Luego, sobre la actividad notarial de los profesionales en derecho que prestan servicios en el Sector Público, la Sala Constitucional, en las sentencias números 444-2000 de las 16:51 horas del 12 de enero del 2000, y 5417-2003, de las 14:48 horas del 25 de junio del 2003 reconoció que la contratación de servicios profesionales de abogado y de notario, puede realizarla la Administración Pública por dos vías: como servidores de la institución mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y la contratación de esos profesionales para que presten estos servicios en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales. Del examen de la normativa contenida en el Código Notarial, particularmente los artículos 4 inciso f), 5 inciso d), 7 inciso b) y 8, esa

Sala también llega a concluir que: *“De los artículos anteriormente transcritos puede llegarse a varias conclusiones que deben rescatarse para la resolución del caso concreto. De la interpretación a contrario sensu del artículo 4 inciso f) citado, se desprende que sí se permitiría el ejercicio externo de la actividad notarial a quienes ocupen cargos públicos si no hay prohibición alguna al respecto -y por supuesto se cumplan los demás requisitos establecidos en el Código (como la superposición horaria por ejemplo)... Asimismo, del artículo 5 inciso d) citado, logra desprenderse que los funcionarios públicos pueden ejercer el notariado siempre que reúnan los requisitos ahí establecidos, entre ellos, ser contratados a plazo fijo, que no estén dentro del Servicio Civil ni disfruten del pago de prohibición y dedicación exclusiva, que no tengan superposición horaria y que en la institución no se prohíba dentro de su legislación interna. Por su parte, del 7 inciso b) del Código Notarial se desprende por un lado que los notarios pueden recibir salario de la Administración Pública, instituciones descentralizadas y empresa públicas, y por otro, se pretende regular el ejercicio de los notarios de planta que pueden realizar la actividad notarial en asuntos de interés de sus patronos o empresas subsidiarias, siempre que no cobren honorarios por ello, lo cual es una consecuencia lógica pues se pretende evitar un enriquecimiento ilícito del notario que recibe un salario de la Administración. Lo anterior, es reforzado por el párrafo final del artículo 8 del Código Notarial que prohíbe el cobro de honorarios a los notarios que devenguen salario de una institución pública, con lo cual se reconoce una vez más la posibilidad de que se contrate a un notario bajo la modalidad de salario. VI.- Sobre la directriz impugnada. De las conclusiones arriba apuntadas se observa que existe una gama de posibilidades y situaciones donde el funcionario público que a la vez es notario puede realizar interna y externamente la actividad notarial, siempre que reúna los requisitos establecidos en la legislación vigente.”* (sentencia 5417-03). De la lectura de tales resoluciones se advirtió una nueva interpretación de las disposiciones de comentario, según la cual, no existe una prohibición indiscriminada para que los funcionarios públicos puedan ser autorizados en el ejercicio de la función notarial, sino, únicamente para aquellos que laboran en dependencias del Sector Público, incluso las estructuradas bajo las formas del Derecho Privado, en las que se prohíba el ejercicio externo del notariado, caso en el cual se ubicarían entre otros, los funcionarios del Poder Judicial, por así disponerlo su propia Ley Orgánica, en el artículo 9. Sí realiza el Código la expresa advertencia de que aquellos notarios, funcionarios de una institución, se encuentran limitados en el ejercicio cartular respecto a la institución para la que laboran, por las prohibiciones del artículo 7 del Código Notarial. Dentro de tales prohibiciones está la de no autorizar actos en los que la entidad patronal sea parte, a menos que no cobre honorarios, o que se trate de la formalización de escrituras relacionadas con fondos de ahorro y préstamo propios de la institución y que no corresponden a la actividad ordinaria del ente, en cuyo caso podrá cobrar los honorarios correspondientes a la parte. Pero además, en resguardo de la llamada cosa pública que abarca los bienes materiales e inmateriales pertenecientes a la Administración, esa misma norma prohíbe expresamente a los notarios que presten sus servicios a una entidad pública, atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas donde labora, lo que en definitiva resulta una garantía de que los bienes públicos que la administración pone en manos de un funcionario para el desempeño de un cargo público, en beneficio de la colectividad, no resulten distraídos para el aprovechamiento de un desempeño profesional privado en beneficio particular del funcionario. Esta norma surge en resguardo de la ética en la función pública por la que todos debemos velar pero

sobre todo los jefes de las distintas entidades, bajo cuyo mando, la ley delega la administración de los recursos humanos y materiales.

IV.- Posteriormente, la referida Sala Constitucional emitió el Voto N° 13672-04 de las 18:33 horas del 30 de noviembre del 2004 en el cual se retomó el tema de los servidores públicos y el ejercicio por parte de estos del notariado. Al respecto, manifestó: “... de manera tal que podemos afirmar la existencia de tres tipos de situaciones: **a) Notario público bajo el régimen de empleo público:** se trata de aquel notario que ha sido contratado por el Estado para que preste sus servicios notariales, bajo una remuneración salarial, con dedicación exclusiva y sujeto al régimen de empleo público. Teniendo como prohibiciones el ejercicio privado de la función notarial y el cobro de honorarios al Estado por la prestación de estos servicios (artículo 7 inciso b) y artículo 8 segundo párrafo del Código Notarial y artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa). Llamados también notario de planta, bajo salario o retribución fija. **b) Notario Público que tiene un cargo público y que ejerce privadamente:** Se trata de aquel notario que, aún teniendo un cargo público, puede mantener una oficina privada si no tiene prohibición para el ejercicio externo del notariado y si reúne el resto de requisitos necesarios, como ser contratado a plazo fijo, no estar sujeto al régimen de servicio civil, no recibir compensación económica por prohibición o dedicación exclusiva y no existir superposición horaria (artículo 4 inciso f) y artículo 5 inciso d) del Código Notarial). Teniendo como prohibiciones atender asuntos particulares en las oficinas públicas (artículo 7 inciso a) del Código Notarial), pero pudiendo realizar actividad notarial para la propia entidad pública si no cobra honorarios (artículo 7 inciso b) párrafo primero del Código Notarial). **c) Notario Público contratado por plazo fijo por el Estado:** Se trata de la contratación administrativa de los servicios profesionales de un notario contratado por alguna institución pública, donde no media la relación de empleo público, sino que es contratado a plazo fijo, cuya retribución es por medio de honorarios (sin mediar salario alguno) teniendo como prohibición ejercer el notariado en más de tres instituciones públicas (artículo 7 inciso e) del Código Notarial)”. Así las cosas, se puede observar que ha operado un cambio de criterio en la jurisprudencia de la Sala Constitucional respecto del ejercicio del notariado por parte del funcionario público, estableciéndose una serie de requerimientos para que dicho funcionario pueda ser autorizado para el ejercicio del notariado, ya sea a nivel interno de la institución o a lo externo. En el caso concreto, la licenciada Obando Araya no cumple con los requisitos apuntados, por cuanto está nombrada en la Municipalidad de Montes de Oca a plazo indefinido, unido el pago que por concepto de prohibición como parte de su salario (folio 13). Además, de acuerdo con la resolución número 1930- 2006 de las 11:45 horas del 28 de setiembre del 2006, la Dirección de Notariado denegó la solicitud de esa entidad para que se designara a dicha profesional como “*notaria institucional*”, para lo cual tomó en consideración que ella no estaba de acuerdo (folios 1 a 4). De ello se deduce que doña Rita Eugenia no estaría actuando como notaria de la institución para la cual labora. Cabe agregar que la Ley de Compensación por Pago de Prohibición (Ley N°5867 del 15 de diciembre de 1975), en su artículo 5 establece lo siguiente: “*Los beneficios dispuestos en los incisos a) y b) del artículo 1 de esta ley, se aplican a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo referidos en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los egresados de programas de licenciatura, maestría o doctorado en Derecho, que estén cumpliendo tales funciones. Estos beneficios se aplicarán, igualmente, a los funcionarios que en el nivel de licenciatura o egresados, laboren para el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones,*

el Registro Civil y la Contraloría General de la República. Tal compensación se calculará sobre el salario de base correspondiente a cada institución”, por su parte, el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispone: “Aunque sean abogados, no podrán ejercer la profesión los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República y de la municipalidades, salvo en sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados. Se exceptúan de la prohibición anterior los servidores del Poder Ejecutivo que presten servicios en los establecimientos oficiales de enseñanza y que no tengan ninguna otra incompatibilidad; lo mismo que los servidores judiciales interinos o suplentes, siempre que ese interinato no exceda de tres meses; los fiscales específicos; los munícipes y apoderados municipales; el Director de la Revista Judicial; los defensores públicos de medio tiempo y los que sean retribuidos por el sistema de honorarios y, en general, todos los servidores que no devenguen sueldo sino dietas”, de esto se desprende que los servidores a los que se refiere la normativa, supuesto en el que se encuentra la licenciada Obando Araya, no pueden ejercer la abogacía de manera privada, salvo las excepciones contempladas, y aún cuando se tiene plena claridad sobre las diferencias existentes entre el ejercicio notarial y el de la abogacía, lo cierto es que nuestro sistema jurídico concibe el notariado como ligado a la abogacía, en consecuencia, el ejercicio de aquella se ve impedido por estar vedado el desarrollo de ésta. Por último, el planteamiento que se hace en el recurso, relacionado con la omisión que se le achaca al pronunciamiento de la Dirección, en cuanto a no manifestarle a la Municipalidad si le debe pagar a dicha profesional un plus aparte del de la prohibición como abogada, no es atendible, toda vez que de lo que se trata en este asunto es de la determinación de si se encuentra en los supuestos de inhabilitación para el ejercicio del notariado.

V.- En consecuencia, se debe confirmar la resolución de la Dirección Nacional de Notariado en cuanto decretó la inhabilitación para el ejercicio de la función notarial a la licenciada Rita Eugenia Obando Araya.”

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

[Sala Segunda de la Corte]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

"II.- Según lo dispone el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, “1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y solo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa”. Lo que significa que si no hay ley que expresamente autorice, a la Administración le está vedado realizar todo lo que no esté regulado o autorizado. Por ello, sólo pueden considerarse legítimas y efectivamente exigibles, como obligaciones a cargo

de la administración pública, las que de manera expresa se encuentren autorizadas por alguna de las fuentes escritas del ordenamiento (en este sentido véanse entre otros, los votos de esta Sala N°s 759 de las 10:10 horas del 10 de setiembre, 595 de las 9:00 horas del 21 de julio, ambos del 2004 y 648 de las 10:20 horas del 31 de octubre del 2001).

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

Financiera de la República y, además, al Tesorero y Subtesorero Nacionales, Contador Nacional, Proveedor Nacional, Jefe de la Oficina de Presupuesto, Jefe de la Oficina de Control de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, funcionarios de la Oficina de Presupuesto Nacional y Administradores de Aduana. **La N° 6815 de 27 de septiembre de 1982** (Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República), en su artículo 37 incluyó a funcionarios a quienes alcance la prohibición contenida en el inciso a) del artículo 28 de dicha ley y a Asistentes de Procurador. **La N° 6831 de 23 de diciembre de 1982**, en el artículo 9, inciso 53, incluyó a los mismos servidores a que se refiere el numeral 62 de la Ley N° 6700 y a los de la Dirección General de Industrias del Ministerio de Industria, Energía y Minas. **La N° 6975 de 30 de noviembre de 1984**, en su artículo 40 incluyó a los técnicos de la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda que ocupen puestos cuyos requisitos estén cubiertos por los alcances de cada uno de los incisos del artículo 1° de esa ley. **La N° 6982 de 19 de diciembre de 1984**, incluyó en los artículos 14, 15 y 16 dentro del pago de la prohibición a los siguientes funcionarios: el primero, al personal técnico de la Auditoría General de Bancos; el segundo, a funcionarios de auditoría de las diferentes entidades del Gobierno Central y el tercero, a funcionarios de la Tesorería Nacional y al Pagador Nacional. **La N° 6995 de 22 de julio de 1985**, en el artículo 31 interpreta auténticamente el artículo 40 de la Ley 6975, en el sentido de que los técnicos de la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda tendrán derecho a los beneficios de esta ley, y en el artículo 154 incluyó al personal del Laboratorio Aduanero del Ministerio de Hacienda, además de equiparar para el pago de esa compensación, a funcionarios de la Administración Tributaria que se encuentren en situación de prohibición del artículo 113 (hoy 118) del Código Tributario. **La N° 7015 de 22 de noviembre de 1985**, incluyó en sus artículos 100, 101, 102 y 104 dentro del pago de la prohibición a los siguientes funcionarios: el primero, a funcionarios de la Auditoría del Instituto Nacional de Aprendizaje, de la Oficina del Café y de Asignaciones Familiares; el segundo, al personal técnico de la Auditoría General de Bancos; el tercero, adiciona el artículo 1.2 incluyendo en los beneficios y prohibiciones de dicho artículo al personal técnico de la Auditoría Interna del Instituto Mixto de Ayuda Social y por último, a los funcionarios que ocupen las jefaturas de la Organización Financiera Básica del Estado (Tesorero Nacional, Director de la Oficina de Presupuesto Nacional, Proveedor Nacional y Contador Nacional). **La N° 7018 de 20 de diciembre de 1985**, en su artículo 14 incisos 17, 18, 34 y 36, incluyó dentro del pago de la prohibición a los siguientes funcionarios: el primero, a las Auditorías del Sistema Bancario Nacional; el segundo, adicionó un párrafo al artículo 1, inciso 2) agregando a servidores de la Dirección General de Informática del Ministerio de Obras Públicas y Transportes y los del centro de Cómputo del Ministerio de Seguridad Pública; el tercero, a técnicos en tasación de la Sección de Avalúos del Ministerio de Obras Públicas y Transportes en cualquiera de los niveles de la serie y a profesionales de la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional; el cuarto, a funcionarios del Servicio Aduanero Nacional; y en su artículo 49 incluyó a los funcionarios que ocupen cargos de técnicos profesionales de la administración tributaria en el ramo aduanero. **La N° 7083 de 9 de setiembre de 1987**, en el artículo 98 interpretó auténticamente los artículos 14, inciso 18) de la Ley N° 7018 y 33, inciso 2) de la N° 6999 de 3 de setiembre de 1985, en el sentido de que la disposición comprende, además, aquellos cargos para los que se exija el grado académico de licenciatura. **La N° 7097 de 18 de agosto de 1988**, en sus artículos 39, 41, 94 y 127, incluyó dentro del pago de la prohibición a los siguientes funcionarios: a los del Servicio Nacional de Electricidad que

reciben pago de compensación según oficio de la Dirección General de Servicio Civil que indica, los que mantendrán derechos adquiridos mientras permanezcan en los puestos en que fueron nombrados, en tanto los nuevos nombramientos deberán cumplir con los requisitos de la ley; al personal con especialidad en cómputo que labora en Departamentos de Cómputo de instituciones cubiertas por el Servicio Civil y Poder Judicial, en los mismos términos reconocidos al de la Oficina Técnica Mecanizada; a funcionarios de la Dirección General de Tributación Directa que gocen de este beneficio; y, por último, otorgó el beneficio del artículo 46 de la Ley 7015 a los funcionarios contemplados en el artículo 1 inciso b), en el artículo 5, y a los cubiertos por el transitorio único de la presente ley. **La N° 7333 de 5 de mayo de 1993**, reformó integralmente la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual en su artículo 244 (anterior 141) textualmente señala: *“Aunque sean abogados, no podrán ejercer la profesión los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República y de las municipalidades, salvo en sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados. Se exceptúan de la prohibición anterior los servidores del Poder Ejecutivo que presten servicios en los establecimientos oficiales de enseñanza y que no tengan ninguna otra incompatibilidad; lo mismo que los servidores judiciales interinos o suplentes, siempre que ese interinato no exceda de tres meses; los fiscales específicos; los munícipes y apoderados municipales; el Director de la Revista Judicial; los defensores públicos de medio tiempo y los que sean retribuidos por el sistema de honorarios y, en general, todos los servidores que no devenguen sueldo sino dietas”*. Dentro de esa cronología normativa sobre destinatarios del plus de prohibición, conviene indicar que mediante **Leyes N°s 6999 y 7896, del 3 de setiembre de 1985 y 30 de julio de 1999**, se reformó la Ley sobre prohibición y se incluyó al personal de la Administración Tributaria que se encuentre sujeto, en razón de sus cargos, a la prohibición contenida en el artículo 118 (anterior 113) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo. Igualmente concedió los beneficios que otorga la ley N° 5867, a los siguientes funcionarios: 1) a quienes desempeñen los puestos de jefatura en la organización financiera básica del Estado, según el artículo 2° de la Ley de Administración Financiera de la República, N° 1279, del 2 de mayo de 1951 y sus reformas; 2) a quienes ocupen puestos de “técnicos” y “técnicos profesionales” en la Oficina de Presupuesto Nacional, la Tesorería Nacional, la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda, la Dirección General de Industrias del Ministerio de Industria, Energía y Minas y la Dirección General Forestal del Ministerio de Agricultura; asimismo, a los servidores de la Dirección General de Servicio Civil que ocupen puestos de la serie técnico y profesional, los funcionarios de la Dirección General de Informática del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, los del Centro de Cómputo del Ministerio de Seguridad Pública y los funcionarios de la Dirección General de Tributación que gocen de este beneficio; 3) al jefe de la Oficina de Control de Presupuesto del Ministerio de Hacienda; 4) a los administradores de aduanas, conforme a los procedimientos de la norma general No. 31 de la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario del Gobierno de la República para el año 1982, N° 6700 de 23 de diciembre de 1981, e incluyó al personal técnico de la auditoría interna del Instituto Mixto de Ayuda Social. El artículo 5 de la Ley N° 7896, incluyó a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo referidos en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los egresados de programas de licenciatura, maestría o doctorado en Derecho, que estén cumpliendo tales funciones. Así como a los funcionarios que en el nivel de licenciatura o egresados, laboren para el Poder

Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, el Registro Civil y la Contraloría General de la República. De esa normativa especial se concluye, que lo que tales disposiciones mandan pagar, como una compensación salarial, es la prohibición para ejercer la profesión, por la cual el servidor fue contratado y que resulta de la normativa (orgánica o estatutaria), reguladora de la relación de empleo público. Este tipo de prohibiciones tiene un indudable fundamento ético; pues, cuando se establecen, lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades, en el campo privado; dado que ello se considera inconveniente, porque puede afectar la necesaria intensidad, en el ejercicio de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una indeseable confusión, en los intereses de uno y otro campos, dejando los públicos subordinados o hasta al servicio de los privados. Como puede notarse, la legitimación para el reclamo del plus salarial de prohibición, debe surgir de las leyes que determinan los destinatarios de ese rubro salarial.

IV.- No todos los funcionarios que ocupen puestos en las unidades conocidas como administraciones tributarias son destinatarios del plus salarial por prohibición, pues como lo indicaba e indica en su artículo 1° la ley que originó ese derecho, el mismo se estableció *“...para el personal de la Administración Tributaria que se encuentre sujeto, en razón de sus cargos, a la prohibición contenida en el artículo 113 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios...”*. El artículo 118 (anterior 113) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios establece: ***“Artículo 118.- Prohibición para el personal de la Administración Tributaria. Los Directores Generales, los Subdirectores, los Jefes o Subjefes de Departamento y de Sección, de las dependencias de la Administración Tributaria, así como los miembros propietarios del Tribunal Fiscal Administrativo y los suplentes en funciones, no pueden ejercer otros puestos públicos con o sin relación de dependencia, excepción hecha de la docencia o de funciones desempeñadas con autorización de su respectivo superior jerárquico, cuyos cargos estén sólo remunerados con dietas. En general queda prohibido al personal de los entes precedentemente citados, con la única excepción de la docencia, desempeñar en la empresa privada actividades relativas a materias tributarias. Asimismo está prohibido a dicho personal hacer reclamos a favor de los contribuyentes o asesorarlos en sus alegatos o presentaciones en cualesquiera de las instancias, salvo que se trate de sus intereses personales, los de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados. En los casos de excepción a que se refiere este artículo, para acogerse a ellos, debe comunicarse al superior de la dependencia su decisión de hacer uso de las excepciones previstas en este Código”***. Esas normas hacían y hacen referencia al *“personal de la Administración Tributaria”*, la que el artículo 105 del citado Código vigente cuando la ley 5867 entró a regir (actual 99), definía y define como el *“...órgano administrativo que tenga a su cargo la percepción y fiscalización de los tributos, ya se trate del Fisco **o de otros entes públicos que sean sujetos activos**, conforme a los artículos 11 y 14 del presente Código.”* (la negrita y el subrayado es del redactor), definiendo al *“sujeto activo”* como el ente acreedor del tributo. El eventual derecho de los funcionarios municipales a percibir el plus por prohibición, aunque no en su generalidad, deriva precisamente del hecho de que las municipalidades se enmarcan dentro del concepto de *administración tributaria*, pues se conciben como un *“sujeto activo”* en los términos de la norma transcrita, dado que está claro que dichas entidades son acreedoras de tributos. Si bien a partir de la vigencia del actual *Código Municipal* (ley número 7794, de 30 de abril de 1998, vigente a partir del 18 de mayo siguiente), se concibió a las municipalidades como parte integrante de la

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

fuera simple proposición sujeta a la voluntad constitutiva y libre del legislador. Por consiguiente, la fijación tributaria municipal enmarca la materia del pronunciamiento legislativo, cuya función es tutelar y no constitutiva del impuesto municipal, y cuyo resultado consecuente sólo puede ser la autorización o desautorización de lo propuesto, no la sustitución de la voluntad municipal. Debe admitirse que, dado el silencio constitucional al respecto, los motivos de la autorización legislativa o de su denegación bien pueden ser de mérito u oportunidad y no meramente legales o constitucionales, pero aún así la disposición legislativa sólo puede ser una de esas dos, autorización o desautorización, y no creación del impuesto municipal en lugar y con suplantación de la municipalidad. Lo contrario es violación de la autonomía municipal constitucionalmente garantizada, que incluye la potestad de fijar impuestos para sostenimiento de la Municipalidad y que prohíbe -aunque la sujete a autorización legislativa- privar a ésta de tal potestad, para trasladarla, en último término, a la voluntad única y excluyente de la Asamblea Legislativa.- / VII.- La norma impugnada viola, además, el inciso 1) del artículo 121 de la Constitución Política, por cuanto el poder de legislar no es irrestricto, sino que, por el contrario, la Asamblea Legislativa, en la misma forma que los otros Supremos Poderes, está sujeta a los límites que la misma Constitución establece y que, sobre el particular, le impiden sustraer de la voluntad municipal la creación de tributos locales, como ha sido expuesto en los anteriores considerandos". En corporaciones como la accionada, en su condición de administración tributaria, la compensación salarial por la prohibición de ejercer privadamente la profesión no puede serle concedida a todos los servidores municipales, sino solo a los que desempeñan labores estrictamente relacionadas con la materia tributaria y en el caso concreto, el actor no demostró que en su puesto de Coordinador de Planificación Urbana y Control Constructivo, realizara tareas o funciones administrativas de esa naturaleza, o sea, relacionadas con la percepción, fiscalización y administración de los tributos y demás ingresos municipales –impuestos, tasas y contribuciones especiales municipales-, amén de que en su condición de ingeniero civil, no podría desempeñar en la empresa privada actividades relativas a dicha materia tributaria, de ahí que no se le reconociera el plus salarial reclamado al no estar cubierto por dicha prohibición. No existe norma que autorice el pago de prohibición por incompatibilidad a quienes como el actor, no desempeñan labores relacionadas con la materia tributaria y no se ve por qué deba hacerse; toda vez que, como se dijo, su puesto no está incluido dentro de aquellos a los que se les aplica la prohibición porque desempeñan dichas labores, además él continuó ejerciendo su profesión privadamente en el cantón de Hojanca en abierta violación al contenido ético de su relación de servicio y podía hacerlo en el resto del territorio nacional, porque su puesto no integraba la administración tributaria, razones por las cuales no le asiste el derecho a obtener esa compensación económica, como acertadamente lo determinó el A-quo.

V.- El pago por prohibición que hace la administración a un servidor constituye una compensación económica –que conforma el salario- para retribuirle la imposibilidad que dicta la Ley no el contrato de servicio, de ejercer su profesión en forma liberal fuera del puesto desempeñado y no está dentro de las facultades del funcionario solicitarla o renunciarla, por ser consubstancial a la relación de servicio por disposición legal, o sea, que no está dentro de las facultades del empleado o funcionario solicitarla, ni el patrono tiene discrecionalidad para imponerla y pagarla. De modo que aun y cuando en la corporación municipal se le haya prohibido el ejercicio liberal de su profesión –lo que no

se dio-, por ese solo hecho no procede la tutela del derecho reclamado. En el caso que se estudia, no se acreditó que el actor realizara labores relacionadas con la materia tributaria, ni existe norma que autorice en forma expresa el pago de la prohibición para el puesto que ocupa, por lo que el otorgamiento de dicho pago es improcedente y constituiría un quebranto del principio de legalidad. En cuanto a la exclusión del pago de prohibición o compensación por el no ejercicio de la profesión de algunos funcionarios, sin que se viole el principio de igualdad, la Sala Constitucional ha señalado que tal plus: “...no constituye, bajo ninguna circunstancia, un beneficio incausado o un privilegio para un determinado grupo de servidores; antes bien, es el justo reconocimiento para quienes, en razón de la función que desempeñan, y para la protección del más alto interés público, no tienen posibilidad de ejercer su profesión u oficio más allá de la dependencia administrativa en la que laboran... Se trata de una limitación al ejercicio privado de la profesión u oficio, por cuyo establecimiento el Estado dispuso hacer un reconocimiento económico sobre el salario base de sus empleados. ...si el servidor es libre de ejercer fuera de las horas de oficina su profesión o actividad, no existe ninguna razón lógica, jurídica, y mucho menos de orden constitucional, para aducir que el no pago de la “prohibición profesional” en dichos supuestos constituye una discriminación irrazonable. Existe por un lado, servidores públicos sujetos a una prohibición legal para el ejercicio privado de una determinada profesión o actividad, y por el otro, servidores no sujetos a ella.” (voto N° 4494-96, de las 11:18 horas del 30 de agosto de 1996). **VI.-**

Desea la Sala destacar la imposibilidad de que el actor ejerza su puesto -de Coordinador de Planificación Urbana y Control Constructivo de la Corporación Municipal de Hojancha- simultáneamente con el ejercicio liberal de la profesión en esa municipalidad, por ser evidentemente incompatibles. El Diccionario Enciclopédico de todos los Conocimientos, Pequeño Larousse, última edición, París 1972, p. 487, define en una de sus acepciones el término “incompatibilidad”, como “*Imposibilidad legal de ejercer simultáneamente ciertas funciones*”. Así las cosas, no debe existir en dicha municipalidad esa doble función por parte del aquí actor -profesional servidor público municipal y profesional en el ejercicio liberal de su profesión-, por una cuestión ética de sana administración que ayuda a evitar conflictos de intereses, pues de no ser así el servidor sería juez y parte. Con ello se obvia el conflicto de ser funcionario municipal y simultáneamente ejercer la profesión en el territorio de la corporación en que presta servicios y se impide que el servidor sea quien apruebe la labor por él ejercida en el desempeño privado de la profesión, al estar vedado el desempeño de la otra función en el tanto pueda afectar el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario o comprometa su parcialidad o independencia. **VII.-**

En cuanto a la condenatoria en costas, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que, conforme lo prevé el artículo 494 del Código de Trabajo, en concordancia con el 221 del Procesal Civil, aplicable a la materia laboral al tenor de lo estipulado por el 452 del primer Código citado, la regla general es que a la parte vencida en juicio se le deben imponer las costas del proceso. Puede eximirse de dichos gastos, cuando haya litigado con evidente buena fe, cuando la demanda o la contrademanda, en su caso, comprendan pretensiones exageradas, cuando el fallo acoja solamente parte de las peticiones fundamentales de la demanda o de la reconvenición, cuando el fallo admita defensas de importancia o cuando haya vencimiento recíproco. En este caso, el actor solicitó tanto en sede administrativa como en la judicial, el reconocimiento de derechos que legalmente no le correspondían, sin que fuesen atendidos sus reclamos. La accionada por su parte, para poder hacer frente al proceso ha tenido que incurrir en gastos legales,

por lo que no puede considerarse, al accionante, como litigante de buena fe. En consecuencia, se debe revocar lo resuelto respecto de las costas, pues es justo, que la parte actora retribuya a la accionada los gastos que la obligó a realizar, para oponerse a una pretensión a todas luces improcedente. De conformidad con el artículo 495 del Código de Trabajo, procede fijar prudencialmente las personales en la suma de doscientos cincuenta mil colones, por involucrar la presente demanda pretensiones periódicas hacia el futuro (inestimables)."

3. Función notarial: Naturaleza y análisis sobre la incompatibilidad con otros cargos públicos, en relación con las salvedades establecidas en la legislación y en la jurisprudencia constitucional

[Sala Segunda de la Corte]^{iv}

Voto de mayoría

II.- La licenciada Durán Corrales se encuentra disconforme con la resolución de la Dirección Nacional de Notariado, N° 1692 de las 11:00 horas, del 10 de octubre de 2005, fundamenta su inconformidad en que en la Institución para la que labora no existe norma alguna que prohíba el ejercicio del notariado, además de no recibir compensación por concepto de dedicación exclusiva o prohibición. Por otra parte, advierte que no se le puede aplicar el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar que este regula la situación de los profesionales en derecho que el Poder Judicial ha contratado para tales efectos, pero no, a los abogados que le brindan servicios a la Institución, en labores que no suponen un desempeño profesional en el campo jurídico. En ese mismo sentido, argumenta que la abogacía y el notariado constituyen profesiones independientes. Por esas razones, solicitó reconsiderar la resolución impugnada y aprobar su solicitud de habilitación para el ejercicio de la función notarial (folios 48 a 55 y 91).

III.- Mediante ley N° 7764, del 17 de abril de 1998, se promulgó el Código Notarial, como la normativa especial destinada a establecer el conjunto de normas y principios reguladoras del correcto ejercicio de la función notarial. Antes del 6 de octubre de 1998, cuando entró en vigencia ese Código, la actividad del notariado estuvo regulada por la Ley Orgánica del Notariado N° 39, de 5 de enero de 1943 y sus reformas. En tema a los impedimentos para el ejercicio del notariado, en los artículos 18 y 19, de esa ley, se disponía: "**Artículo 18.-** Están legalmente impedidos para el ejercicio del notariado:... 7° El que acepte empleo o cargo público incompatible con las funciones del Notariado. **Artículo 19.-** Aun cuando sean notarios, no pueden ejercer el notariado los funcionarios y empleados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los municipales. Se exceptúan de esta prohibición los profesores de enseñanza, los magistrados suplentes, los jueces interinos, los alcaldes suplentes e interinos, los fiscales específicos, los munícipes y apoderados municipales, y los funcionarios y empleados que no devenguen sueldo sino dieta. El notario que aceptare cargo o empleo incompatible con el ejercicio del notariado, cesará en sus funciones de notario..." En esos términos y salvo las excepciones mencionadas por la misma norma, quienes laboraban en los poderes Ejecutivo y Judicial y en las Municipalidades, estaban

impedidos de ejercer la función notarial. Contra esa disposición fueron establecidas varias acciones de inconstitucionalidad, las cuales fueron desestimadas por la Sala Constitucional al encontrar justificado y razonable el impedimento para el ejercicio conjunto de un cargo dentro del sector público y otra función de naturaleza también pública. En ese sentido resulta de cita obligada, lo dispuesto y reiterado entre muchos otros, en el Voto de esa Sala, N° 649-93 de las 14:45 horas, del 9 de febrero de 1993, en el que sobre esa incompatibilidad se indicó: "II.- Debe tenerse presente la naturaleza de la función Notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública, recogida en alguna medida por la propia Ley Orgánica de Notariado, cuyo artículo 3, dispone "La persona autorizada para ejercer el notariado tiene fe pública". Es una función que se ejerce por delegación y con supervisión del Estado, de modo que en su forma de ejercicio independiente, se liga a la norma del artículo 17 de la misma ley, que obliga a los notarios a tener oficina abierta al público. Y tiene sentido mandarlo así, porque al ser el notariado una autorización privilegiada a determinadas personas, es una condición razonable y lógica la de que el Notario debe estar disponible a prestar el servicio, por medio de una oficina abierta al público. Incluso por la naturaleza de esta profesión, el Notario no puede excusar el prestar servicio a ninguna persona, tal como en situaciones calificadas se le permite al abogado, ya que el especial énfasis de su función es "asesorar", "interpretar" y "autenticar", lo que las partes desean llevar a cabo por su medio, sin que pueda o deba sentirse inclinado a favorecer a alguna de ellas. Del Notario se exige, entonces, contrariamente a lo que sucede en el caso del abogado, que sea neutral, objetivo, y que actúe dando fé de lo que en su presencia se acordó en beneficio de las partes que comparecen ante él y no de una sola de ellas. Ahora bien: si debe tener oficina abierta al público y estar disponible a la prestación del servicio, por el tipo de función que ostenta, no se concibe cómo pueden coincidir en el tiempo la prestación de servicios a la administración pública (como tal servidor público) y el ejercicio de la función notarial, que a su vez implica tener una oficina abierta, en la que no podrá estar presente la mayor parte del tiempo. Desde el ángulo estrictamente jurídico es imposible encontrar conciliación en la prestación del doble servicio: uno, la prestación del servicio al Estado, como funcionario de planta, que implica dedicación, simultáneamente con otro, el ejercicio de la función notarial (revestida de un carácter igualmente público), en una oficina diferente, abierta a una clientela, pero que, asimismo, de principio, implica dedicación a ella, pues requiere el despliegue de actividad adicional fuera de la oficina profesional. Y debe agregarse más: no solamente hay imposibilidad de tipo material para simultáneamente estar prestando un servicio al estado -como funcionario del planta- y ejerciendo libremente la profesión del Notariado, sino que hay de por medio un problema ético, pues de acogerse una tesis facilitadora de lo anterior, habría una tentación poderosa para diferir asuntos de la llamada "cosa pública", en beneficio de los que atañen al fuero personal del abogado-funcionario, a la manera de una colisión de intereses, que ciertamente debe evitarse con un criterio restrictivo, a propósito de que cada día se percibe una actitud más y más acomodaticia en este campo.- III.- Ciertamente, en esta acción no se cita el artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero es notable la identidad gramatical que tiene con el artículo 19 impugnado, en lo que se refiere a la incompatibilidad de los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo, Poder Judicial y municipalidades, para ejercer la abogacía, aun cuando sean abogados.... IV.- Ahora bien: lo que se ha venido considerando como una prohibición, debe entenderse más correctamente como una incompatibilidad, ya que lo que se pretende evitar es una situación de conflicto entre ser funcionario público y

simultáneamente ejercer otra función -que también es pública- como es la de Notario. **Esta incompatibilidad es insoslayable, si tenemos en cuenta que la función pública merece protección y así incluso se ha estimado de siempre, como que al funcionario público se le veda desempeñar otra función o trabajo, en el tanto pueda menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes, o comprometer su imparcialidad o su independencia.** Esta tesis no es extraña al espíritu constitucional, tal como puede colegirse del principio de responsabilidad de los funcionarios (artículo 9), del principio-deber de legalidad (artículo 11), así como de la exigencia de que la administración pública funcione a base de eficiencia e idoneidad (artículo 191).- V.- Podría afirmarse, no sin razón, que lo más apropiado sería que en cada Ley Orgánica, o en cada estatuto institucional, se incluyera un elenco de incompatibilidades con la función pública, mas tal tesis sería de difícil consecución, por manera que tampoco es absurdo que en la Ley Orgánica de Notariado sea donde se incluya una incompatibilidad genérica. Ahora bien: según queda expresado, la Sala encuentra razonable un régimen de incompatibilidades para el funcionario público, porque, en el fondo, hay en la prestación del servicio público una exigencia moral por parte de la sociedad. Es obvio que de no existir una norma como la aquí impugnada, se correría el riesgo inminente de que se falte a la función pública (administrativa) o a la función notarial. Eventualmente a ambas, con perjuicio para la administración y también para los usuarios, lo que desde ningún punto de vista se puede aceptar” (énfasis agregado). Posteriormente, con la entrada en vigencia del Código Notarial, surgieron nuevas regulaciones en relación con el ejercicio del notariado. En lo que interesa, debemos referirnos a lo establecido en los artículos 4 inciso f), 5, 7 incisos a) y b); y 8 párrafo segundo, de ese Código. El primero de los numerales mencionados dispone: **“Impedimentos:** Están impedidos para ser notarios públicos: ...f) Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, **en los que se les prohíba el ejercicio externo del notariado.**” (énfasis suplido). **“Artículo 5°- Excepciones.-** Se exceptúan de la prohibición contenida en el inciso f) del artículo anterior: a) Las personas que laboren como docentes en entidades educativas. b) Quienes sean magistrados, jueces o alcaldes suplentes, cuando sirvan en tales cargos por menos de tres meses. Si las designaciones excedieren de este lapso, los notarios deberán comunicarlas a la oficina respectiva y, de inmediato, devolverán el protocolo con la razón correspondiente en el estado en que se halle. c) Los notarios de la Notaría del Estado y los funcionarios consulares, quienes se registrarán, en lo pertinente, por las excepciones resultantes de la presente ley y las disposiciones legales rectoras de estas dependencias. d) Los funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, las instituciones públicas y municipalidades, **contratados a plazo fijo**, excluidos del Régimen de Servicio Civil y que no gocen de sobresueldo ni compensación económica de ninguna clase por prohibición o dedicación exclusiva, siempre que no exista superposición horaria **ni disposición en contrario, en la legislación reguladora del órgano o institución donde se presten los servicios.** (énfasis agregado) **Artículo 7.- Prohibiciones.-** Prohíbese al notario público: **a)** Atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas de la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas estructuradas como entidades privadas, **donde preste sus servicios;** **b)** Autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, **de las cuales reciba salario o dieta**, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte **sus patronos** o empresas subsidiarias. No obstante, podrá autorizarlos siempre que no cobre honorarios

por este concepto. Sin embargo, los notarios **en régimen de empleo público** podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionan adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal... **Artículo 8.-** Cuando en los actos o contratos jurídicos en que sean parte el Estado, sus empresas, las instituciones autónomas y semiautónomas, sean autorizados por **notarios que devenguen salario, dieta u otra remuneración de la institución respectiva**, quien los autorice no podrá cobrar honorarios profesionales al Estado ni a terceros.” (la negrilla es agregada). Sobre la actividad notarial de los profesionales en derecho que prestan servicios en el sector público, se pueden observar los votos número 444-00 de las 16:51 horas, del 12 de enero de 2000, y el 5417-03, de las 14:48 horas, del 25 de junio de 2003, en los que la Sala Constitucional reconoció que la contratación de servicios profesionales de abogado y de notario, puede realizarla la Administración Pública por dos vías: como servidores de la institución mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y la contratación de esos profesionales para que presten estos servicios en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales. Del examen de la normativa contenida en el Código Notarial, particularmente los artículos 4 inciso f), 5 inciso d), 7 inciso b) y 8, esa Sala también llega a concluir que: “De los artículos anteriormente transcritos puede llegarse a varias conclusiones que deben rescatarse para la resolución del caso concreto. De la interpretación a contrario sensu del artículo 4 inciso f) citado, se desprende que **sí se permitiría el ejercicio externo de la actividad notarial a quienes ocupen cargos públicos si no hay prohibición alguna al respecto -y por supuesto se cumplan los demás requisitos establecidos en el Código (como la superposición horaria por ejemplo)...** Asimismo, del artículo 5 inciso d) citado, logra desprenderse que **los funcionarios públicos pueden ejercer el notariado siempre que reúnan los requisitos ahí establecidos, entre ellos, ser contratados a plazo fijo, que no estén dentro del Servicio Civil ni disfruten del pago de prohibición y dedicación exclusiva, que no tengan superposición horaria y que en la institución no se prohíba dentro de su legislación interna.** Por su parte, del 7 inciso b) del Código Notarial se desprende por un lado que los notarios pueden recibir salario de la Administración Pública, instituciones descentralizadas y empresa públicas, y por otro, se pretende regular el ejercicio de los notarios de planta que pueden realizar la actividad notarial en asuntos de interés de sus patronos o empresas subsidiarias, siempre que no cobren honorarios por ello, lo cual es una consecuencia lógica pues se pretende evitar un enriquecimiento ilícito del notario que recibe un salario de la Administración. Lo anterior, es reforzado por el párrafo final del artículo 8 del Código Notarial que prohíbe el cobro de honorarios a los notarios que devenguen salario de una institución pública, con lo cual se reconoce una vez más la posibilidad de que se contrate a un notario bajo la modalidad de salario. VI.- Sobre la directriz impugnada. De las conclusiones arriba apuntadas se observa que existe una gama de posibilidades y situaciones donde el funcionario público que a la vez es notario puede realizar interna y externamente la actividad notarial, siempre que reúna los requisitos establecidos en la legislación vigente.”-énfasis agregado- (voto N° 5417-03 de las 14:48 horas, del 25 de junio de 2003). De la lectura de tales resoluciones se advirtió una nueva interpretación de las disposiciones de comentario, según la cual, no existe una prohibición indiscriminada para que los funcionarios públicos puedan ser autorizados en el ejercicio de la función notarial sino únicamente para aquellos que laboran en dependencias del sector público, incluso las estructuradas bajo las formas del

Derecho Privado, en las que se prohíba el ejercicio externo del notariado, caso en el cual se ubicarían entre otros, los funcionarios del Poder Judicial, por así disponerlo su propia Ley Orgánica, en el artículo 9. Sí realiza el Código la expresa advertencia de que aquellos notarios, funcionarios de una institución, se encuentran limitados en el ejercicio cartular respecto a la institución para la que laboran, por las prohibiciones del artículo 7 del Código Notarial. Dentro de tales prohibiciones está la de no autorizar actos en los que la entidad patronal sea parte, a menos que no cobre honorarios, o que se trate de la formalización de escrituras relacionadas con fondos de ahorro y préstamo propios de la institución y que no corresponden a la actividad ordinaria del ente, en cuyo caso podrá cobrar los honorarios correspondientes a la parte. Pero además, en resguardo de la llamada cosa pública que abarca los bienes materiales e inmateriales pertenecientes a la Administración, esa misma norma prohíbe expresamente a los notarios que presten sus servicios a una entidad pública, atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas donde labora, lo que en definitiva resulta una garantía de que los bienes públicos que la administración pone en manos de un funcionario para el desempeño de un cargo público, en beneficio de la colectividad, no resulten distraídos para el aprovechamiento de un desempeño profesional privado en beneficio particular del funcionario. Esta norma surge en resguardo de la ética en la función pública por la que todos debemos velar pero sobre todo los jefes de las distintas entidades, bajo cuyo mando, la ley delega la administración de los recursos humanos y materiales.

IV.- Sobre la materia, la Sala Constitucional emitió el voto N° 13672-04 de las 18:33 horas, del 30 de noviembre de 2004 en el cual se retomó el tema de los servidores públicos y el ejercicio por parte de estos del notariado, al respecto manifestó: “... *de manera tal que podemos afirmar la existencia de tres tipos de situaciones: a) Notario público bajo el régimen de empleo público: se trata de aquel notario que ha sido contratado por el Estado para que preste sus servicios notariales, bajo una remuneración salarial, con dedicación exclusiva y sujeto al régimen de empleo público. Teniendo como prohibiciones el ejercicio privado de la función notarial y el cobro de honorarios al Estado por la prestación de estos servicios (artículo 7 inciso b) y artículo 8 segundo párrafo del Código Notarial y artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa). Llamados también notario de planta, bajo salario o retribución fija. b) Notario Público que tiene un cargo público y que ejerce privadamente: Se trata de aquel notario que, aún teniendo un cargo público, puede mantener una oficina privada si no tiene prohibición para el ejercicio externo del notariado y si reúne el resto de requisitos necesarios, como ser contratado a plazo fijo, no estar sujeto al régimen de servicio civil, no recibir compensación económica por prohibición o dedicación exclusiva y no existir superposición horaria (artículo 4 inciso f) y artículo 5 inciso d) del Código Notarial). Teniendo como prohibiciones atender asuntos particulares en las oficinas públicas (artículo 7 inciso a) del Código Notarial), pero pudiendo realizar actividad notarial para la propia entidad pública si no cobra honorarios (artículo 7 inciso b) párrafo primero del Código Notarial). c) Notario Público contratado por plazo fijo por el Estado: Se trata de la contratación administrativa de los servicios profesionales de un notario contratado por alguna institución pública, donde no media la relación de empleo público, sino que es contratado a plazo fijo, cuya retribución es por medio de honorarios (sin mediar salario alguno) teniendo como prohibición ejercer el notariado en más de tres instituciones públicas (artículo 7 inciso e) del Código Notarial).*” (énfasis suplido). Así las cosas, se puede observar que ha operado un cambio de criterio en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en el

que se muestra que para poder ejercer como notario, siendo funcionario público, se debe cumplir una serie de requerimientos para que el servidor pueda ser autorizado para el ejercicio del notariado, ya sea a nivel interno de la institución o a lo externo, y en este caso la señora Durán Corrales, no cumple con los requisitos apuntados, por cuanto se encuentra nombrada a plazo indefinido (ver folio 3). Unido a esto, se tiene que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 244 establece lo siguiente: *“Aunque sean abogados, no podrán ejercer la profesión los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República y de la municipalidades, salvo en sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados. Se exceptúan de la prohibición anterior los servidores del Poder Ejecutivo que presten servicios en los establecimientos oficiales de enseñanza y que no tengan ninguna otra incompatibilidad; lo mismo que los servidores judiciales interinos o suplentes, siempre que ese interinato no exceda de tres meses; los fiscales específicos; los munícipes y apoderados municipales; el Director de la Revista Judicial; los defensores públicos de medio tiempo y los que sean retribuidos por el sistema de honorarios y, en general, todos los servidores que no devenguen sueldo sino dietas”*, de esto se desprende que los funcionarios judiciales no pueden ejercer la abogacía de manera privada, salvo las excepciones contempladas, y puesto que nuestro sistema jurídico concibe el notariado como ligado a la abogacía, el ejercicio de aquella se ve impedido por estar vedado el desarrollo de ésta. Ha sostenido la Sala Constitucional, en el voto N° 3932-95 de las 15:33 horas, del 18 de julio de 1995 que *“...el fundamento de las prohibiciones legales que determinan las incompatibilidades, es la necesidad de dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal. Las incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares; es decir tiende a evitar la colisión de intereses -interés público e interés privado-.”* De esta forma, puede advertirse que el impedimento que se contiene en la Ley Orgánica del Poder Judicial no se podría excluir por la razón de no percibir una retribución económica como contraposición, tal y como pretende hacerlo ver la recurrente. En este sentido, el contralor constitucional en el voto N° 3502-94 de las 15:18 horas, del 12 de julio de 1994 fue muy claro cuando señaló que *“...desde el punto de vista ético, el contrato de trabajo de un funcionario del Estado comprende la prohibición de actuar de manera que se quebranten los fines y propósitos de la institución en cuestión y también, por supuesto, queda excluido el conflicto de intereses. Entonces, si el conflicto de intereses no es admitido por la Constitución ni las leyes, cómo puede pretenderse una retribución o “beneficio” salarial por no infringir este valor. ¿No sería esto una compensación en dinero por no quebrantar la Constitución y las leyes?”* (En igual sentido, el voto N° 3932-95 de las 15:33 horas, del 18 de julio de 1995).

V.- Corolario de lo expuesto, se debe confirmar la resolución de la Dirección Nacional de Notariado en cuanto denegó la solicitud de habilitación para el ejercicio de la función notarial a la licenciada Ginneth Durán Corrales."

4. Empleo público: Validez del acto que deja sin efecto el rubro de prohibición reconocido a servidora que ocupa puesto de enfermera y desempeña labores como abogada

[Sala Primera de la Corte]^v

Voto de mayoría

"IV. Para la solución del presente caso, conviene hacer un resumen sucinto de los hechos. El Ministerio de Salud siguió una investigación administrativa, para dejar sin efecto el rubro de prohibición que le había reconocido a la actora desde el 1° de enero de 1996, producto de ese estudio dictó la resolución SRH-RL-649-97 de las 11 horas del 3 de octubre de 1997. En la misma, dispuso cobrar a doña Josefina Arroyo González las sumas otorgadas demás, aduciendo que no existía causa legal para sustentar el pago recibido por concepto de prohibición durante 1996 y los primeros 9 meses de 1997. (folio 44)Lo anterior en virtud, por un lado, de haber desempeñado durante ese tiempo sus funciones de abogada en un puesto de enfermera 4, que no tenía como requisito aquel título académico. Y por otro, en razón de haber recibido, no sólo el 65% de dedicación exclusiva que correspondería a un puesto de abogada, sino además un 15% de complemento salarial, de acuerdo al artículo 24 de la Ley 7085, rubro que correspondía al puesto de enfermera que ocupaba. El Juzgado declaró sin lugar la demanda por falta de derecho y condena a la actora al pago de ambas costas del proceso. Posteriormente el Tribunal revoca la sentencia, declarando nula la resolución SRH-RL-649-97 y condena al Estado a reintegrar a la actora el rubro salarial concediendo por daño moral la suma que fija en doscientos cincuenta mil colones.

V. La formulación del primer agravio por parte del casacionista, acerca de la apreciación de la prueba, lo ubica dentro de la noción del quebranto indirecto, por error de derecho. Según manifiesta el recurrente, la violación consiste en la indebida valoración de la prueba, tanto del expediente administrativo, del voto N° 8635-97 de la Sala Constitucional, como del dictamen C-032-2000 de la Procuraduría. Lo anterior, por cuanto desconoce el valor de plena prueba que les otorgan a dichos documentos los artículos 369 y 370 del CPC, con la consiguiente violación por falta de aplicación. Al respecto, considera esta Sala que de acuerdo con el sílabo de hechos probados, enumerado por el A-quo y confirmado por el Ad-quem, (folios 288, 289) y la relación de hechos indemostrados, elencado por el Tribunal (folio 289), las probanzas fueron efectivamente incorporadas al proceso, pero indebidamente apreciadas en el sub-júdice. Como consecuencia del yerro en la apreciación de la prueba, según se expuso, el Ad-quem consideró que no se llevó a cabo el procedimiento prescrito en el artículo 308 de la LGAP y no consideró el dictamen ni el voto citados. Siendo que por el contrario, en este caso efectivamente se cumplió con el debido proceso conforme al voto 8635-97 y con ello se garantizó la defensa de la actora. Considera esta Sala, que lleva razón el casacionista al afirmar que la sentencia recurrida viola los artículos 308 de la LGAP, 369 y 370 del CPC por no aplicación, e igualmente, los artículos 162 del CPC y el 11 y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional por no aplicación. En lo que respecta al dictamen de la Procuraduría, es importante señalar que el mismo es vinculante para la Administración, pero no para el juez, quien puede analizarlo

pero está en libertad de disentir con su criterio. Asimismo, con respecto al supuesto de que no se había cumplido con el requisito del debido proceso, esta Sala considera que el Tribunal estimó indebidamente aplicables las normas 173 y 152 de la LGAP, dado que, como se dijo, se aplicó correctamente el proceso ordinario del artículo 308 ibídem.

VI. En lo tocante a la causal de violación de ley que se reclama, al vulnerarse el principio de los actos propios, con infracción de los artículos 152 y 173 de la LGAP, 162 del CPC, 11 y 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, 244 de la LOPJ, el voto 8635-97 y el dictamen C-32-2000, lleva razón el casacionista. Lo anterior en virtud de que al artículo 173 de la LGAP, según el cual la Administración está autorizada para declarar en vía administrativa, la nulidad de un acto declaratorio de derechos, cuando esta nulidad sea absoluta, evidente y manifiesta, no es de aplicación al caso. El acto que declara a un servidor determinado, afecto a una prohibición, aunque como consecuencia traiga consigo una compensación económica, no es un acto exclusivamente declarativo de derechos, porque también impone obligaciones. Se trata más bien, de un acto mixto que declara una prohibición concreta en perjuicio del funcionario y a su vez le compensa con un beneficio económico, por lo tanto no coincide con los supuestos del artículo 173 citado. En el mismo sentido, no es errado lo dicho por la Procuraduría (folios 272 y 273) en el dictamen citado, cuando indica que "...se trata de un acto que impone limitaciones al ejercicio de la libertad general que goza la persona en su ámbito privado, aún cuando sea funcionario público. La compensación que otorga el ordenamiento jurídico a favor de quienes no pueden ejercer liberalmente la profesión, confirma la tesis de que el acto que declara a un funcionario determinado afecto a la prohibición aludida, no es un acto declarativo de derechos, sino más bien un acto de gravamen.." . Resulta indispensable señalar que el artículo 5 de la Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975, dispone la compensación económica por prohibición a los funcionarios del Poder Ejecutivo que ejerzan funciones de abogacía en una plaza con especialidad en derecho y en propiedad. Así mismo indica que, los beneficios establecidos en los incisos a) y b) del artículo 1º, de dicha ley, resultan aplicables a los funcionarios del Poder Ejecutivo a que se refiere el artículo 244 de la LOPJ. Esta norma es clara al indicar que existen requisitos al beneficio de la prohibición, mismos que no se cumplen en el caso de la señora Arroyo, por lo que, como mencionó el casacionista, se evidencia la violación por falta de aplicación a este artículo. Por otra parte, el voto de la Sala Constitucional citado, concluyó que en el proceso de mérito, el procedimiento se tramitó con participación de la actora, quedando demostrado que ésta tuvo la oportunidad de ejercer su defensa e interponer los recursos que el ordenamiento ha puesto a su disposición. Por lo que, la resolución recurrida, adolece de violación directa a la ley, dado que las pruebas constantes en el expediente, como quedó expuesto, evidencian una errada calificación jurídica, ya que el Tribunal exigió una incorrecta aplicación de los artículos 173 de la LGAP y 244 de la LOPJ.

VII. Concerniente al alegato del recurrente sobre el daño moral subjetivo, y de acuerdo con el análisis expuesto, considera esta Sala que, en el caso concreto, la compensación por prohibición resulta indebida y por lo tanto la actuación de la Administración se ajusta a derecho, y en tanto es una conducta lícita no da pie al daño moral cuestionado. Respecto a los artículos 10,4 y 35 de la LGAP citados como violados, los mismos no tienen relación con los alegatos que esgrime el casacionista, por lo que no se analizan. Así las cosas, y dado que para afectar la realidad jurídica de la actora basta con que se haya desarrollado en sede administrativa el procedimiento ordinario, que le otorgó las oportunidades

procesales que en derecho le correspondían, y que por lo tanto el acto cuestionado no adolece de la nulidad que le atribuyó el Tribunal, procede casar la sentencia recurrida."

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

ⁱ Asamblea Legislativa. Ley 7333 del 05/05/1993. Reforma Integral a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Fecha de vigencia desde 01/01/1994. Versión de la norma 16 de 16 del 13/08/2013. Gaceta núm 124 del 01/07/1993. Alcance: 24.

ⁱⁱ Sentencia: 00321 Expediente: 06-000917-0624-NO Fecha: 25/05/2007 Hora: 09:55:00 a.m. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 01016 Expediente: 04-300092-0390-LA Fecha: 03/11/2006 Hora: 09:55:00 a.m. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.

^{iv} Sentencia: 00846 Expediente: 05-000431-0624-NO Fecha: 08/09/2006 Hora: 10:30:00 a.m. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.

^v Sentencia: 00210 Expediente: 98-000355-0163-CA Fecha: 07/04/2005 Hora: 09:30:00 a.m. Emitido por: Sala Primera de la Corte.