

“Encendamos juntos la luz”

San José, viernes 10 de febrero de 2023
DAJ-C-0018-02-2023

Señora
Yaxinia Díaz Mendoza
Directora
Dirección de Recursos Humanos
Presente

Asunto: Atención a oficio DVM-A-DRH-1205-2023

Estimada señora:

Me dirijo a usted con ocasión de saludarle. En atención a la solicitud presente en el oficio de cita, ingresado en esta Dirección en la referencia interna N° 0255, expediente interno N° DAJ-DCAJ-EXP-29-2023, me permito manifestar lo siguiente:

1. Objeto de consulta

Se consulta si es procedente el pago de compensación económica por prohibición a un abogado nombrado como funcionario de confianza, en un puesto en el que no se establece ningún requisito específico respecto a la formación profesional.

2. Análisis de admisibilidad

El ámbito competencial de esta dependencia se encuentra regulado en el Decreto Ejecutivo No. 38170-MEP del 30 de enero de 2014, denominado “*Organización Administrativa de las Oficinas Centrales del Ministerio de Educación Pública*”, en sus artículos 13 y 16, donde dispone que le corresponde asesorar y emitir criterios jurídicos, únicamente ante la solicitud de las autoridades superiores, los Directores de las Oficinas Centrales y los Directores Regionales de Educación.

Así, el ejercicio de esta potestad consultiva se encuentra enmarcado por un ámbito objetivo y otro subjetivo: Asesorar y brindar criterios de índole legal, lo cual constituye el aspecto

“Encendamos juntos la luz”

objetivo de dicha función; y por su parte, el ámbito subjetivo se circunscribe, únicamente a las autoridades superiores del Ministerio de Educación, los Directores de las Oficinas Centrales y los Directores Regionales de Educación, de modo que toda gestión que no encuadre dentro de las competencias indicadas, son devueltas sin el análisis pretendido, ya que tales concreciones en la admisibilidad de la consulta ante esta Dirección, obedecen a la finalidad propia de esta dependencia (órgano superior consultivo técnico-jurídico) en concordancia con el fin del ejercicio de esta función, siendo que **no se pretende sustituir a las distintas oficinas en la toma de decisiones y en su accionar competencial, sino orientar a la administración desde la perspectiva del derecho, lo cual se refleja en la imposibilidad de conocer y resolver casos concretos, pues tal situación podría derivar en transfigurar la función asesora, para asumir un rol decisor, lo cual implica trasgredir la esfera de actuación determinada por la norma, violentando el principio de legalidad.** Todo ello de conformidad con lo establecido el Decreto Ejecutivo N° 38170-MEP, la Directriz número DM-774-06-2018 denominada “*Parámetros para solicitud de criterio jurídico ante la DAJ*” emitida por el Despacho Ministerial y la Circular DAJ-0022-12-2021 emanada por esta Dirección, de manera que, toda gestión debe superar el respectivo análisis de cumplimiento de los requerimientos dispuestos para ser considerada por el fondo.

Así las cosas, al efectuar el análisis para efectos de admisibilidad se detectó la carencia del criterio técnico emitido por la dependencia consultante; sin embargo, el mismo fue aportado mediante el oficio DVM-A-DRH-1373-2023 el día 25 de enero de 2023, con lo que subsanó la omisión, por lo cual, se determina que a partir de esa fecha se cumple con lo requerido y se procede con la emisión del criterio pertinente en términos generales, conforme a la normativa aplicable y no sobre las acciones que tendrán que tomarse en el caso en concreto.

3. Análisis de fondo

a. Consideraciones generales

“Encendamos juntos la luz”

La libertad profesional se cataloga como una libertad fundamental, involucra el derecho de elección de la profesión y el derecho de ejercicio de la actividad profesional escogida. Si bien nuestra Constitución Política no la consagra expresamente, puede deducirse de la conjunción armónica del derecho al trabajo y la libertad de empresa, consagrados en los artículos constitucionales 46 y 56.¹

Como toda libertad fundamental, para ser objeto de regulaciones que incidan y condicionen su disfrute efectivo, se debe respetar el régimen jurídico que las cubre, el cual se caracteriza por dos principios básicos: el de reserva de ley y el "*pro libertatis*".² El primero demanda que sólo mediante una norma con rango de ley -en sentido formal y material- o superior a ésta (nunca inferior), es posible reglar y restringir este tipo de libertades dentro de ciertas condiciones; así, la restricción deber ser calificada como necesaria, útil, razonable u oportuna, tendente a satisfacer una necesidad social imperiosa. Por su parte, el segundo principio informa la exégesis en estos casos al sostener que toda norma jurídica debe ser interpretada en forma que favorezca a la libertad.³

Bajo esta premisa, interesa rescatar en el contexto del derecho público, la relación de servicio que cubre a las personas funcionarias públicas, considerando que en aras de garantizar el servicio público, la Administración -en el ejercicio de su poder de imperio- les somete a un singular tratamiento que emana de la propia Carta Magna:

“ARTÍCULO 191.- Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración.

ARTÍCULO 192.- Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de

¹ Procuraduría General de la República (2002) Pronunciamento C-209-2002.

² Procuraduría General de la República (2002) Pronunciamento C-182-2020.

³ Contraloría General de la República (2019) Oficio 4769 DJ-0390.

“Encendamos juntos la luz”

idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.”

Este régimen de empleo público se caracteriza por nombramientos efectuados a partir de un estudio que permite comprobar la idoneidad de la persona para el puesto, según lo establecido por la Constitución, surgiendo como consecuencia una relación laboral regida por el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento principalmente; no obstante, la regla general posee excepciones, entre las que se resalta la referida a puestos de confianza, según lo autoriza el texto constitucional y se observa en el mismo “*Estatuto de Servicio Civil*”, Ley N° 1581, el cual detalla los sujetos que cobija:

“Artículo 1º.- Este Estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, y proteger a dichos servidores.”

(Mediante el artículo 49, sub inciso b), de la Ley Marco de Empleo Público N° 10.159 del 8 de marzo de 2022, se reformará este numeral. De conformidad con el transitorio XV de la ley afectante, dicha modificación entrará a regir doce meses después de su publicación, por lo que, a partir de dicha fecha, el nuevo texto será el siguiente: *“Artículo 1- Este estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Estado y las personas servidoras públicas, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública.”*)

“Artículo 2º.- Para los efectos de esta Estatuto se considerarán servidores del Poder Ejecutivo, los trabajadores a su servicio remunerados por el erario público y nombrados por acuerdo formal publicado en el Diario Oficial.”

“Artículo 3º.- No se considerarán incluidos en este Estatuto:

(...)

“Encendamos juntos la luz”

c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros. (...)”

En cuanto a los empleados de confianza, la Procuraduría General de la República (PGR) ha sostenido que esta categoría surge *“en razón de la naturaleza propia de las funciones desplegadas, pues (...) colabora sustancialmente en funciones de dirección, fiscalización, vigilancia y formulación de las políticas públicas; están además íntimamente relacionados con los jefes institucionales, por un lado, porque éstos son quienes discrecional y libremente los nombran y remueven (...), pues la confianza está referida a ellos, ya sea por condiciones subjetivas, de orden personal, u objetivas, como podrían ser atributos técnicos o profesionales o la simple comunidad ideológica que puedan hacerlos idóneos para el puesto; y por el otro, porque son aquéllos a quienes asesoran e incluso les prestan servicios personales (...)*”⁴. Dados tales atributos, les rige un régimen de empleo diferenciado, con características particulares excluidos del estatutario.

Como regla de principio, siguiendo la premisa expuesta inicialmente, las personas servidoras del Estado tienen la libertad para ejercer la profesión que ostentan una vez que ha concluido su jornada de trabajo, salvo que una ley disponga lo contrario. En este sentido, se han emitido diferentes leyes, las cuales se fundamentan en 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.”*⁵

⁴ Procuraduría General de la República Dictamen N° C-99-2008 del 3 de abril de 2008. En igual sentido C- 258-2013 de 20 de noviembre de 2013

⁵ Sala Constitucional (1995) Resolución número 3292-95 de las quince horas treinta y tres minutos del 18 de julio de 1995.

“Encendamos juntos la luz”

b. Sobre lo consultado

Se consulta en forma puntual la procedencia del pago de prohibición a un abogado nombrado como funcionario de confianza, en un puesto en el que no se establece ningún requisito específico respecto a la formación profesional. Sobre este particular traemos a colación lo regulado en el artículo 244 de la ley N°8 denominada Ley Orgánica del Poder Judicial, que en lo que interesa dice:

“ARTICULO 244.- Aunque sean abogados, no podrán ejercer la profesión los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República y de las municipalidades, salvo en sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados.

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

El numeral que antecede fue examinado por el Órgano Procurador, el cual abordó el pago de prohibición para servidores que ostentan el título de abogados y se encuentran nombrados en puestos de confianza donde no se requiere contar con esa profesión, indicando la improcedencia del reconocimiento de dicho rubro, aplicando así el principio “*pro libertatis*” mencionado supra. Al respecto se rescata lo manifestado:

“Encendamos juntos la luz”

*“ (...) la prohibición para el ejercicio de la abogacía dispuesta en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 5 de la ley n.º 5867, no distingue entre puestos técnicos y políticos, sino que prohíbe a todos los abogados de los poderes Ejecutivo, Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República, de las Municipalidades y a los egresados **que estén ejerciendo funciones de abogacía, dedicarse a labores privadas relacionadas con el ejercicio de su puesto.** Como producto de esa prohibición, debe otorgarse la compensación económica a la que se refiere el artículo 1º de la ley n.º 5867, **siempre que el puesto que ocupen esos funcionarios tenga como requisito la condición de abogado o de egresado, o que el puesto implique el ejercicio de funciones de abogacía en sus labores diarias.**”⁶ (El resaltado no corresponde al original)*

*“ (...) para el ejercicio de la abogacía y la compensación que debe reconocerse como consecuencia de esa prohibición, se deduce que **los funcionarios que sean egresados de los programas de licenciatura, maestría o doctorado en Derecho, y que estén ejerciendo funciones de abogacía en su puesto de trabajo, no pueden realizar actividades privadas relacionadas con el cargo que ocupan, salvo en sus propios negocios, en el de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos suegros, yernos y cuñados.**”⁷ (El subrayado no es del original)*

En este caso, según las interpretaciones esgrimidas por la PGR, el pago de prohibición corresponde si se cumplen las siguientes premisas: fungir en un puesto que tenga como requisito ser abogado y que sus funciones impliquen el ejercicio de la profesión.

⁶ Procuraduría General de la República, Dictamen C-107-2017

⁷ Procuraduría General de la República, Dictamen C-014-2020

“Encendamos juntos la luz”

Esta norma requiere una lectura sistemática del ordenamiento jurídico, que implica que el canon debe ser valorado considerando las conexiones del mismo con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte, a la luz de elementos que le dan sentido y contenido, en el entendido de que debe existir un orden coherente,⁸ por lo cual corresponde hacer mención de las disposiciones 36 y 31 contenidas en la Ley N° 2166, denominada Ley de Salarios de la Administración Pública que señalan lo siguiente:

“Artículo 36- Prohibición y porcentajes de compensación. *Los funcionarios públicos a los que por vía legal se les ha impuesto la restricción para el ejercicio liberal de su profesión, denominada prohibición, y que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 31 de la presente ley, recibirán una compensación económica calculada sobre el salario base del puesto que desempeñan, de conformidad con las siguientes reglas:*

- 1. Un treinta por ciento (30%) para los servidores en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.*
- 2. Un quince por ciento (15%) para los profesionales en el nivel de bachiller universitario.”*

(Así adicionado por el artículo 3° del título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N° 9635 del 3 de diciembre de 2018)

“Artículo 31- Requisitos de los funcionarios. *Los funcionarios que suscriban un contrato de dedicación exclusiva y aquellos señalados en la ley como posibles beneficiarios del pago adicional por prohibición deberán cumplir con los siguientes requisitos:*

⁸ Ley General de la Administración Pública:

“Artículo 10.-

- 1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.*
- 2. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere.”*

“Encendamos juntos la luz”

- 1. Estar nombrado o designado mediante acto formal de nombramiento en propiedad, de forma interina, suplencia o puesto de confianza.**
- 2. Poseer un título académico universitario, que le acredite como profesional en determinada área del conocimiento, para ejercer de forma liberal la profesión respectiva.*
- 3. Estar incorporado en el colegio profesional respectivo; lo anterior en caso de que dicha incorporación gremial exista y que la incorporación sea exigida como una condición necesaria para el ejercicio liberal.*
- 4. En los supuestos de dedicación exclusiva, se deberá estar nombrado en un puesto que tenga como requisito mínimo el grado académico profesional de bachiller.(...)”*

La “Ley de Salarios de la Administración Pública” ha sido objeto de diversas reformas y entre los temas que se han modificado se incluye la prohibición, que como se lee en las referencias efectuadas, para que aplique y se efectúe un pago por la misma, debe cumplirse con una serie de especificaciones:

- a. La precedente restricción legal.**
- b. Cumplir con lo establecido en el artículo 31:**
 - i. Estar nombrado o designado mediante acto formal de nombramiento en propiedad, de forma interina, suplencia o puesto de confianza.**
 - ii. Poseer un título académico universitario, que le acredite como profesional en determinada área del conocimiento, para ejercer de forma liberal la profesión respectiva.*
 - iii. Estar incorporado en el colegio profesional respectivo; lo anterior en caso de que dicha incorporación gremial exista y que la incorporación sea exigida como una condición necesaria para el ejercicio liberal.*

“Encendamos juntos la luz”

- iv. *En los supuestos de dedicación exclusiva, se deberá estar nombrado en un puesto que tenga como requisito mínimo el grado académico profesional de bachiller.*

Así las cosas, para ser sujeto de recibir el pago de prohibición en virtud del artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el numeral 31 de la Ley N° 2166, debe contarse con un nombramiento en propiedad, interino, en suplencia o en confianza, en un puesto que requiera el título de abogado y que ejerza funciones en ese sentido.

Debe recalarse que el sobresueldo por concepto de prohibición es inherente al puesto, de manera que **“no se otorgan con base en las características del servidor, sino que se derivan del puesto que se ocupe”**,⁹ según lo han sostenido la PGR y la CGR.

4. Conclusiones

En razón de lo anterior, se concluye:

- La libertad profesional como libertad fundamental que es, para ser objeto de restricciones se deben respetar los principios de reserva de ley y el “*pro libertatis*”.
- El régimen de empleo de servicio civil aplicable para la mayoría de personas servidoras públicas tiene como una de sus excepciones los puestos de confianza, los cuales se rigen por reglas diferenciadas.
- Como regla de principio, las personas servidoras del Estado tienen la libertad para ejercer la profesión que ostentan una vez que ha concluido su jornada de trabajo, salvo que una ley disponga lo contrario.
- De la lectura sistemática del artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el numeral 31 de la Ley N° 2166, se entiende que para efectos del reconocimiento del sobresueldo por concepto de prohibición, la persona servidora

⁹ Procuraduría General de la República dictamen C-269-2014 del 4 de setiembre del 2014 y Contraloría General de la República Oficio DJ-0669 28 de mayo de 2018.

“Encendamos juntos la luz”

debe contar con un nombramiento en propiedad, interino, en suplencia o en confianza, en un puesto que requiera el título de abogado y que ejerza funciones en ese sentido en respeto al principio “pro libertatis”.

- Considerando la normativa y jurisprudencia administrativa antes indicada, corresponde a las instancias ministeriales competentes, entre estas la Dirección de Recursos Humanos, determinar caso a caso la viabilidad del pago de la prohibición, esto valorando si el puesto requiere del título de abogado para su ejercicio y si las funciones que se desarrollan en dicho puesto corresponden al ejercicio de la abogacía.

Cordialmente,

Daniel Alejandro Jurado Laurentín
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos

📁 Archivo/consecutivo.

Revisado por: Fernando Sanabria Porras, Jefe Unidad de Consultas.
Aprobado por: María Gabriela Vega Díaz, Jefa Departamento de Consulta y Asesoría Jurídica.
Visto bueno: Mario López Benavides, Subdirector DAJ.