

Dictamen : 187 del 30/07/2012

30 de julio del 2012

C-187-2012

Señora

Vera Violeta Corrales Blanco

Alcaldesa

Municipalidad de Pérez Zeledón

Estimada señora:

Con la anuencia de la señora Procuradora General de la República, me es grato dar respuesta a su Oficio OFI-2585-12-DAM, de fecha 22 de junio del 2012, a través del cual solicita nuestro criterio técnico jurídico acerca de lo siguiente:

“1.- Resulta legalmente posible, tomando en cuenta que la aplicación del artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere básicamente al pago de prohibición, que se pueda aplicar a los abogados municipales, contratados bajo un régimen temporal como el de Servicios Especiales o de manera definitiva, directamente o como funcionarios municipales en otros puestos que no tengan una función directamente jurídica, del contrato para Dedicación Exclusiva.

2.- Para el caso de los abogados que sean notarios, tanto la prohibición como la Dedicación Exclusiva cubre para que no puedan ejercer actos notariales como tal, o dichas limitaciones no cubren un impedimento para ejercer el notariado aunque sean funcionarios.

3.- Resulta procedente pagarle el derecho a la prohibición a los abogados que como asesores sean contratados, de manera temporal o definitiva, por el Concejo

Municipal como asesores legales en todas las materias, incluyendo la tributaria.

4.- Constituye una prohibición implícita la indicada en el artículo 244 supra indicado, para que todos los abogados que laboren de manera temporal o en propiedad en las municipalidades, por el simple hecho de ser abogados y sean nombrados en la administración municipal tengan la prohibición de ejercer externamente su profesión, sin que tengan derecho a algún reconocimiento salarial extra como lo es la Dedicación Exclusiva.”

I.- CONSIDERACIÓN PRELIMINAR:

De previo a evacuar las dudas planteadas, es menester señalar que, pese no aportarse el criterio legal que exige el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República,¹ para dar trámite al estudio correspondiente, y dado que indica en su Oficio, que el tema de consulta es de interés directo de los abogados de esa municipalidad, este Órgano Consultor procederá a evacuar cada una de aquellas, en virtud del reiterado criterio que al respecto existe.

En segundo lugar, es importante también advertir que de conformidad con los artículos 1, 2 y 3, inciso b) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Ley No. 6815 de 27 de setiembre de 1982), esta Procuraduría por ser el órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública, solamente está autorizada para evacuar consultas a los diferentes repartos administrativos que así lo requieren en aspectos jurídicos de carácter general y abstracto. En ese sentido, se ha señalado, que:

“... las consultas sometidas a la Procuraduría General de la República, por parte de los diferentes repartos administrativos, deben tratarse de cuestiones jurídicas de carácter general; es decir, que no versen sobre situaciones concretas e individualizables, sobre

las que además se encuentre pendiente una decisión por parte de la Administración activa, ya que nuestros dictámenes se circunscribe al análisis y precisión de los distintos institutos, principios y reglas jurídicas, abstractamente considerados (Al respecto pueden consultarse los dictámenes C-194-1994, C-145-1999, C-151-2002, C-188-2002, C-271-2002, C-277-2002, C-306-2002, C-006-2003, C-018-2003, C-041-2003, C-062-2003, C-068-2003, C-099-2003, C-147-2003, C-218-2003, C-378-2003, C-018-2004, C-021-2004, C-120-2004, C-222-2004, C-315-2004, C-361-2004, C-364-2004 y C-294-2005; así como las opiniones jurídicas O.J. 025-2003, O.J.- 016-2004, O.J.-037-2004, O.J.-009-2005 y O.J.-015-2005). y menos, es posible que emitamos nuestro criterio técnico-jurídico sobre asuntos que han sido sometidos previamente a los Tribunales de Justicia, en los que no se ha dictado sentencia definitiva (En ese sentido remito a los dictámenes C-123-2003, C-138-2003 y C-080-2005, así como a las Opiniones Jurídicas O.J.- 019-2003, O.J.-037-2003, O.J.-085-2003 y O.J.- 230-2003).

Véase Dictamen No. C-425, de 08 de diciembre del 2005)

En virtud de lo anteriormente expuesto, y a fin de que sea de utilidad a la administración corporativa, esta Procuraduría se permitirá emitir el criterio correspondiente de manera general y abstracta, es decir sin hacer mención a situaciones individuales que pudiesen anteceder sobre el tema consultado, tal y como se deja ver de la documentación aportada.

II.- ANÁLISIS DE LA CONSULTA PLANTEADA:

-Sobre el Régimen de Prohibición al Ejercicio Liberal de la profesión de abogacía en la Administración Pública:

Esta Procuraduría en reiteradas y diversas ocasiones se ha pronunciado en torno al régimen de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión de abogado, al tenor del artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que a la letra, establece:

“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.”

(Lo resaltado en negrilla no es del texto original)

Es clara la citada norma al establecer que la restricción del ejercicio liberal de la profesión va dirigida a todos aquellos servidores o funcionarios públicos abogados en propiedad o interinos 2, que presten el servicio en cualquiera de las instituciones a que se hacen alusión allí, es decir, 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; excepto en la atención de sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados. Así, este Despacho mediante Opinión Jurídica No. 111, de 08 de julio del 2003, atinadamente, señaló:

“Según lo ha precisado en otras muchas oportunidades este Órgano Asesor, lo previsto en el numeral transcrito de la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta ser, fundamentalmente, una prohibición legal inherente a la relación de servicio público, que impide ejercer liberal o privadamente la profesión de abogado a los servidores propietarios

e interinos (éstos últimos según resolución N° 2001-00648 de las 16:45 horas del 24 de enero del 2001, de la Sala Constitucional) 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, con las salvedades que la propia norma establece.

Esta prohibición, de acatamiento obligatorio, está determinada por la incompatibilidad que tienen los servidores públicos, una vez sometidos al régimen jurídico que les rige en sus puestos, para desempeñarse en actividades particulares que puedan comprometer los deberes éticos y morales de imparcialidad, lealtad, objetividad e independencia de la función estatal (dictamen C-320-2001 de 22 de noviembre del 2001 y C-209-2002 de 21 de agosto del 2002).

Según lo ha reiterado la Sala Constitucional, "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."

(resolución N° 3932-95 de las 15:33 horas del 18 de julio de 1995, y en sentido similar, las resoluciones 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993, 3502-94 de las 15:28 horas del 12 de julio de 1994, 642-94 de las 14:06 horas del 20 de diciembre de 1994, 2883-96 de las 17:00 horas del 13 de junio de 1996 y 2000-00444 de las 16:51 del 12 de enero del 2000 y 00-11524 de 21 de diciembre del 2000).

Es indiscutible entonces, que resulta necesario resguardar, a través del régimen de prohibiciones, impedimentos e incompatibilidades, la imparcialidad y objetividad de los órganos administrativos, para un adecuado ejercicio de la función administrativa.

En lo que interesa al caso en consulta, el Código Municipal -Ley N° 7794 de 30 de abril de 1998 y sus reformas-, establece entre los deberes de los servidores municipales: el cumplir las obligaciones vigentes en sus cargos, el prestar los servicios contratados con absoluta dedicación y apego a los principios legales, morales y éticos, así como garantizar su compromiso en cuanto a la integridad y fidelidad en su trabajo en aras de cumplir con los objetivos y la misión de la municipalidad (artículo 147, incisos a, b y d). A su vez, les está prohibido actuar en el desempeño de sus cargos, con fines distintos de los encomendados, tener obligaciones laborales en otras entidades, públicas o privadas, o adquirir compromisos con evidente superposición horaria y el participar en actividades vinculadas con empresas o intereses privados que puedan causar evidente perjuicio a los municipales o competir con ellos (artículo 148, incisos b, c y d).

Según lo ha determinado esta Procuraduría General, las exigencias legales vistas, no son condición de elegibilidad, sino de incompatibilidad funcional; se trata de condiciones personales que tienden a garantizar el correcto ejercicio del cargo público, no sólo en aras de aumentar la neutralidad, libertad e independencia de los servidores municipales, sino para incrementar la calidad y eficiencia de sus servicios (Pronunciamientos C-127-2002 de 24 de mayo del 2002 y O.J.-109-2002 de 5 de agosto del 2002).

En razón de lo expuesto, tanto los funcionarios que ocupan un puesto en propiedad, como los interinos, de los Poderes de la República y demás dependencias y entes públicos enunciados en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se encuentran compelidos, de manera imperativa, a no ejercer, de manera privada, la abogacía, por ostentar, precisamente, la condición de "funcionario"; es decir, basta con aceptar un cargo público y que su nombramiento se haya conformado mediante acto válido y eficaz de investidura, al tenor de lo dispuesto en el ordinal 111 de la Ley General de la Administración Pública, para que no puedan ejercer, de modo particular, su profesión de abogados. “

Se infiere del texto jurisprudencial transcrito, que la finalidad que se persigue con esta clase de norma en nuestro ordenamiento jurídico, es indudablemente tutelar la eficiencia y efectividad de la gestión pública bajo los principios de neutralidad, objetividad e imparcialidad que deben prevalecer en todo actuar del servidor o funcionario público, tal y como lo ordenan los artículos 11 de la Constitución Política y, 4 y 11 de la Ley General de la Administración Pública. Pues de lo contrario, permitir la simultaneidad de ambos conceptos en la Administración Pública, puede conllevar a un eventual enfrentamiento entre el interés público y el interés particular del abogado con las consecuencias que ello ocasionaría en perjuicio del interés general; circunstancia que es precisamente lo que el legislador trata de evitar a través de normas como la de análisis en este aparte, y que valga enfatizar, en los incisos b) y d) del artículo 148 del Código Municipal se establece la prohibición del servidor municipal de actuar en el desempeño de sus cargos, con fines distintos de los encomendados o participar en actividades vinculadas con empresas o intereses privados que puedan causar evidente perjuicio a los municipales o competir con ellos.

No menos importante es subrayar que la prohibición al ejercicio liberal de la profesión de abogado que establece el artículo 244 de la LOPJ comprende también al servidor o funcionario que ostentando dicha profesión, estuviere nombrado para cubrir las ausencias temporales de los funcionarios permanentes, contratados por la partida de suplencias o por contratos para cubrir necesidades temporales de plazo fijo u obra determinada y amparada a las partidas de sueldos por servicios especiales o jornales ocasionales, es decir en los términos del segundo párrafo del artículo 118 del Código Municipal.

De lo hasta aquí expuesto, se puede concluir que el numeral 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no hace distinción alguna en cuanto a cuáles abogados de las citadas instituciones públicas se refiere cuando establece que “aunque sean abogados no podrán ejercer la profesión los servidores de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República y de las municipalidades”;

y, en ese sentido, cabe advertir con la autorizada doctrina patria, que “*No es lícito distinguir donde la ley no distingue*”³. Por consiguiente, la citada norma debe ser aplicada en los términos claros de su contenido, al tenor del precitado principio de legalidad administrativa.

- Sobre el pago de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión de abogado:

Si bien mediante el mencionado artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establece el impedimento al ejercicio liberal de la profesión de abogacía que ostentan los funcionarios o servidores que prestan el servicio en los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República y de las municipalidades, esa restricción por sí misma no autoriza una compensación económica. Debe existir por aparte una norma legal que expresamente establezca el pago respectivo.

Así, este Órgano Consultor ha señalado:

“ Esto es, que el pago por prohibición requiere de base legal, sin la cual deviene improcedente, es decir, que no solamente debe existir una norma legal que establezca la prohibición al ejercicio liberal de la profesión, sino que también, es indispensable otra disposición, de rango legal, que autorice la retribución económica, como resarcimiento al profesional por el costo de oportunidad que implica no ejercer en forma privada su profesión, a efecto de que todos sus conocimientos y energía los ponga al servicio de la entidad patronal.”

(Dictamen C-299-2005 del 19 de agosto del 2005.)

En el caso de los servidores o funcionarios abogados que prestan el servicio en las diferentes municipalidades del país, ya se ha indicado que este colectivo se encuentra limitado en el ejercicio liberal de la profesión que ostentan como tales, según claramente lo estipula el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No obstante ello, y a pesar de esa limitación, no existe una norma dentro de nuestro ordenamiento jurídico que autorice compensar a ese personal a través de un porcentaje salarial, como en efecto se aplica para una gran mayoría de funcionarios o servidores, al tenor de la Ley No. 5867 de 15 de

³ Véase, Brenes Córdoba (ALBERTO), “Tratado de las Personas”, Editorial Costa Rica, San José, 1974, p.44

diciembre de 1975 y sus reformas, así como lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. En ese sentido, este Despacho, ha señalado, en lo conducente:

“Como puede verse de ese texto legal, aparte de las salvedades allí establecidas, los funcionarios que ocupen puestos en propiedad e incluso -se agrega ahora- los que ocupen puestos interinos en las municipalidades del país (según reiterado criterio de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto que la ocupación de un cargo de forma interina no es justificación razonable para distinguir los derechos y deberes entre uno y otro funcionario, como se explicará adelante) se encuentran compelidos a no ejercer, privadamente, la profesión de abogado, por ostentar, precisamente, la condición de "funcionario"; es decir, basta que su nombramiento se haya conformado mediante un acto válido y eficaz de investidura, al tenor de lo dispuesto por el artículo 111 de la Ley General de Administración Pública, para que se encuentren limitados a ejercer liberalmente la profesión que ostenta, si no es en contravención con la señalada norma legal.

Hecha la anterior observación, se concluye, en lo que a este aparte atañe, que la prohibición del ejercicio liberal de la abogacía, contenida en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, afecta a los abogados que también laboran en las diferentes municipalidades del país.

Sin embargo, el legislador, a través de diversas reformas a la Ley Número 5867 de 15 de diciembre de 1975, (entre ellas, mediante Ley No. 6008 del 9 de diciembre de 1976, reformada por Ley 6222 de 2 de mayo de 1978, se aplica el incentivo por prohibición a los licenciados y egresados del Poder Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, Registro Civil y Contraloría General de la República, pues los abogados del Poder Ejecutivo ya estaban contemplados en el texto original del artículo 5) se ha dado a la tarea de otorgar con carácter impositivo, un rubro salarial, que en alguna medida, viene a compensar la apuntada restricción a una gran parte de los profesionales de la función pública, dejando de lado algunos de

ellos, como sucede en el presente estudio. Así lo detectó este Despacho en su oportunidad, al argüir:

" A pesar de lo anterior, en ninguna de las leyes citadas se incluyó expresamente como beneficiarios de la compensación económica en estudio a los abogados de las municipalidades (1) . Ello implica que a esos profesionales no podría reconocérseles como consecuencia de la prohibición específica establecida en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, compensación económica alguna, pues -insistimos- aunque la restricción para el ejercicio profesional privado está contemplada en el ordenamiento jurídico y debe acatarse, no existe norma alguna que respalde el pago de una retribución salarial derivada de esa prohibición. " (...) (Ver, Opinión Jurídica Número 035-2000 de 27 de abril del 2000)"

(Dictamen C-025-2007 del 02 de febrero del 2007)

Sin embargo, es oportuno señalar, que esta Procuraduría ha sostenido en varios de sus dictámenes, que en tratándose de funcionarios o servidores abogados que realizan funciones derivadas del ejercicio de las competencias propias que ejercen las Municipalidades como administración tributaria a la luz, fundamentalmente, de los incisos d) y e) del artículo 4 del Código Municipal, procedería el pago de la compensación económica a que refiere la citada Ley No. 5867, ya que ese personal, salvo en ciertas excepciones, se encontraría constreñido en desempeñarse en la empresa privada en actividades propias de la materia tributaria, o hacer reclamos a favor de los contribuyentes o asesorarlos en sus alegatos o presentaciones en cualesquiera de las instancias. En ese sentido, el artículo 118 del Código de Procedimientos Tributarios (Código Tributario) 4 establece:

"Artículo 118.-

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

⁴ Véase Ley No. 4755 de 3 de mayo de 1971 y sus reformas

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.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley Nº 5179 de 27 de febrero de 1973).

(Así corregida su numeración por el artículo 6 de la Ley de Justicia Tributaria No.7535 del 1 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo 113 al actual)”

(El enfatizado no es del texto original)

Sobre el particular y mediante el Dictamen C-348-2007 de 02 de octubre del 2007, este Órgano Consultor, señaló, en lo que interesa:

“De esa manera se indicó en el citado Dictamen, que en lo que respecta a la compensación económica a que refiere la Ley No. 5867 de 15 de diciembre de 1975 y sus reformas, ésta fue creada

originalmente para aquel personal de la Administración Tributaria, que en razón de sus cargos, se les prohíbe, fundamentalmente, desempeñarse en la empresa privada en actividades propias de la materia tributaria, salvo en determinadas situaciones. Así, el artículo 118 (antes 113) del "Código de Normas y Procedimientos Tributarios", establece lo siguiente:

De ahí que esta Procuraduría, mediante el Dictamen No. C-329-2005, de 16 de septiembre del 2005, señaló también que de conformidad con el artículo 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, aquel personal que tenga a cargo tareas de administración, percepción y fiscalización de tributos en otras instituciones del Estado, como sería el caso de las municipalidades, procedería el reconocimiento del pago del citado plus por prohibición al ejercicio privado de la profesión, si reúnen los requisitos que la recién citada normativa establece al respecto . En ese sentido, este Órgano Consultor reiteró en otros de sus pronunciamientos, que:

"La compensación económica por prohibición fue prevista originalmente para aquellos servidores que integrasen la llamada Administración Tributaria, al tenor de lo establecido en el artículo 113 (numeración anterior) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que corresponde hoy al artículo 99 de dicho cuerpo normativo en razón de la reforma introducida por el artículo 3 de la Ley de Justicia Tributaria No.7535 de 1 de agosto de 1995.

El referido artículo 99 establece que "Se entiende por Administración Tributaria al 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."

El artículo 4 inciso e) del Código Municipal vigente (Ley 7794) establece entre otras atribuciones de las Municipalidades "Percibir y administrar, en su carácter de administración tributaria, los tributos y demás ingresos municipales.

Consecuente con lo anterior no queda ninguna duda de que las corporaciones municipales integran la llamada administración tributaria, y con ello el personal municipal que por razón de sus cargos desempeñen labores estrechamente relacionadas con la materia tributaria que administran, tal y como lo expresó la Contraloría General de República en su Oficio 14968 de 25 de noviembre de 1994, lo que determinarán las propias municipalidades, se encuentran sujetos a la referida prohibición del ejercicio liberal de sus profesiones, regulada en la citada ley 5867 y sus reformas". (OJ-085-99)

(Ver, Dictamen 006-2001 de 16 de enero de 2001. En el mismo sentido, ver Dictámenes, Número C-395-83 de 1 de diciembre de 1983, C-077-91 de 9 de mayo de 1991; C-098-91 de 11 de junio de 1991; C-041-92 de 2 de marzo de 1992; C-170- 2003 de 12 de junio de 2003)

De lo anteriormente transcrito, pudo concluirse que al tener las municipalidades bajo su competencia la administración, fiscalización y recaudación de impuestos municipales, -por disposición del inciso 13 del artículo 121 de la Constitución Política y Ley Número 7794 de 9 de octubre de 1998- se constituyen, per se, "administración tributaria". De esa forma, los incisos d) y e) del artículo 4 del citado Código Municipal, prescriben, expresamente, que las entidades corporativas municipales tienen la atribución de aprobar las tasas, los precios y las contribuciones municipales, proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales, como también de percibir, recaudar y administrar toda esa clase de tributos. Por ende, -se repite- a todas aquellas personas que tienen a cargo las mencionadas tareas, les asistiría el derecho a percibir la compensación económica en análisis, previo cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 1 de la precitada Ley. Responsabilidad que compete determinar y decidir a la Administración bajo su cargo, a fin de que el pago sea conforme con el ordenamiento jurídico. “

-Improcedencia de la aplicación del Régimen de la Dedicación Exclusiva a los abogados de la Administración Municipal:

En cuanto a la posibilidad de que los abogados en general de esa institución corporativa puedan percibir el rubro por concepto de dedicación exclusiva de la función pública, es pertinente reiterar que, el impedimento de ejercer liberalmente la abogacía proviene del artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y como tal, esa disposición legal es de obligada aplicación a todos los funcionarios o servidores públicos que laboran en las diferentes instituciones establecidas allí, dentro de los cuales se encuentran los abogados de las municipalidades; es decir, el contenido de dicha norma es de carácter imperativo. Circunstancia, que resulta ser diferente en tratándose del Régimen de la Dedicación Exclusiva, pues el sujetarse o no a esta normativa, depende tanto de la voluntad del trabajador como de la Administración Pública para poder suscribir un contrato de esa índole. En otras palabras, el profesional puede sujetarse a ese régimen de manera voluntaria, mediante un convenio suscrito entre él y la Administración, a fin de que el primero se obligue a dedicarse exclusivamente a la función pública bajo los términos que al respecto se regulen en el respectivo reglamento, mientras que la institución pública o municipalidad correspondiente se obliga a retribuirle un determinado porcentaje adicional calculado casi siempre sobre el salario base del servidor o funcionario público. En este sentido, esta Procuraduría ha señalado que este régimen se define “ *como la obligación que adquiere el profesional con la Institución con la que labora, de no ejercer de manera particular en forma remunerada o ad honorem ninguna profesión que ostente, ni actividades relacionadas con ésta, adquiriendo la entidad el compromiso de retribuirle un porcentaje adicional sobre el salario base, previa suscripción de un contrato*”. (Citado en OJ-067-2005 de 26 de mayo de 2005. En ese mismo sentido ver pronunciamiento C-386-83, de 17 de noviembre de 1983; y C-345-2006, de 28 de agosto, C-366-2006; de 14 de setiembre y C-418-2006, de 19 de octubre, todos de 2006).

Por su parte la Sala Constitucional, ha señalado que el Régimen de la Dedicación Exclusiva es el medio mediante el cual “ *la Administración pretende por razones de interés público contar con un personal dedicado exclusiva y permanentemente a la función estatal que lo convierta en una fuerza de trabajo idónea y más eficiente, contratar con el funcionario de nivel profesional sus servicios exclusivos, a cambio de un plus salarial. Así, el sistema le permite al servidor calcular si el beneficio del ejercicio privado de su profesión es mayor o menor que la compensación salarial que el Estado le entrega a cambio de la prestación exclusiva de sus servicios. En consecuencia, el servidor evalúa la situación y decide voluntariamente concertar con la Administración (si a su vez ésta conviene en ello) el*

pago del plus salarial o continuar ejerciendo libremente su profesión." (Véase, Sentencia Número 2312-95 de las dieciséis horas quince minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco. En el mismo sentido, véase Sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia No. 89-171-LAB de 14:30 horas del 3 de noviembre de 1989)

En consecuencia, y de conformidad con todo lo anteriormente expuesto en este acápite, se concluye que, no resulta procedente que los abogados de esa municipalidad se acojan al Régimen de Dedicación Exclusiva allí existente, pues ellos están sujetos de manera imperativa al régimen de incompatibilidad que existe entre el ejercicio liberal de la profesión de abogacía y la función pública, según el tantas veces citado artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En otras palabras, ambos regímenes son distintos y excluyentes entre sí, en virtud de la naturaleza que cada uno de éstos tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre el impedimento legal del funcionario o servidor municipal respecto del ejercicio privado de la función notarial, e inexistencia de norma legal que autorice un pago compensatorio:

En lo que respecta a la inquietud acerca de *"si para el caso de los abogados que sean notarios tanto la prohibición al ejercicio liberal de la profesión de la abogacía como el Régimen de la Dedicación Exclusiva cubre para que no puedan ejercer actos notariales o dichas limitaciones no cubren un impedimento para ejercer el notariado aunque sean funcionarios"*(Sic), cabe comentar de primero, que para ser notario público en nuestro ordenamiento jurídico, el profesional debe contar con la licenciatura en Derecho. Así, los artículos 1, 2 y 3, inciso c) del Código Notarial, establecen, en su orden:

"ARTÍCULO 1.- Notariado público

El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él.

(El resaltado en negrita no es del texto original)

ARTÍCULO 2.- Definición de notario público

El notario público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.

En leyes, reglamentos, acuerdos y documentos, cuando se use la palabra notario debe entenderse referida al notario público.”

(El resaltado en negrita no es del texto original)

“ARTÍCULO 3.- Requisitos

Para ser notario público y ejercer como tal, deben reunirse los siguientes requisitos:

(...)

*c) **Ser licenciado en Derecho**, con el postgrado en Derecho Notarial y Registral, graduado de una universidad reconocida por las autoridades educativas competentes; además, haber estado incorporado al Colegio de Abogados de Costa Rica al menos durante dos años y, con la misma antelación, haber solicitado la **habilitación para ejercer el cargo**”*

Como puede observarse del contenido claro de las normas transcritas, la función notarial se liga como una especialidad en la carrera profesional del Derecho, al establecerse en los numerales 2 y 3, inciso c), que para ser notario público el individuo debe ser licenciado en derecho con el posgrado en Derecho Notarial y Registral. De ahí que, el impedimento del funcionario público de realizar privadamente actos o contratos notariales, según el inciso f) del artículo 4 del Código Notarial coincide en alguna medida con el impedimento del funcionario público de ejercer privadamente la abogacía, según el numeral 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, salvo las excepciones estipuladas expresamente en cada una de esas normativas. Aunque claro está, aquella prohibición cubre a más funcionarios o servidores públicos al incluir a los

que ocupen 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.

Pero por lo demás, tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia han concordado en que el impedimento establecido en el citado artículo 4, inciso f) del Código en referencia, tiene su origen en la situación en que el notario adquiere una condición especial y contradictoria con la función de ser funcionario público. Así, la Sala Constitucional al citar la sentencia constitucional No. 2000-4258, ha explicado en lo conducente:

“En este sentido es oportuno recordar lo señalado en la sentencia 2000-4258 en el sentido de que tales impedimentos pretenden garantizar que el Notario cumpla cabalmente los deberes que le impone el Código de Notariado cuyo primer artículo describe la función notarial como una función pública ejercida privadamente, por medio de la cual el notario asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él. Precisamente, es esa calificación de la función notarial -función pública ejercida privadamente-, la que justifica que al Notario se le impongan restricciones similares a las que se han impuesto a funcionarios públicos que no tienen tal condición, pero que suscriben contratos de dedicación exclusiva o se adhieren al régimen de prohibición. Se trata de evitar la posibilidad de desempeñar dos funciones al mismo tiempo, por el inevitable conflicto de intereses que podría darse. Por ello, la limitación derivada del tipo de contrato laboral -a plazo fijo-, lejos de ser contraria al orden constitucional, encuentra fundamento en sus principios. Debe recordarse que el texto de la primera Ley Orgánica de Notariado que tuvo el país, del doce de octubre de mil ochocientos ochenta y siete, disponía en el artículo 23 y de manera absoluta que: “El ejercicio del Notariado es incompatible con cualquier otro empleo o cargo público, que exija un servicio diario de tres o más horas. El que aceptare cargo ó empleo de esa clase, cesará en sus funciones de Notario (...)”. En relación con el tema de

las incompatibilidades, este Tribunal, en la sentencia 1993-0643, señaló: "(...) 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 9º), 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)". Es así como razones de orden público justifican plenamente la sujeción de la función notarial a toda una serie de requisitos e impedimentos. Un análisis de las actas legislativas en las cuales se discutió el Código Notarial, permite concluir que la voluntad del legislador fue que la labor de los notarios, al menos por regla general, sean realizadas por profesionales que no sean servidores regulares de las dependencias públicas (ver en este sentido sentencia 2000-004258). La exigencia de que la función notarial sea realizada por funcionarios sujetos a un contrato laboral de plazo determinado -ya sea porque se determine cronológicamente o sujeto al cumplimiento de determinadas tareas-, es reflejo de esa voluntad. Ello no solo no es inconstitucional, sino que resulta coherente con la naturaleza de la función notarial y la conducta que el legislador desea del notario. Esos funcionarios -los contratados a plazo fijo-, no están sujetos a una relación de empleo público; su condición temporal justifica que se les exceptúe del impedimento general. De ahí que el Tribunal estima que el concepto -plazo fijo-, no viola ningún derecho fundamental" (voto n.º 9564 de las 16:07 horas del 5 de julio de 2006).

De lo analizado hasta aquí, se puede concluir, que el funcionario o servidor municipal en general se encontraría impedido para ejercer privadamente la función notarial. No obstante ello, no existe norma en nuestro ordenamiento que autorice un pago compensatorio por dicha restricción. En ese sentido, este Despacho mediante el Dictamen No. C-161 de 13 de mayo del 2008, ya había expresado muy atinadamente, que:

“Al respecto cabe indicar que este punto sujeto también a consulta no es nuevo. En efecto, en la vía ordinaria laboral se conoció y resolvió sobre una demanda interpuesta por un notario funcionario público.

*La pretensión del accionante consistió en que el Estado debía reconocerle por la limitación impuesta -no ejercicio del notariado- **“una retribución diferente de la prohibición de la abogacía, no menor que el porcentaje recibido por concepto de prohibición al ejercicio de la abogacía (no menor al 65% del salario base)”***

Ese proceso, dada su complejidad y novedad, tuvo la característica de que la sentencia de primera instancia fue a favor del actor. No obstante, ese fallo fue revocado en segunda instancia y confirmado por Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia N° 1999-00333 de las 10:30 horas del 27 de octubre de 1999.

A continuación transcribiremos las razones o fundamentos que tuvo la Sala para confirmar el fallo del Tribunal y, por ende, rechazar la demanda interpuesta:

“II.-

Tal y como se ha indicado en anteriores pronunciamientos, el pago de prohibición a los servidores públicos, se estableció para retribuirles la imposibilidad legal de ejercer su profesión, fuera del puesto desempeñado. Por eso, el pago opera automáticamente, pues no está dentro de las facultades del servidor renunciar a esa prohibición y el patrono carece de discrecionalidad para poder dispensarla; entonces, cabe afirmar que, la sola aceptación del puesto, implica su pago.

III.-

Si se observa el contenido de esa normativa especial, con el debido detenimiento, se concluye, con facilidad, que lo que dichas 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 tienen 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. Se crea y se paga así una incompatibilidad propia y originada en la relación de empleo público, para determinados cargos de rango profesional o académico. (...) Si un profesional en Derecho, que también ostenta el título de Notario Público, acepta un destino concreto en el Estado, en relación de empleo público, se coloca en una situación de incompatibilidad, en lo que respecta a la función notarial; que también es pública pero de ejercicio privado, y queda en tal situación especial, no porque las leyes de empleo lo establezcan, sino porque la ley que organiza el notariado, crea la incompatibilidad. Así las cosas y visto el asunto desde esta perspectiva; expresó, correctamente, el Tribunal, bajo el cardinal principio de legalidad su criterio jurídico, en un todo conforme a Derecho, porque no se puede aplicar una ley que ha establecido o permitido el pago de un plus salarial, por la prohibición que resulta de normativa del empleo y basar en ella una compensación, por una incompatibilidad propia de otro régimen. En realidad no existe norma que autorice el pretendido pago de la incompatibilidad y no se ve por qué deba haberla, ya que la situación en que queda el Abogado, que libremente acepta un destino público, en

relación con el ejercicio de la función notarial, tiene su origen en una elección de la persona, adoptada voluntariamente, en el ejercicio de su derecho de escoger la actividad que más le convenga, desde el punto de vista de sus intereses personales, familiares y económicos. De esta manera, ni siquiera la paridad de razones, podría aplicarse, legal y supletoriamente, aquel otro régimen de pago de prohibición; dado que este supuesto, es completamente diferente”.

Del fallo antes transcrito se desprenden argumentos contundentes que hacen imposible reconocer una compensación por el no ejercicio del notariado, derivada de una relación de empleo público. *La razón principal como bien lo afirma la Sala en su sentencia, es que en nuestra legislación no hay norma alguna que autorice ese pago.*

(El resaltado no es del texto original)

En consecuencia, y por las mismas razones arriba señaladas, no es posible que un funcionario o servidor público que se encontrare impedido legalmente para ejercer liberalmente el notariado pueda sujetarse al régimen de la dedicación exclusiva, en virtud de la naturaleza contractual que ostenta esta clase de normativa.

Está demás resaltar, las excepciones al impedimento en comentario, según lo dispuesto en el inciso d) del artículo 5 del Código Notarial, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 5.- Excepciones.

Se exceptúan de la prohibición contenida en el inciso f) del artículo anterior:

(...)

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

(...)"

Puede observarse de la norma legal transcrita, que del impedimento que posee todo funcionario o servidor público al ejercicio privado del notariado, al tenor del mencionado inciso f) del artículo 4 del Código Notarial se exceptúan aquellos funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, las instituciones pública y municipalidades que se encuentren ocupando puestos a plazo fijo, excluidos del Régimen Estatutario, y que no gocen de un sobresueldo o compensación económica ya sea por prohibición o dedicación exclusiva. Ello, siempre que no exista superposición horaria ni exista alguna disposición a lo interno de la institución que prohíba la función notarial. En este sentido, este Despacho mediante el Dictamen No. 232 de 04 de noviembre de 1998, señaló en lo conducente:

"En relación con lo que dispone el mencionado inciso d) del numeral 5, valga aclarar que, cuando ahí se prescribe la posibilidad de que un grupo específico de funcionarios pueda ejercer el notariado, lo hace teniendo en consideración de que no se trate de funcionarios comunes y corrientes, sino de aquellos que, por las especiales características de sus cargos, no les liga los principios de los numerales 191 y 192 de la Carta Política, a saber: "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." y "Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de 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."

Finalmente, se recomienda que esa administración se remita a los dictámenes números C-413, de 20 de noviembre del 2008 y C-089 de 25 de abril del 2011, a fin de contar con una panorama más amplio sobre el impedimento que poseen los funcionarios y

servidores públicos en general respecto del ejercicio privado de la función notarial, así como sus excepciones, en los términos precisos y claros del mencionado Código Notarial, No. 7764 de 17 de abril de 1998.

III.- CONCLUSIONES:

De conformidad con todo lo expuesto, se concluye lo siguiente:

1.- En virtud del artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, todo funcionario o servidor municipal que ostente la profesión de abogado se encuentra impedido para ejercer privadamente la abogacía; excepto en la atención de sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados.

2.- Pese que los servidores o funcionarios abogados que presten el servicio en las diferentes municipalidades del país, se encuentran impedidos para ejercer privadamente la abogacía, no existe una norma dentro de nuestro ordenamiento jurídico que autorice el pago por dicho concepto, como en efecto se aplica para una gran mayoría de funcionarios o servidores, al tenor de la Ley No. 5867 de 15 de diciembre de 1975 y sus reformas, así como lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

3.- No es procedente que los funcionarios abogados de esa municipalidad se sujeten al Régimen de Dedicación Exclusiva, ya que se encuentran impedidos legalmente a ejercer de manera privada la profesión que ostentan como tales, según lo dispuesto en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4.- Tratándose de funcionarios o servidores abogados que realizan funciones derivadas del ejercicio de las competencias propias que ejercen las Municipalidades como administración tributaria a la luz, fundamentalmente, de los incisos d) y e) del artículo 4 del Código Municipal, procedería el pago de la compensación económica a que refiere la citada Ley No. 5867, ya que ese personal, salvo en ciertas excepciones, se encontraría constreñido en desempeñarse en la empresa privada en actividades propias de la materia tributaria, o hacer reclamos a favor de los contribuyentes o asesorarlos en sus alegatos o presentaciones en cualesquiera de las instancias. Circunstancia ésta que deberá la administración sopesar cuidadosamente, a los efectos del pago correspondiente.

5.- De conformidad con el inciso f) del artículo 4 del Código Notarial todo funcionario o servidor público en general, se encuentra impedido de ejercer privadamente la

función notarial. No obstante ello, no existe en nuestro ordenamiento jurídico alguna norma que autorice el pago compensatorio por dicha restricción, ni tampoco pueden sujetarse por este concepto al régimen de dedicación exclusiva existente en esa Municipalidad.

6.- Al tenor del inciso d) del artículo 5 del Código Notarial se exceptúan del impedimento de la función notarial, a los funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, las instituciones públicas y municipalidades que se encuentren ocupando puestos a plazo fijo, excluidos del Régimen Estatutario, y que no gocen de un sobresueldo o compensación económica ya sea por prohibición o dedicación exclusiva. Ello, siempre que no exista superposición horaria ni exista alguna disposición a lo interno de la institución que prohíba la función notarial.

De Usted, con toda consideración,

MSc. Luz Marina Gutiérrez Porras

PROCURADOR

LMGP/gvv

5 “ ARTÍCULO 4º.—CONSULTAS:

Los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría; en cada caso, deberán acompañar la opinión de la asesoría legal respectiva, salvo el caso de los auditores internos, quienes podrán realizar la consulta directamente.

(Así reformado por el inciso c) del artículo 45 de la Ley N° 8292 de 31 de julio del 2002, Ley de Control Interno)”

6 En ese sentido, véase Dictamen No. 262, de 01 de octubre del 2001
