



## Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 24 de febrero del 2012. Nº 2

**Opinión Jurídica : 101 - J del 13/10/2008**

**OJ-101-2008**

**13 de octubre de 2008**

**Señor**

**Luis Antonio Barrantes Castro**

**Diputado**

**Movimiento Libertario**

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, damos respuesta a su oficio ML-JF-LABC-009-08 del 23 de setiembre último, recibido en esta Procuraduría un día después, por medio del cual nos plantea algunas interrogantes en torno al tema de los puestos de confianza y de la contratación de consultorías (servicios profesionales) por parte de un órgano ministerial.

Las preguntas específicas que se nos formulan son las siguientes:

- *“¿Cuál o cuáles son las normas jurídicas con que cuenta un Ministerio para crear su propio régimen de confianza?”.*
- *“¿No es violentar el artículo 190 constitucional que habla de un único Estatuto de Servicio Civil crear un régimen de confianza dentro de un Ministerio?”.*

A efecto de dar respuesta a la consulta, y luego de aclarar la naturaleza de nuestro pronunciamiento, procederemos, en primer lugar, a contextualizar las interrogantes y a delimitar los alcances que –a nuestro juicio– presentan las dudas que se nos plantean. Posteriormente, nos referiremos a las diferencias entre la prestación de servicios bajo un régimen de confianza y bajo un régimen de servicios profesionales (consultorías). Por último, nos referiremos al régimen estatutario y sus excepciones, al régimen de confianza en la Administración Central del Estado y a la contratación de servicios profesionales, con lo cual esperamos dar respuesta a las consultas que se nos formulan.

## I. SOBRE LA NATURALEZA DE NUESTRO PRONUNCIAMIENTO

En los mismos términos en que lo hemos hecho en otras oportunidades, debemos indicar que esta Procuraduría es competente para desplegar su labor dictaminadora únicamente cuando la consulta planteada provenga de un órgano de la Administración Pública. En ese sentido, nuestra Ley Orgánica (n.º 6815 de 27 de setiembre de 1982), dispone lo siguiente:

**“Artículo 4 .—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”. (El subrayado es nuestro).*

De la lectura de la norma transcrita queda claro que esta Procuraduría sólo está facultada para emitir dictámenes a petición de un órgano de la Administración Pública. A tales dictámenes, la citada ley les atribuye efectos vinculantes:

### **“Artículo 2.-**

**Dictámenes.** *Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública”.*

Ahora bien, pese a que la actividad esencial de la Asamblea Legislativa no se relaciona directamente con la función administrativa del Estado, este Despacho ha considerado que se encuentra legitimada para requerir nuestra intervención en materias que conciernen, específicamente, al ejercicio excepcional por su parte de función administrativa y que, en tal caso, el respectivo pronunciamiento tendrá los efectos comentados.

En lo que al presente asunto se refiere, consideramos que no se está indagando sobre un tema que se relacione con la función administrativa de la Asamblea Legislativa. Empero, y a pesar de que conforme a nuestra Ley Orgánica podría sostenerse la falta de competencia de la Procuraduría para conocer gestiones como la que nos ocupa, este Despacho, en consideración a la investidura del consultante, y como una forma de colaboración para con él, se pronunciará sobre los temas en consulta, con la advertencia de que nuestro criterio constituye una simple opinión jurídica, carente de efectos vinculantes.

## II ANTECEDENTES Y DELIMITACIÓN DE LA CONSULTA

Según se nos informa en la gestión que nos ocupa, las interrogantes planteadas tienen su origen en unas manifestaciones externadas por el señor Viceministro de la Presidencia, el 10 de setiembre pasado, ante la Comisión de Asuntos Hacendarios de la Asamblea Legislativa.

En esa sesión –agrega la consulta– “... el señor Vice Ministro realizó una presentación del Presupuesto del Ministerio de la Presidencia y la Presidencia de la República para el año 2009, y en relación con una subpartida presupuesta para la contratación de consultorías, consultorías que anteriormente fueron pagadas con recursos del Banco Centroamericano de Integración Económica tal y como él reconoce señaló: “ Gracias. Sí señor Diputado, a raíz de la discusión que generó el tema de las consultorías en el Banco Centroamericano de Integración Económica, el señor Ministro está haciendo una propuesta, a través del Presupuesto de la Asamblea Legislativa, para que se considere un régimen de confianza similar al que funciona en la Asamblea Legislativa o en algunos otros entes del Estado y con las mismas fiscalizaciones dentro de ese rubro del que estamos hablando. A eso se refiere esa partida.- Evidentemente, como usted lo señala, en ningún caso sería para funcionarios que estén en la planilla tanto de la Presidencia como del Ministerio de la Presidencia’.”

De conformidad con lo anterior, considera esta Procuraduría que podría existir una confusión al asimilar las “consultorías” con los “puestos o régimen de confianza”, cuando en realidad, esas dos figuras constituyen institutos diferentes.

Del contexto de la consulta, entendemos que lo que se desea es obtener un pronunciamiento sobre la regularidad jurídica de la contratación de consultorías por parte del Ministerio de la Presidencia y de la Presidencia de la República; sin embargo, debido a que en las interrogantes se hizo alusión a los servidores de confianza, también nos referiremos a esa figura.

Por último, es necesario aclarar que el artículo 190 constitucional, mencionado en la consulta, no tiene relación con las materias a las que se refiere este asunto, sino con la consulta obligatoria que debe formularse, durante el trámite legislativo, a las instituciones autónomas cuando se esté frente a proyectos relativos a un ente de ese tipo. Son los artículos 191 y 192 de la Constitución Política los que se relacionan con el régimen de servicio civil y en los cuales se establecen los principios que deben regir en lo referente a la prestación de servicios al Estado.

### **III. DISTINCIÓN ENTRE SERVIDORES DE CONFIANZA Y SERVICIOS PROFESIONALES (CONSULTORÍAS)**

Debido a la posible confusión, ya advertida, entre servidores de confianza y servicios profesionales, consideramos necesario mencionar algunos elementos que permiten diferenciar esas dos figuras.

En el caso de los servidores de confianza, debemos indicar que las personas que ocupan ese tipo de puestos en los ministerios, mantienen una relación de empleo con el Estado, pero con matices distintos a la relación de empleo de los servidores regulares. Generalmente, a los puestos de confianza se accede sin concurso por oposición y sus titulares carecen de la estabilidad característica del régimen de servicio civil. La jornada laboral para el servidor de confianza, y por ende, la posibilidad del reconocimiento de horas extra, difiere de la del empleado regular, según lo dispuesto en el artículo 143 del Código de Trabajo.

Al igual que el servidor público regular, el funcionario de confianza está inmerso en una relación de subordinación, recibe una retribución de naturaleza salarial y mantiene algunos derechos laborales, como vacaciones, aguinaldo, descanso semanal, etc. Son puestos de carácter permanente, que se ubican dentro de la planilla del Ministerio bajo un código

individual y específico, pues son parte de la estructura organizativa y funcional de la institución. Son puestos ocupados por personas físicas, cuya selección responde a parámetros de discrecionalidad administrativa, sin que ello signifique que en esa selección pueda obviarse el cumplimiento de los requisitos que pudiesen existir para el ejercicio del cargo.

En el caso de los servicios profesionales que se contratan por medio de consultorías, a diferencia de lo que ocurre con los servidores de confianza, no surge una relación de empleo entre la institución pública y el consultor, sino una relación de servicios profesionales. Por ello, su ejecución es ajena a los elementos característicos del empleo público, como son la subordinación, el salario, el horario, la estabilidad, etc. Además, las consultorías pueden contratarse tanto con personas físicas, como con personas jurídicas, y no pueden ser de carácter permanente o indefinido, pues únicamente deben utilizarse para desarrollar proyectos concretos, o para evacuar o estudiar puntos específicos que, por demás, deben ser atinentes a las funciones y competencias de la institución contratante.

Por otra parte, en el caso de las consultorías, el inicio y el desarrollo de la relación de servicios profesionales está supeditada a los procedimientos de contratación definidos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, según el monto y características propias del caso concreto. Su ejecución no genera el pago de salarios, sino de honorarios profesionales negociados entre las partes, y cancelados con la partida presupuestaria denominada "servicios de gestión y apoyo".

En síntesis, el régimen de los servidores de confianza y el de servicios profesionales es distinto, con características, consecuencias y tratamiento jurídico diverso.

#### **IV. SOBRE EL RÉGIMEN ESTATUTARIO Y SUS EXCEPCIONES**

El Estado, para ejercer sus competencias, requiere necesariamente del actuar humano. Sólo a través de la intervención humana, el Estado, como ficción jurídica y política, puede tomar decisiones y actuar. En razón de ello, se han gestado diversos tipos de relaciones entre el Estado y sus agentes .

Así, en los artículos 191 y 192 de nuestra Carta Magna, el constituyente dispuso que, por regla general, la relación de empleo entre el Estado y sus servidores debe estar regida por un estatuto de servicio civil, y definió algunas características de ese régimen, dentro de las que se encuentra el nombramiento a base de idoneidad comprobada y la estabilidad en el puesto. Literalmente, esos numerales disponen:

##### **"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 idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que*

*expresé 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."*

De la lectura del artículo 192 recién transcrito, es posible afirmar que si bien las relaciones de empleo público típicas, regidas por el Estatuto de Servicio Civil, deben ser la regla en cuanto a la prestación de servicios al Estado, no son la única modalidad admisible, pues el constituyente dispuso en esa norma que a través de disposiciones de rango legal se pueden conformar regímenes de excepción, distintos al regido por dicho Estatuto.

Sobre el mismo tema, el artículo 140 inciso 1) de la Constitución Política dispone lo siguiente:

***"Artículo 140.-***

*Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:*

*1) Nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública, a los empleados y funcionarios que sirvan cargos de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil;*

*2) ...".*

La Sala Constitucional, por su parte, ha indicado que la existencia de otras modalidades de empleo entre el Estado y sus servidores, distintas a las regidas por el Estatuto de Servicio Civil, no transgreden el bloque de constitucionalidad, siempre que su instauración se fundamente en normas de rango legal y obedezcan a razones de carácter excepcional debidamente justificadas. Sobre el tema, ese Tribunal, en su resolución n.º 1190-90 de las 14:00 horas del 18 de setiembre de 1990, expresó lo siguiente:

**( *NOTA DE SINALEVI: El texto cita resolución de la Sala Constitucional N° 1190-90 de las 14:00***

***horas del 18 de setiembre de 1990. El número correcto de la resolución es N° 1119-90)***

"Es obvio que en la mente del constituyente estaba la idea de que no todos los servidores públicos podían estar cubiertos por el régimen especial, pues la forma de escogencia, las especiales capacidades, las funciones de cada cargo, las relaciones de confianza y dependencia no son iguales en todos los casos, de ahí que los principios derivados del artículo 192 son aplicables a ciertos funcionarios - la mayoría - no a todos. La Constitución misma señaló varios casos de funcionarios de libre escogencia y remoción como son los ministros de gobierno, los miembros de la fuerza pública, los directores de instituciones autónomas, representantes diplomáticos, y en general, 'los empleados y funcionarios que ocupen cargos de confianza' (art. 140 inciso 1), dejando a la ley (Ley de Servicio Civil dice el artículo 140) la determinación de otros funcionarios, que en casos muy calificados, pudieran ser excluidos del régimen general. Esta posibilidad de excluir ciertos funcionarios la reitera el artículo 192. (...) Por vía de ley el legislador ha excluido varios casos del régimen común. El Estatuto de Servicio Civil en sus artículos 3, 4 y 5, menciona un buen número de funcionarios que no se consideran dentro del régimen. También por ley especial se han excluido los presidentes ejecutivos de las instituciones autónomas, que son de nombramiento del ejecutivo, y en general, una serie de funcionarios, nombrados casi siempre a plazo fijo, y cuyo denominador común es encontrarse en una relación de servicio no típicamente laboral, bajo un régimen de subordinación jerárquica, sino más bien de dirección o colaboración, donde no median órdenes, sino más bien directrices, en unos casos; o bien, en una relación de confianza que obliga a otorgar una mayor libertad para el nombramiento y la eventual remoción del funcionario (...) Los casos de excepción, está claro, han de ser muy calificados, con las especiales características señaladas que justifiquen un trato desigual. Así ha de ser,

pues por vía de excepción injustificada el legislador podría hacer nugatoria la disposición constitucional que tiende a la estabilidad laboral del empleado público y a la racionalidad del reclutamiento, como regla general. Pero si el cargo tiene alguna característica especial que lo justifique, la excepción será válida”.

Posteriormente, esa misma Sala ha reiterado que dentro del Estado pueden concurrir diversas formas de prestación de servicios, y que no siempre esa prestación tiene que tener como fundamento una relación de empleo público. Así, en su resolución n.º 244 de las 14:46 horas del 10 de enero de 2001, explicó:

*“No obstante lo anterior, con anterioridad (entre otras, y en este sentido, pueden consultarse las sentencias número 1119-90, de las catorce horas del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa; 1696-92, de las quince horas treinta minutos del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y dos; 4788-93, de las ocho horas cuarenta y ocho minutos del treinta de setiembre de mil novecientos noventa y tres; y 6974-00, de las catorce horas cincuenta y seis horas del nueve de agosto de dos mil), este Tribunal ha deslindado el sentido de los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, de manera tal que ha concluido que en las dependencias estatales existen diversos tipos de relación laboral, según sea la naturaleza de la función o actividad realizada por la institución, de manera tal que el régimen de empleo público no se aplica a todos por igual. No debe olvidarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional citada han sido claras y reiteradas en el sentido de que para determinar la aplicación de un régimen privado o público de empleo es necesario determinar primero el tipo de actividad que desarrolla el ente, toda vez que este se constituye en el elemento fundamental de su existencia, a la que supedita y adapta el resto de su vida; de modo, que si el régimen de actividad es público, igual ha de ser la naturaleza de todos los otros elementos; y consecuentemente, si desempeña una actividad sometida expresamente al régimen privado común –civil o mercantil–, igual tiene que ser su régimen en los otros aspectos de su existencia, esto es, el régimen de personal, responsabilidad, contratación, jurisdicción competente, naturaleza de los actos internos y externos del ente. Es así, como el régimen de empleo de los órganos constitucionales es público –salvo los casos de los puestos de confianza, determinados expresamente en el [artículo 140] inciso 1) de la Constitución Política, y en la ley en casos muy calificados– en los órganos descentralizados el régimen de empleo dependerá del tipo de actividad que el ente desempeñe, de conformidad con los principios enunciados en los artículos 111.3 y 112.2 de la Ley General de la Administración Pública.”* (Lo escrito entre paréntesis cuadrados no es del original).

Bajo ese contexto constitucional, se comprende que el E estatuto del Servicio Civil, en sus artículos 3, 4 y 5 contenga una enumeración de puestos excluidos de ese régimen:

### **“Artículo 3 .-**

*No se considerarán incluidos en este Estatuto:*

- a) Los funcionarios de elección popular;*
- b) Los miembros de la fuerza pública, o sea aquéllos que estén de alta en el servicio activo de las armas por la índole de las labores o funciones que ejecuten, excepto el personal de los Departamentos de Extranjeros y Cédulas de Residencia y de Migración y Pasaportes y el personal de las Bandas Militares; y*
- c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros .”** (El resaltado no es del original).

### **“Artículo 4.-**

*Se considerará que sirven cargos de confianza:*

- a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal.*

- b) *El Procurador General de la República.*
- c) *Los Gobernadores de Provincia.*
- d) *El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República.*
- e) *Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros.*

**f) Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil.**

*g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico.*

*Transitorio al inciso g)*

*Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente ocupen en propiedad tales cargos, conforme al artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil seguirán en esa misma condición hasta el cese de la prestación de sus servicios. Cuando esto ocurra y el cargo quede vacante, la Dirección General de Servicio Civil elaborará la correspondiente resolución declarándolo de confianza.” (El resaltado no es del original)*

#### **“Artículo 5.-**

*Quedan también exceptuados de este Estatuto, los siguientes funcionarios y empleados:*

- a) *El Tesorero Nacional.*
- b) *Al Subtesorero Nacional.*
- c) *El Jefe de la Oficina del Presupuesto.*
- d) *Los servidores pagados por servicios o fondos especiales de la relación de puestos de la Ley de Presupuesto, contratados para obra determinada.*
- e) *Los trabajadores que presten servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos en virtud de contrato especial.*
- f) **Los que reciban pago en concepto de servicios profesionales temporales o de otros trabajos realizados sin relación de subordinación.**
- g) *Los médicos que presten el servicio de que habla el Artículo 66 del Código Sanitario.*
- h) *Los maestros de enseñanza primaria aspirantes (Artículo 101 del Código de Educación) y los profesores de segunda enseñanza interinos o aspirantes (Artículo 280 del Código de Educación).*
- i) *Inspector General e Inspectores Provisionales, de Autoridades y Comunicaciones.*
- j) *El Director de Migración, el Jefe del Departamento de Extranjeros y el Director Administrativo del Consejo Superior de Tránsito.*
- k) *Los funcionarios de la Comisión nacional de prevención de riesgos y atención de emergencias, sujetos al párrafo 2 del artículo 18 de su ley.*
- l) *Los auditores y subauditores internos de los ministerios y organismos adscritos.” (El resaltado no es del original).*

Obsérvese que las disposiciones legales transcritas contienen como excepciones al régimen del Servicio Civil, entre otras, la relativa a puestos de confianza y la relacionada con la prestación de servicios profesionales.

Cabe señalar, como nota adicional, que el Estatuto de Servicio Civil confiere un tratamiento especial al personal de la Presidencia de la República, al ubicarlo dentro de un régimen denominado “*servicio sin oposición*”. La ubicación dentro de dicho régimen implica que ese personal, a pesar de estar incluido dentro del régimen de Servicio Civil, puede ser nombrado sin concurso, con sólo llenar los requisitos mínimos para la demostración de su idoneidad; y, además, puede ser cesado en cualquier momento, pues carece de estabilidad. Al respecto, el Estatuto de Servicio Civil dispone:

**“Artículo 6º.-**

*Habrá un Servicio sin Oposición, incluido en el régimen de Servicio Civil, con las dos siguientes excepciones a las disposiciones de este Estatuto:*

*1) Para el ingreso al Servicio sin Oposición bastará que el candidato escogido por el Ministro llene los requisitos mínimos para la comprobación de su idoneidad, según lo establecerá en detalle el Reglamento; y*

*2) Quienes estén en el Servicio sin Oposición no gozarán del derecho de inamovilidad que confieren los artículos 37, inciso a), y 43 de este Estatuto.*

*Estarán comprendidos en el Servicio sin Oposición los siguientes servidores:*

*a) ...*

*d) El personal de la Presidencia de la República que no esté subordinado directamente al Presidente; y*

*e) ... ”.*

Nótese entonces que el personal de la Presidencia de la República, en general, forma parte del “*servicio sin oposición*”, con la salvedad de quienes sirvan cargos de confianza personal del Presidente –artículos 3 inciso c) del Estatuto de Servicio Civil– quienes forman parte del régimen de confianza.

Partiendo de lo expuesto, es posible concluir que, en principio, ni el régimen de confianza, ni el de la contratación de servicios profesionales (consultorías), transgreden el orden constitucional, siempre que se ciñan a los supuestos delimitados en las normas de rango legal que los autoriza.

## **V. EL RÉGIMEN DE CONFIANZA EN LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL ESTADO**

Concretamente, se nos consulta cuál es la normativa en la que se fundamenta un Ministerio para instaurar un régimen de confianza y si ello violenta el artículo 190 (entendemos 191 y 192) de nuestra Constitución Política.

Al respecto, debemos indicar que esta Procuraduría, en distintas oportunidades, se ha referido al concepto de “*servidor de confianza*”. A manera de ejemplo, en nuestro pronunciamiento OJ-075-2003 del 19 de mayo de 2003, señalamos lo siguiente:

*“En tesis de principio, los servidores “de confianza” son aquellos que han sido nombrados libremente por parte de quien hace la escogencia, pues el origen de este tipo de cargos en el Sector Público obedece a razones de afinidad personal o política-ideológica entre el servidor y su superior jerárquico. En consecuencia, para su designación no se siguen las reglas ni los procedimientos ordinarios de idoneidad y concurso, sino que se valoran aspectos puramente subjetivos o bien objetivos que procuren una adecuada prestación del servicio en ciertos casos muy particulares.”*

Refiriéndose a los criterios para hacer nombramientos en puestos de confianza, la Sala Constitucional, en la resolución n.º 1190-90 ya mencionada, expresó:

*“(…) puede fundarse, según los requerimientos del cargo, en aspectos puramente subjetivos, de orden personal; pero también puede derivar de aspectos objetivos nacidos de una comunidad ideológica (política en el buen sentido del término), necesaria para el buen manejo de la cosa pública conforme a los planes y programas”.*

Con base en lo que se indicó en el apartado anterior de este pronunciamiento, es posible reiterar que, en principio, la existencia de un régimen de confianza dentro de las distintas instituciones públicas, no transgrede las disposiciones constitucionales que rigen la materia de empleo público, siempre y cuando esté dentro del marco establecido por la ley.

Ahora bien, en torno a la normativa en la que se fundamenta la posibilidad de que un Ministerio contrate servidores de confianza, debemos indicar que dentro de ella se encuentran los citados artículos 140.1 y 192 de la Constitución Política –que permiten excepciones al régimen de servicio civil– y los numerales 3 y 4 del propio Estatuto de Servicio Civil.

Obsérvese que si bien en el caso de los funcionarios de confianza de los Ministerios, el número máximo de personas susceptibles de ser incluidas dentro de ese régimen se fijó en diez (artículo 4 inciso f del Estatuto de Servicio Civil), ese límite no aplica para el personal de confianza del Presidente de la República. En ese sentido, el artículo 3 inciso c) del Estatuto dispone que no se considerarán incluidos en el Estatuto “*Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros*”; mientras que el artículo 4 inciso f) del mismo Estatuto –que podría considerarse un desarrollo del artículo 3 inciso c) mencionado– estableció en diez el número máximo de los servidores de confianza, pero únicamente de los “*servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros*”, no así de los de confianza personal del Presidente de la República. Lo anterior queda claro con la lectura del expediente legislativo de la ley n.º 6440 de 16 de mayo de 1980, mediante la cual se reformó el artículo 4 inciso f) mencionado para establecer la limitación aludida.

## **VI. SOBRE LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES (CONSULTORÍAS)**

Tal y como ya adelantamos, la contratación de consultorías por parte de la Administración es una actividad permitida por nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de servicios que puede adquirir el Estado con fundamento en lo dispuesto en los

artículos 1° y 3 de la Ley de Contratación Administrativa. Esas contrataciones, necesariamente, deben “... estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales” (artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa). Asimismo, ese tipo de contrataciones debe respetar los demás principios de contratación administrativa establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y los principios presupuestarios contenidos en el artículo 5 de la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos (universalidad, integridad, gestión financiera, equilibrio presupuestario, anualidad, programación, especialidad cuantitativa y cualitativa, publicidad, etc.).

En el “Clasificador por Objeto del Gasto del Sector Público”, emitido mediante el decreto n.º 31459 de 6 de octubre de 2003, se definen los servicios que puede adquirir el Estado, de la siguiente manera:

## “1 SERVICIOS

### Concepto:

*Obligaciones que la institución contrae, generalmente, mediante contratos administrativos con personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, por la prestación de servicios de diversa naturaleza y por el uso de bienes muebles e inmuebles, incluyendo los servicios que se destinan al mantenimiento, conservación y reparación menor u ordinaria, preventiva y habitual de bienes de capital, que tienen como finalidad conservar el activo en condiciones normales de servicio.*

*Comprende entre otros, los pagos por el arrendamiento de edificios, terrenos y equipos, servicios públicos, servicios de mantenimiento y reparación, comerciales y financieros, así como la contratación de diversos servicios de carácter profesional y técnico.*

*Comprende los siguientes grupos y subpartidas:*

### 1.04 SERVICIOS DE GESTIÓN Y APOYO

*Están constituidos por los gastos de servicios profesionales, técnicos y misceláneos, con personas físicas o jurídicas, tanto nacionales como extranjeras para realizar trabajos específicos. La prestación de estos servicios no implica la existencia de relación laboral, por cuanto corresponde a contratos administrativos que se rigen por lo estipulado en la Ley y Reglamento de Contratación Administrativa, así como por las demás leyes conexas.*

*Se incluyen en este grupo los conceptos de consultorías y honorarios que comprenden la contratación transitoria para la prestación de servicios técnicos, profesionales y otros.*

*También incluye, todas aquellas otras contrataciones con características similares aun cuando no sean de carácter ocasional, pero que tienen en común la inexistencia de relación laboral, como es la contratación de servicios con sociedades anónimas laborales y aquellas que brindan servicios generales.*

*Comprende los estudios de factibilidad así como el pago de honorarios a profesionales y técnicos de diferentes áreas por la participación en procesos de mediación, conciliación o arbitraje siempre y cuando la erogación, no sea producto de una sentencia judicial –costas–, en cuyo caso se debe girar contra las subpartidas 6.03.01 “Prestaciones Legales” o 6.06.01 “Indemnizaciones” de la institución, tales como servicios de vigilancia, de aseo y limpieza, de confección y lavandería, de manejo de automóvil y otros servicios misceláneos.*

*1.04.99 Otros servicios de gestión y apoyo. Comprende el pago por concepto de servicios profesionales y técnicos con personas físicas o jurídicas, tanto nacionales como extranjeras para la realización de trabajos específicos en campos no contemplados en las subpartidas anteriores.*

*En relación con los servicios contratados con Sociedades Anónimas Laborales, la institución debe identificar claramente en sus registros internos presupuestarios los servicios que presten, bajo el renglón de “Pago de Servicios a Sociedades Anónimas Laborales”.*

*Se excluyen los servicios para la capacitación, que se registran en la subpartida 1.07.01 “Actividades de Capacitación”.*

Ahora bien, en torno a la contratación de servicios profesionales por medio de consultorías, es importante destacar que éstas no pueden tener como objeto la ejecución permanente, o a plazo indefinido, de funciones públicas encomendadas por ley a la Administración, pues según reiterados dictámenes de esta Procuraduría (entre los que pueden consultarse el C-168-2006 del 2 de mayo de 2006, el C-111-2007 del 11 de abril de 2007, el C-117-2007 del 13 de abril de 2007, el C-141-2007 del 7 de mayo de 2007, el C-352-2007 del 2 de octubre de 2007, el C-100-2008 del 4 de abril de 2008 y el C-120-2008 del 17 de abril de 2008), la prestación de servicios con esas características solo puede estar a cargo de servidores regulares.

Además, cabe indicar que aparte de la autorización normativa de fondo para la contratación de servicios profesionales por medio de consultorías (que como ya expusimos, sí existe en nuestro medio), para la ejecución de ese tipo de contratos es necesaria la existencia de una partida presupuestaria, dentro del rubro de “*servicios de gestión y apoyo (consultorías)*”, que permita financiar ese gasto.

Ciertamente, la existencia o no de una partida presupuestaria para el pago de consultorías depende, por una parte, de la definición política y de administración pública que adopte el Poder Ejecutivo en la formulación del presupuesto, y por otra, de la que adopte la Asamblea Legislativa al aprobarlo.

En efecto, en lo referente a la formulación del presupuesto, tanto el artículo 177 constitucional, como el 39 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, n.º 8131 del 18 de setiembre de 2001 –en adelante: “*Ley de la Administración Financiera*”– establecen que la iniciativa de los presupuestos corresponde al Poder Ejecutivo, quien debe definir en qué desea invertir los recursos públicos. La formulación presupuestaria que realice el Poder Ejecutivo, necesariamente tendrá que utilizar la “*técnicas y los principios presupuestarios aceptados, con base en criterios funcionales que permitan evaluar el cumplimiento de las políticas y los planes anuales, así como la incidencia y el impacto económico-financiero de la ejecución.*” (Artículo 7 de la Ley de Administración Financiera).

Por su parte, la Asamblea Legislativa ejerce un control político al aprobar o improbar el presupuesto formulado por el Poder Ejecutivo, según lo dispuesto en los artículos 121 inciso 11) y 178 de la Constitución Política. Ese control, sin embargo, tiene algunos límites, como la imposibilidad de “... *aumentar los gastos propuestos por el Poder Ejecutivo, salvo que fije las nuevas rentas o los ingresos necesarios a los presupuestados que hayan de cubrirlos, previo informe de la Contraloría General de la República sobre la efectividad fiscal.*” (Artículo 179 de la Constitución Política y 3 de la Ley de la Administración Financiera).

Cabe recordar además, que el presupuesto del Poder Ejecutivo debe estar sometido a los lineamientos que al efecto establezca la Autoridad Presupuestaria, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley de la Administración Financiera, así como a los establecidos por el propio Poder Ejecutivo. En ese sentido, y a manera de ejemplo, el artículo 7 del decreto n.º 32452 de 29 de junio de 2005, denominado “*Lineamientos que regulan la aplicación del artículo 6 de la Ley n.º 8131, considerando la clase de Ingresos del Sector Público denominada Financiamiento*”, establece, como límite presupuestario, que los recursos de financiamiento que provengan de vigencias anteriores (superávit libre) no pueden ser utilizados para financiar gastos como honorarios y consultorías, información y publicidad, entre otros.

## **VII . CONCLUSIONES**

Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría arriba a las siguientes conclusiones no vinculantes:

1. Debido a que se trata de figuras distintas, no es posible asimilar el régimen de los servidores de confianza, con el de servicios profesionales (consultorías).

2. El régimen estatutario establecido en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, admite que por vía de excepción y con fundamento en normas de rango legal o supralegal, se presten servicios al Estado por medio de figuras distintas a las que suponen una relación de empleo público regular.

3. El fundamento normativo para el establecimiento de un régimen de confianza en un Ministerio, se encuentra en los artículos 140 inciso 1), 191 y 192 de la Constitución Política, así como en los numerales 3 y 4 del Estatuto del Servicio Civil. La instauración de un régimen de confianza distinto al previsto en esas disposiciones requiere una norma legal ordinaria que lo autorice.

4. De la relación de los artículos 3 inciso c) y 4 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil, se colige que si bien los funcionarios o empleados que sirvan cargos de confianza personal de los Ministros y Viceministros está sujeto a un límite de diez por ministerio, ese límite no aplica para los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente de la República.

5. El artículo 6 del Estatuto de Servicio Civil confiere un tratamiento especial al personal de la Presidencia de la República, al ubicarlo dentro del régimen denominado "*servicio sin oposición*". Ello implica que ese personal, a pesar de estar incluido dentro del régimen de Servicio Civil, puede ser nombrado sin concurso, con sólo llenar los requisitos mínimos para la demostración de su idoneidad; y, además, puede ser cesado en cualquier momento, por carecer de estabilidad en su puesto.

6. La contratación de consultorías por parte de un Ministerio es una actividad permitida tanto por el Estatuto de Servicio Civil, como por la Ley de Contratación Administrativa, y no transgrede el artículo 192 constitucional, siempre que estén relacionadas con la actividad sustantiva de la institución, y no se utilicen para asignar a terceros, en forma permanente, el ejercicio funciones públicas encomendadas por ley al Estado.

7. Para la contratación de consultorías se requiere la existencia de una partida presupuestaria que autorice ese gasto. La existencia o no de esa partida depende, por una parte, de la definición política y de administración pública que adopte el Poder Ejecutivo en la formulación del presupuesto, y por otra, de la que adopte la Asamblea Legislativa al aprobarlo.

Del señor Diputado del Movimiento Libertario, atentos se suscriben;

**MSc. Julio Mesén Montoya Msc. Irene Bolaños Salas**

**Procurador de Hacienda Abogada de Procuraduría**

JCMM/IBS/Kjm

