



Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 28 de enero del 2011. N° 1

Dictamen : 414 del 21/11/2007

C-414-2007

21 de noviembre de 2007

**Licenciada
María de los Ángeles Cambroner**

Gerente General a.i.

Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica

(PROCOMER)

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, me es grato referirme a su oficio N° GG-529-07 de fecha 2 de noviembre del año en curso, recibido en este Despacho el día 5 de noviembre siguiente, mediante el cual nos consulta si las personas que ocupan los cargos enunciados en el artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública que no cuentan con un título académico que los habilite para el ejercicio profesional, a pesar de esa circunstancia están facultados para percibir la compensación económica por concepto de prohibición.

Sobre el particular, nos permitimos señalar que esa interrogante ya ha sido objeto de varios pronunciamientos de nuestra parte, en donde se ha analizado por el fondo el tema planteado. Así las cosas, lo apropiado es transcribir en lo conducente nuestro dictamen N° C-027-2006 del 30 de enero del 2006, en el cual desarrollamos las siguientes consideraciones:

“A.-

Prohibición para el ejercicio de profesiones liberales

Resulta importante señalar que, en tesis de principio, los servidores públicos tienen la libertad de poder ejercer de manera privada la profesión que ostentan, una vez cumplida la jornada laboral para la cual han sido contratados.

Es preciso indicar que la ley impone la prohibición del ejercicio liberal de la profesión, con la finalidad de asegurar una dedicación integral del funcionario a las labores de su cargo público y por lo tanto evitar los conflictos de intereses que se pudieran presentar por el desempeño simultáneo de actividades privadas, de manera tal que se pretende garantizar la prevalencia del interés público y el interés institucional sobre cualquier tipo de interés privado.

Por otra parte, en orden a la posible compensación salarial de tal limitación, resulta necesario aclarar que no basta con la existencia de una norma de rango legal que establezca la prohibición del ejercicio profesional en relación con un puesto determinado dentro de la Administración, sino que es indispensable que la misma norma u otra disposición adicional prevean la posibilidad de otorgar una retribución económica, lo cual es requisito indispensable para que proceda el pago de esa compensación, de conformidad con el mandato del Principio de Legalidad consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y desarrollado en el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública.

En nuestro dictamen N° C-299-2005 del 19 de agosto del 2005, señalamos cuál es la naturaleza jurídica de la prohibición, e indicamos lo siguiente:

“En el ámbito del empleo público, es sabido de la existencia de impedimentos legales para el ejercicio liberal de la profesión. Cuando ello acontece y una norma legal lo autoriza, surge entonces el pago de una compensación económica, con carácter indemnizatorio, tendiente a resarcir el perjuicio económico que la prohibición origina. 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. En ese sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado: “... *que la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión tiene un indudable fundamento ético, pues cuando se establece, lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades, en el campo privado; dado que ello resulta inconveniente, porque puede afectar la necesaria intensidad en el ejercicio de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una confusión indeseable, en los intereses de uno y otro campo*”. (Sala Segunda. N° 333-1999 del 27 de octubre de 1999)

En fin, se extrae de lo expuesto, que el pago de la compensación económica en favor de determinados servidores públicos, solamente se justifica en los casos en que la prohibición a la que estén sujetos, les irroque un perjuicio económico, y además, que ese pago esté claramente autorizado por una norma legal.”

Así las cosas, debe tenerse presente que el pago de la compensación económica a favor de determinados servidores públicos se justificará en aquellos casos en que la prohibición que se impone lleve consigo la posibilidad de generar un perjuicio, ya que la misma es de carácter indemnizatorio.

Es menester de esta Procuraduría aclarar que se entiende como profesiones liberales "... aquellas que, además de poderse ejercer en el mercado de servicio en forma libre, es necesario contar con un grado académico universitario y estar debidamente incorporado al respectivo colegio profesional, en el caso de que exista. En otras palabras, las profesiones liberales serían aquellas que desarrolla un sujeto en el mercado de servicios, el cual cuenta con un grado académico universitario, acreditando su capacidad y competencia para prestarla en forma eficaz, responsable y ética, y que está incorporado a un colegio profesional". (OJ-076-2003 del 22 de mayo del 2003)

Por otra parte, en la opinión jurídica N° OJ-045-2 003 del 18 de marzo del 2003, concluimos lo siguiente:

"... el grado académico que ostente el servidor no es el relevante para el pago de la compensación, **siempre que ese grado académico le permita, de acuerdo a la profesión que ostente, y a las reglas que rigen su ejercicio profesional, ejercer liberalmente su profesión.** Habrá Colegios Profesionales cuyas normas admitan el ejercicio de la profesión con el grado académico de bachiller universitario, otros con el de licenciatura, etc. Por ello, lo que realmente interesa, es que el servidor que realice funciones de auditoría, esté habilitado para el ejercicio liberal de su profesión, y que se vea impedido para hacerlo por la prohibición que se analiza, en cuyo caso, se hará acreedor al pago de la compensación del 65% sobre su salario base." (*énfasis agregado*)

Como se advierte, este régimen de prohibición está concebido única y exclusivamente para el ejercicio de profesiones liberales, mas no para cualquier otra ocupación respecto de la que puede ostentarse un grado profesional, pero que no conlleva una actividad susceptible de ser ejercida en forma liberal.

Asimismo, resulta de interés traer a colación el dictamen N° C-379-2005 del 7 de noviembre del 2005, donde expusimos ampliamente lo que debe entenderse como profesión liberal, así como la especial función que cumplen los colegios profesionales. En lo que aquí interesa, concluimos lo siguiente:

" (...) Así, el profesional liberal cuenta no sólo con una formación intelectual y científica de cierto nivel en un determinado campo de actividad o rama del conocimiento, que a su vez lo faculta para resolver los asuntos que le sean planteados, sino que además están presentes los otros elementos que bien se explican en la transcripción arriba consignada.

Lo anterior permite afirmar que pueden existir ramas del conocimiento en las que puede alcanzarse una formación académica superior de nivel universitario –y desde ese punto de vista la persona tiene la condición de profesional– pero ello no necesariamente implica que se trate de una profesión liberal, que es justamente lo que ocurre con la formación en el campo del secretariado.

En efecto, tal como lo explica la doctrina, el profesional liberal en el desempeño de su profesión actúa con independencia de criterio, es decir, existe como premisa básica una libertad de juicio, que confiere ese amplio margen de discrecionalidad en el manejo y aplicación de sus conocimientos, criterio en el cual confía el cliente para la resolución del asunto que le somete a su encargo, y en cuyo manejo no interviene, justamente por esa independencia con la que actúa el profesional liberal en su campo. Asimismo, atendiendo al perfil de ese profesional es que su cliente lo elige a él y no a otro para asesorarlo o para la realización de determinado trabajo.

*Nótese cómo en el caso de las labores desarrolladas por una profesional en secretariado no puede existir esa plena libertad de juicio, sobre todo porque las labores que puedan encargársele necesariamente constituyen **un apoyo técnico administrativo que por naturaleza estará siempre bajo una relación de subordinación, y en donde no existe de por medio una labor que***

implique la libertad y a la vez la responsabilidad de resolver por el fondo determinados asuntos en forma autónoma.

Ello igualmente explica que, tratándose de labores de secretariado, lo normal y usual es que sean prestadas al servicio de un patrono, y no que se tenga una oficina abierta de atención al público. Ello por cuanto la función de apoyo administrativo ostenta naturaleza permanente, a diferencia de los servicios del profesional liberal, que son susceptibles de ser prestados a un número indeterminado de clientes para la atención de casos o trabajos específicos, retribuidos con el pago de honorarios.

En este punto se hace necesario hacer una importante digresión, relativa al caso de aquellos que ostentan una profesión liberal y, sin embargo, prestan sus servicios como asalariados, toda vez que hemos venido señalando como característica de estos servicios profesionales el hecho de que no existe relación de dependencia ni permanente con la clientela, aunque pueda haber habitualidad en el requerimiento de los servicios.

Al respecto, valga llamar la atención sobre el hecho de que aquel profesional –liberal– que está contratado por un patrono y percibe sueldo en lugar de honorarios, no pierde por esa circunstancia su independencia técnica en todo lo relativo a su especialidad, aunque pueda estar sometido a cierta dependencia jerárquica y económica que lo obligue a cumplir, por ejemplo, un determinado horario, a atender a determinados clientes, a rendir cuentas sobre sus labores, a observar reglamentaciones internas, etc. [1], tal como ocurre con los médicos de empresa, abogados de planta, contadores generales de las compañías, etc. Es decir, puede configurarse una subordinación de naturaleza laboral, pero no de criterio, toda vez que dentro de su especialidad y en lo relativo propiamente al ejercicio de su profesión, la persona mantiene su libertad de juicio para efectos de atender los asuntos que le sean encargados.

(...)"

Bajo este entendido, si un funcionario no cuenta con el título académico superior, y como consecuencia lógica tampoco está incorporado a ningún colegio profesional, a pesar de estar desempeñándose en uno de los puestos señalados en el artículo 14 de la Ley N° 8422, no cabe el pago de la compensación económica del 65% que se indica en el artículo 15 de la ley en mención. Lo anterior, por cuanto el régimen de prohibición se aplica a aquellos profesionales liberales que cumplen con todos los requisitos supra señalados."

La posición expresada ha sido reiterada en varias ocasiones, por lo que al efecto pueden tenerse a la vista, entre otros, nuestros dictámenes números C-089-2006 del 3 de marzo del 2006 y C-287-2006 del 18 de julio del mismo año.

En vista de lo expuesto, lleva razón el criterio legal aportado en su consulta, cuando concluye que para los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la Ley N° 8422, el grado académico –así como su incorporación al colegio profesional, cuando así corresponda, agregamos nosotros– es un requisito indispensable para la aplicación del régimen de prohibición, de ahí que no es posible jurídicamente extender este régimen a los funcionarios que no estén habilitados para el ejercicio liberal de una profesión.

Conclusiones

1.-

El régimen de prohibición contenido en el artículo 14 de la Ley N° 8422 cubre única y exclusivamente a aquellos servidores que cuenten con un grado académico que los acredite como profesionales, y que se encuentren habilitados para su ejercicio liberal en virtud de la incorporación al respectivo colegio profesional, cuando así corresponda.

2.-

El pago de la compensación económica del 65% sobre el salario base contemplada en el artículo 15 de la citada normativa procede únicamente respecto de aquellos servidores que cumplen con los requisitos señalados en el punto anterior.

3.-

El pago de esta compensación económica o sobresueldo compensatorio a favor de determinados servidores públicos, se justificará en aquellos casos en que la prohibición impuesta lleve consigo la efectiva posibilidad de generar un perjuicio –cual es el costo de oportunidad que implica no ejercer en forma privada su profesión– habida cuenta de que este pago es estrictamente de carácter indemnizatorio.

4.-

Si bien la condición de profesional liberal en determinadas hipótesis puede no ser requisito indispensable para ocupar alguno de los puestos enumerados en el artículo 14 de la Ley N° 8422 y el numeral 27 de su respectivo reglamento, sí lo es para quedar sometido al régimen de prohibición y percibir la respectiva compensación salarial que se deriva de esa limitación, de tal suerte que, en el supuesto consultado, no existiría fundamento legal para otorgar ese reconocimiento.

De usted con toda consideración, atenta suscribe,

Andrea Calderón Gassmann

Procuradora Adjunta

ACG/gaga

[1] Al respecto puede consultarse CABANELLAS, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VI, 28va. edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003, p. 447.