

Compensación de pago por prohibición en las municipalidades

Patrick Ramos Chavarría (*)

Sumario

1. Introducción.
2. Fundamento Legal.
3. Consideraciones previas.
 - 3.1. Profesionales liberales.
 - 3.2. Colegios profesionales.
 - 3.3. Prohibición e indemnización.
 - 3.4. Ente municipal como integrante de la Administración Tributaria.
4. Criterios vinculantes.
 - 4.1. Aplicación del principio pro libertatis.
 - 4.2. Intención de la norma y voluntad del legislador.
 - 4.3. Competencias del Alcalde Municipal y de la Contraloría General de la República.
 - 4.4. Requisitos para acceder al pago de la compensación económica por concepto de prohibición.
 - 4.4.1. Ley N° 8422/2004 y Decreto Ejecutivo N° 32333/2005 (artículos 14 y 15 de la Ley y artículos 27 y 31 del Reglamento).
 - 4.4.2. Código de Normas y Procedimientos Tributarios y Ley de compensación por pago de Prohibición (artículos 118 y 1 respectivamente).
 - 4.4.3. Ley de Control Interno (artículo 34).
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.

Resumen

En el presente ensayo se analizará el plus salarial de pago por prohibición, específicamente en el caso de los empleados municipales. A través del trabajo, se analizará la legislación aplicable, así como los diferentes criterios que al respecto han dado tanto la Contraloría General de la República como la Procuraduría General de la República. Se incluyen también votos de la Sala Segunda y de la Sala Constitucional atinentes en tema de estudio.

El principal objetivo es determinar, al menos de forma preliminar, cuáles funcionarios municipales podrían estar sometidos al régimen de prohibición, con las

respectivas consecuencias jurídicas, laborales y económicas.

1. Introducción

Respecto de la Administración Pública, pueden originarse dos tipos de relaciones laborales: una regida por el Derecho Administrativo (conocida también como estatutaria), y la otra regida por el Derecho Laboral privado.

Tal distinción –más que teórica-, tiene implicaciones prácticas de suma importancia en cuanto a las consecuencias jurídicas de uno u otro caso.

(*) Juez Supernumerario, Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz

El presente ensayo se referirá específicamente a un beneficio laboral o plus salarial, sea la compensación de pago por concepto de prohibición, así como su procedencia respecto de algunos funcionarios municipales, de conformidad con la normativa vigente. Asimismo, se analizarán pronunciamientos de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República, resoluciones de la Sala Constitucional y jurisprudencia laboral al respecto.

2. Fundamento Legal

El pago de la prohibición, se formuló como una manera de retribuirle al trabajador la imposibilidad que le dicta la ley de ejercer su profesión fuera del puesto desempeñado. Por tal motivo, opera de forma automática y no está dentro de las facultades del empleado o funcionario solicitarla, ni el patrono tiene discrecionalidad para pagarla. Es decir, la sola aceptación del puesto implica su pago. Así lo ha establecido la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (ver, entre otros, los votos N° 1989-0171, de las 14:30 horas del 3 de noviembre de 1989, N° 2002-0072, de las 10:20 horas del 27 de febrero de 2002 y N° 2004-0387, de las 09:40 horas del 21 de mayo de 2004).

La génesis de dicho pago se encuentra en los artículos 99 y 118 de la Ley N° 4755/1971 Código de Normas y Procedimientos Tributarios, los cuales rezan:

Artículo 99.- Concepto y facultades. Se entiende por Administración Tributaria el órgano administrativo encargado de percibir y fiscalizar los tributos, se trate del Fisco o de otros entes públicos que sean sujetos activos, conforme a los artículos 11 y 14 del presente Código.

Dicho órgano puede dictar normas generales para los efectos de la aplicación correcta de las leyes tributarias, dentro de los límites fijados por las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.

Tratándose de la Administración Tributaria del Ministerio de Hacienda, cuando el presente Código otorga una potestad o facultad a la Dirección General

de Tributación, se entenderá que también es aplicable a la Dirección General de Aduanas y a la Dirección General de Hacienda, en sus ámbitos de competencia.

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 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 funciones desempeñadas con autorización de su respectivo superior jerárquico, cuyos cargos estén solo 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 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.

No obstante lo anterior, la compensación fue fijada mediante Ley N° 5867/1975 Ley de compensación por pago de prohibición. En el artículo 1° de dicha Ley se estableció una compensación escalonada sobre el salario base, según el grado académico del funcionario sujeto a prohibición. Así, se estipuló en un 65% para los profesionales con grado de licenciatura o superior; en un 45% para los egresados de programas de licenciatura o maestría; en 30% para los bachilleres universitarios o que hubieren aprobado el cuarto año de la carrera respectiva; y en un 25% para quienes hubieren aprobado el tercer año universitario o cuenten con una preparación equivalente.

Si bien en un inicio la compensación por prohibición se creó pensando únicamente en los funcionarios

con cargos de mando dentro de la Administración Tributaria, pronto ese plus salarial se hizo extensivo a otras áreas del sector público.

Respecto de los gobiernos locales, con la promulgación del Código Municipal vigente (Ley N° 7794/1998), se le otorgó a los municipios la calidad de administraciones tributarias. Así se plasmó en el artículo 4, inciso e), el cual reza:

Artículo 4.- La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política.

Dentro de sus atribuciones se incluyen: (...)

e) Percibir y administrar, en su carácter de administración tributaria, los tributos y demás ingresos municipales (...)

Como consecuencia ineludible, a los ayuntamientos se les debe aplicar de forma supletoria lo dispuesto en la Ley N° 4755/1971 Código de Normas y Procedimientos Tributarios por disposición expresa del numeral 1° de ese cuerpo normativo.

Además, y para efectos del presente trabajo, importa traer a colación los artículos 14 y 15 de la Ley N° 8422/2004 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública; y los artículos 27 y 31 del Decreto Ejecutivo N° 32333/2005 Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, todos los cuales se transcriben literalmente:

Artículo 14.- Prohibición para ejercer profesiones liberales. *No podrán ejercer profesiones liberales, el presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, el fiscal general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los*

presidentes ejecutivos, los gerentes y los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, sus respectivos intendentes, así como los alcaldes municipales y los subgerentes y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública, así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público. Dentro del presente Artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público.

De la prohibición anterior se exceptúan la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. En tales casos, no deberá afectarse el desempeño normal e imparcial del cargo; tampoco deberá producirse en asuntos que se atiendan en la misma entidad pública o Poder del Estado en que se labora.

Artículo 15.- Retribución económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales. Salvo que exista un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica por la aplicación del Artículo anterior será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo.

Artículo 27.- Prohibición para ejercer profesiones liberales. No podrán ejercer profesiones liberales, el Presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados propietarios tanto del Poder Judicial como del Tribunal Supremo de Elecciones (incluidos en este último caso los que asuman tal condición con arreglo a lo que establece el artículo 100 de la Constitución Política), los ministros y

viceministros de gobierno, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Defensor y el Defensor adjunto de los Habitantes, el Procurador general y el Procurador General adjunto de la República, el Regulador General de la República, el Fiscal General de la República, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes generales y los gerentes y subgerentes que orgánicamente dependan de éstos, así como los directores y subdirectores generales de los órganos desconcentrados, y también los directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencias –según la nomenclatura interna que corresponda- administrativas de la Administración Pública, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones y sus respectivos intendentes, los alcaldes municipales, los auditores y los subauditores internos –sin importar la nomenclatura que éstos reciban siempre que realicen funciones y tareas como tales- de la Administración Pública. También quedarán cubiertos por esta prohibición los jefes o encargados de las áreas, unidades o dependencias de proveeduría del sector público. Para tal efecto, la mención que el artículo 14 de la Ley, hace en cuanto a los directores y subdirectores de departamento, debe entenderse referida exclusivamente a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público. Dentro del presente artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público.

Artículo 31.- Retribución económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales. Salvo que exista un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica por el no ejercicio de la profesión liberal, además de las otras que posea el funcionario que no sean requisitos para ocupar el cargo, será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo.

Ahora bien, aun cuando podrían incluirse más leyes referentes al pago de prohibición, este es el marco referencial para efectos del presente ensayo, sin perjuicio que en el desarrollo del mismo se cite otra normativa concordante.

3. Consideraciones previas

Para comprender de una mejor forma el tema a tratar, es necesario examinar ciertos conceptos puntuales, a saber:

3.1. Profesionales liberales

Las profesiones liberales son

“...aquellas que, además de poder 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 de forma eficaz, responsable y ética, y que está incorporado al colegio profesional” [Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica N° OJ-076-2003 del 22 de mayo de 2003].

El profesional liberal se caracteriza por actuar con independencia de criterio, es decir, una libertad de juicio que confiere un amplio margen de discrecionalidad en el manejo y aplicación de sus conocimientos. Si bien los profesionales liberales en algunos casos pueden estar sometidos a una subordinación de naturaleza laboral, dentro de su especialidad y en lo relativo al ejercicio de su profesión, mantiene incólume su libertad de juicio para efectos de atender los asuntos que le son encargados [Procuraduría General de la República, Dictamen N° C-379-2005 del 07 de noviembre de 2005].

3.2. Colegios profesionales

El ejercicio mismo de las profesiones liberales exige un interés particular del Estado, el cual ha delegado

en los colegios profesionales potestades públicas de fiscalización. Son entonces los colegios profesionales los encargados de velar por el correcto ejercicio profesional de sus agremiados, de forma tal que si alguno incurre en irregularidades pueda ser sometido a un régimen disciplinario, pues tal irregularidad suele generar consecuencias gravosas al ciudadano que ha requerido sus servicios.

Con base en lo anterior, la colegiatura obligatoria se hace necesaria para que el Estado, por medio de los colegios profesionales que son entes públicos no estatales, pueda regular y vigilar el ejercicio de una determinada actividad profesional. El derecho de libre asociación cede, entonces, ante el bien común y el adecuado desarrollo social [Sala Constitucional. Voto N° 10998-2000 de las 08 horas 36 minutos del 13 de diciembre de 2000. Véase en igual sentido el dictamen de la Procuraduría General de la República, N° 383-2004 del 23 de diciembre de 2004].

3.3. Prohibición e indemnización

La prohibición del ejercicio liberal de la profesión se impone a determinados funcionarios públicos con la finalidad de asegurar la efectiva dedicación integral del funcionario a las labores que su cargo público le exige, así como para evitar los conflictos de intereses que se pudieren presentar a causa del desempeño simultáneo de actividades privadas, y garantizar la prevalencia del interés público e institucional sobre cualquier interés privado.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en resolución N° 333-1999 del 27 de octubre de 1999, concluyó:

“...la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión tiene un indudable fundamento ético, pues cuando se establece, lo que se busca es impedir 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 u otro campo”.

De igual manera, el legislador dispuso, en la mayoría de los casos, indemnizar al servidor público cuando, a causa de tal prohibición, se le limite el derecho de ejercer su profesión en forma privada, justamente porque esa limitación conlleva la posibilidad cierta de causar un perjuicio económico. Es este-y no otro-, el sentido correcto del plus salarial o sobresueldo por concepto de prohibición, de tal manera que no debe entenderse como un simple estímulo laboral ni mucho menos como un mecanismo generalizado para aumentar el salario de los funcionarios [Procuraduría General de la República, Dictamen N° C-348-2007 del 02 de octubre de 2007].

3.4. Ente municipal como integrante de la Administración Tributaria.

Como se adelantó previamente, el artículo 4, inciso e) de la Ley N° 7794/1998 *Código Municipal* es claro al incluir expresamente a las Municipalidades dentro de la administración tributaria.

Con base en tal premisa, el personal municipal que por razón de sus cargos desempeñen labores estrechamente relacionadas con la materia tributaria que administran se encuentran sujetos a la prohibición del ejercicio liberal de su profesión, de acuerdo con los artículos 99 y 118 de la Ley N° 4755/1971 *Código de Normas y Procedimientos Tributarios* y, en consecuencia, les corresponde el derecho a percibir la correspondiente compensación económica establecida en el artículo 1 de la Ley N° 5867/1975, previo cumplimiento de los requisitos exigidos, a saber:

- Que ocupen puestos que estén afectados legalmente por prohibición;
- Que reúnan alguno de los requisitos académicos indicados en el artículo 1° de la Ley 5867/1975 y sus reformas;
- Que exista ley expresa o resolución judicial que autorice la compensación económica; y
- Que ostenten una formación académica afín con el cargo que desempeñen (Decreto Ejecutivo N° 22614/1993, *“Reglamento para el pago de*

compensación económica por concepto de prohibición”, Artículo 9)

Al respecto, la Procuraduría General de la República en Dictamen C-348-2007 del 02 de febrero de 2007 concluyó:

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 asistirá 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 (sic).

4. Criterios vinculantes

La Procuraduría General de la República ha emitido numerosos dictámenes y opiniones jurídicas sobre la materia en cuestión. De igual forma, la Contraloría General de la República también ha abordado el tema en diversos oficios.

Para efectos del presente informe, se analizarán algunas conclusiones de interés a las cuales han arribado los órganos citados.

4.1. Aplicación del principio *pro libertatis*.

Los derechos fundamentales se caracterizan por estar informados en su interpretación por el principio *pro libertatis*. Bajo esta premisa, toda prohibición en el ejercicio de una libertad debe ser entendida restrictivamente. Así las cosas y de igual forma, la prohibición para ejercer profesiones liberales constituye un régimen que impone limitaciones al ejercicio de una libertad y, en consecuencia, no puede

extenderse su aplicación a casos no contemplados expresamente en la norma.

Admitir lo contrario, nos llevaría a cometer una flagrante actuación arbitraria, que conculcaría no sólo la legalidad administrativa, sino el Derecho mismo de la Constitución. Y por ello, la propia Sala Constitucional ha determinado que si la Ley no ha establecido una prohibición de ejercicio privado de la profesión o realización de actividades privadas relacionadas con el cargo que se desempeña, o no existe incompatibilidad, el funcionario es libre de decidir ejercer tal profesión o de realizar tales actividades [Procuraduría General de la República, Dictamen N° C-422-2005 del 07 de diciembre de 2005].

El artículo 14 de la Ley N° 8422/2004, “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito”, el artículo 27 del Decreto Ejecutivo N° 32333/2005, “Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública” y el artículo 118 de la Ley N° 4755/1971 “Código de Normas y Procedimientos Tributarios”, establecen un régimen limitativo por lo que deben ser interpretados de forma restrictiva. Asimismo, cubren sólo a los funcionarios indicados taxativamente en las mismas normas.

(...) en razón de la naturaleza restrictiva que caracteriza dicha prohibición, la enunciación de los cargos sujetos a ella es claramente taxativa, conforme a su tenor literal; y sobra decir que la aplicación concreta de acuerdo a la estructura organizacional específica, le corresponde hacerla a cada administración activa, y en caso de duda o incerteza, la Contraloría General sería la que lo determine, según se explicó en el acápite primero de este pronunciamiento (...) [Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica N° OJ-202-2005 del 7 de diciembre de 2005].

4.2. Intención de la norma y voluntad del legislador.

El artículo 14 de la Ley N° 8422/2004 y el artículo 27 del Reglamento (Decreto Ejecutivo N° 32333/2005) son los que han provocado mayor duda en la administración. La redacción poco clara del texto final

contribuyó a que no se supiera, a ciencia cierta, el alcance de tales normas.

Si a lo anterior se agrega el hecho que se trata de una norma que afecta la esfera de derechos subjetivos de los funcionarios, cobra suma importancia contar con una definición clara y certera sobre los alcances de esa limitación, a fin de despejar toda duda respecto de quiénes deben ajustarse y cumplir con esa restricción legal [Contraloría General de la República, oficio DAGJ-0643-2005 del 14 de marzo de 2005].

Para aclarar el sentido de la norma, la Procuraduría General de la República echó mano a los antecedentes legislativos, dejando en evidencia que el legislador quiso hacer referencia no a los directores de departamento de órganos y entidades de la Administración Pública, sino en realidad a las personas que ostenten la jefatura o sean los encargados de las proveedurías del sector público, sea que su cargo se denomine director, subdirector (en caso que lo haya) o titular.

Finalmente concluyó:

Como se aprecia, basta analizar la génesis de la iniciativa de reforma al proyecto de ley original para comprender los alcances de la inclusión de la frase “así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público”, la cual no regula más que una sola categoría de cargos, que son como ya se ha dicho, los referidos a los directores –incluso subdirector si lo hubiera–, jefes, encargados o titulares de las proveedurías institucionales que operan en toda la Administración Pública [Procuraduría General de la República, Dictamen N° C-412-2007 del 19 de noviembre de 2007].

Iguals parámetros siguió la Contraloría General de la República y, mediante oficio DAGJ-1675-2005 del 20 de junio de 2005, aseveró:

En cuanto a la primera de estas referencias, debe tenerse presente que este Despacho ha tenido oportunidad de analizar el punto, y con fundamento en los antecedentes legislativos incorporados en el expediente N° 13715, ha indicado que la

mención incorporada en el numeral de cita, se encuentra referida en exclusivo a las personas que ocupen un puesto de jefatura dentro de las proveedurías del sector público, descartando con ello la inclusión de personas que ocupen puestos de jefatura diversos en órganos y entes públicos.

Las consideraciones transcritas tiene fundamento, además, en el texto del artículo 27 del Decreto Ejecutivo N° 32333/2005 citado, en cuanto a que tal prohibición debe entenderse referida exclusivamente a la persona o personas que ocupen puestos de jefatura en las proveedurías del sector público.

Es decir, la intención de la norma no fue cubrir la generalidad de las jefaturas de dirección que existen en las estructuras orgánicas de las diversas instituciones, sino únicamente las correspondientes a las **áreas administrativas** y de **proveeduría**, en consonancia con los fines que persigue la Ley N° 8422/2004.

En el caso del área administrativa, ello puede considerarse razonable tomando en cuenta lo sensible que resulta toda la gestión presupuestaria y financiera que llevan a cabo las entidades, que involucra la responsabilidad y la toma de decisiones en cuanto al manejo de los fondos de la institución. Por su parte, la proveeduría, en tanto le concierne todo lo relacionado con las contrataciones administrativas que desarrolla la institución, igualmente se trata de un departamento que juega un importante papel dentro de la administración de los recursos institucionales [Procuraduría General de la República, Dictamen N° C-412-2007 del 19 de noviembre de 2007].

4.3. Competencias del Alcalde Municipal y de la Contraloría General de la República.

Por otra parte, la Procuraduría General de la República ha sido clara al reiterar que la determinación del ámbito de aplicación subjetivo de la prohibición a lo interno de cada entidad, es una labor cuya titularidad y consecuente responsabilidad recae en sus autoridades administrativas.

En el caso de las Municipalidades, entonces, es al

Alcalde a quien corresponde determinar los puestos que resultan sujetos al régimen de prohibición para el ejercicio liberal de la profesión, de conformidad con la nomenclatura estructural interna que corresponda y en estricto apego al principio de legalidad. De igual criterio es la Contraloría General de la República.

(...) aún cuando en virtud de los requerimientos de determinada consulta o gestión, o bien de conformidad con la valoración de conveniencia y oportunidad realizada por esta División, se ha llegado emitir criterio en algunos casos o situaciones concretas, y en particular en torno a la aplicación o no de la prohibición de mérito a una persona o cargo público determinado, ha venido siendo criterio reiterado de parte nuestra, el hecho de que son las autoridades de cada Administración y no de este Órgano Contralor, a quienes corresponde bajo su exclusiva y entera responsabilidad, determinar en cada caso cuáles de sus funcionarios se encuentran cubiertos o no por dicha restricción (...) Interesa destacar que este resguardo a la titularidad de la Administración, para realizar en cada caso particular, la determinación de cuáles de sus servidores se encuentran cubiertos por la prohibición con arreglo a la Ley N° 8422 y su Reglamento Ejecutivo, se justifica además en el conocimiento directo e inmediato que cada Administración posee de su estructura orgánica, extremo que no puede dejarse de lado, a fin de captar en su correcto sentido, la naturaleza en la intervención de esta División, así como los alcances de nuestros pronunciamientos (...) (sic). [Contraloría General de la República, Oficio N° DAGJ-3636 del 2 de diciembre de 2005].

Con base en lo anterior, la Procuraduría General de la República ha concluido que, por ser la Contraloría General de la República competente en la fiscalización y aprobación del presupuesto de las municipalidades (incluido el gasto previsto para cubrir las compensaciones económicas derivadas del régimen de prohibición), es también este órgano contralor el que debe pronunciarse en forma definitiva en caso que subsista alguna duda [Procuraduría

General de la República, Dictamen N° C-422-2005 del 07 de diciembre de 2005].

4.4. Requisitos para acceder al pago de la compensación económica por concepto de prohibición.

Hasta el momento se han analizado dos normas diferentes que establecen la prohibición del ejercicio de profesiones liberales para ciertos funcionarios públicos, con sus consecuentes compensaciones salariales:

4.4.1. Ley N° 8422/2004y Decreto Ejecutivo N° 32333/2005(artículos 14 y 15 de la Ley y artículos 27 y 31 del Reglamento).

De los dictámenes y opiniones jurídicas emitidas por la Procuraduría General de la República, así como de amplios oficios formulados por la Contraloría General de la República se concluye que la prohibición –entratándose de Municipalidades–, corresponde únicamente a los funcionarios que ostentan el cargo de Alcalde Municipal, directores y subdirectores administrativos, así como a los directores y subdirectores de departamento, estos últimos referidos únicamente a las proveedurías del sector público [ver en este sentido los Dictámenes N° C-412-2007 y C-422-2005 de la Procuraduría General de la República].

Por otra parte, para ser acreedor a la correspondiente compensación salarial, el funcionario público debe:

- Ostentar el cargo de Alcalde Municipal, director o subdirector administrativo, o en su defecto, de director o subdirector del departamento de proveeduría.
- Contar con título académico que lo acredite como profesional liberal (según se definió en el acápite 3.1) y
- Estar debidamente incorporado al colegio profesional respectivo.

Como consecuencia, a falta de al menos uno de los requisitos, la compensación resulta improcedente. Lo anterior encuentra respaldo en el criterio que la Sala Constitucional ha compartido al respecto:

Debe advertirse, en primer término, que para esta Sala el pago de la compensación aludida no constituye, bajo ninguna circunstancia, un beneficio incausado o un privilegio para un determinado grupo de servidores; antes bien, es el justo reconocimiento para quienes, en razón de la función que desempeñan, y para la protección del más alto interés público, no tienen posibilidad de ejercer su profesión u oficio más allá de la dependencia administrativa en la que laboran (...) Se trata de una limitación al ejercicio privado de la profesión u oficio, por cuyo establecimiento el Estado dispuso hacer un reconocimiento económico sobre el salario base de sus empleados [Sala Constitucional, voto N° 3369-96 de las 10:27 horas del 05 de julio de 1996].

Corolario de lo anterior, la norma legal debe establecer la prohibición, pero además es necesario que se disponga mediante ley la correlativa compensación. Es decir, para que proceda el reconocimiento de una compensación económica derivada de la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión es necesario que una norma establezca esa prohibición. Además, se requiere que esa misma disposición –u otra también de rango legal–, acuerde el pago de la compensación respectiva. En síntesis, para reconocer la compensación económica no basta con que exista una prohibición, sino que es necesario, adicionalmente, que esté normativamente dispuesta la posibilidad de otorgar una retribución económica como consecuencia de aquella [Sala Segunda, votos N° 903-08 de las 09:50 horas del 22 de octubre de 2008 y N° 138-14 de las 09:10 horas del 12 de febrero de 2014].

4.4.2. Código de Normas y Procedimientos Tributarios y Ley de compensación por pago de Prohibición (artículos 118 y 1 respectivamente)

Con respecto a la prohibición contenida en el *Código de Normas y Procedimientos Tributarios* y la compensación prevista en la Ley N° 5867/1975, se previó originalmente para los servidores que integrasen la llamada Administración Tributaria –entendida como el órgano administrativo que tenga a su cargo la percepción y fiscalización de los tributos–, al tenor de lo establecido en el artículo 99 *ibídem*.

No obstante, las municipalidades se constituyen per se en administración tributaria, por tener bajo su competencia la administración, fiscalización y recaudación de impuestos municipales (artículo 4, incisos d) y e) del *Código Municipal*, Ley N° 7794/1998). En consecuencia, la Procuraduría General de la República ha considerado que:

...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 reúne los requisitos... [Dictamen N° C-348-2007 del 02 de octubre de 2007. Ver en igual sentido el Dictamen N° 006-2001 del 16 de enero de 2001, C-170-2003 del 12 de junio de 2003 y C-379-2005 del 07 de noviembre de 2005, entre otros].

En resumen, para que un funcionario esté sometido a la prohibición y se le reconozca la compensación económica respectiva bajo este supuesto, debe cumplir los siguientes requisitos:

- Ser funcionario de la Administración Tributaria;
- Que el puesto ocupado por el funcionario se encuentre afectado por la aludida prohibición (en el caso de las municipalidades, tener a su

cargo tareas de administración, percepción y fiscalización de tributos); y

- Reunir el requisito mínimo académico que el cargo requiere para el ejercicio de las funciones correspondientes.

4.4.3. Ley de Control Interno (artículo 34)

En complemento de las anteriores, y a pesar de no estar directamente relacionada con el asunto en estudio, es importante aludir al régimen de prohibición establecido en el artículo 34 de la Ley N° 8292/2002 *Ley General de Control Interno*, el cual, en lo pertinente, reza:

Artículo 34.- Prohibiciones. El auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna, tendrán las siguientes prohibiciones:(...)

c) Ejercer profesiones liberales fuera del cargo, salvo en asuntos estrictamente personales, en los de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad y afinidad hasta tercer grado, o bien, cuando la jornada no sea de tiempo completo, excepto que exista impedimento por la existencia de un interés directo o indirecto del propio ente u órgano. De esta prohibición se exceptúa la docencia, siempre que sea fuera de la jornada laboral.(...)

Por las prohibiciones contempladas en esta Ley se les pagará un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base.

Tomando como base el inciso transcrito, referido a la imposibilidad del ejercicio liberal de la profesión, la Procuraduría General de la República ha concluido que única y exclusivamente aquellos funcionarios de la auditoría interna que cumplen con los requisitos para ejercer una determinada profesión en forma liberal, son los que tienen derecho a que se les pague la compensación económica del 65% [Dictamen N° C-299-2005 del 19 de agosto de 2005. Ver en igual

sentido el Dictamen N° C-039-2003 del 17 de febrero del 2003].

Asimismo, ha manifestado:

...que no todos los funcionarios de las auditorías internas encargados de realizar funciones de auditoría, deben tener, necesariamente, una preparación académica en el campo de la auditoría. Es posible que algunos de ellos, por la especialización de la materia que en ciertos casos se requiere, posean preparación en otras áreas. [Procuraduría General de la República. Dictamen N° C-071-2003 del 13 de marzo del 2003].

O sea, funcionarios de las auditorías internas que no poseen una profesión liberal (aun cuando realicen funciones de auditoría y posean un determinado nivel académico) no están afectados por la prohibición que se analiza, por lo que no procede el pago de la compensación correspondiente [Procuraduría General de la República, Dictamen N° C-379-2005 del 07 de noviembre de 2005].

En fin, esta norma nos enfrenta a los siguientes requisitos:

- Ser funcionario de la auditoría interna;
- Realizar funciones de auditoría (independientemente del área en que se realicen)¹;
- Contar con título académico que lo acredite como profesional liberal (según se definió en el acápite 3.1); y
- Estar debidamente incorporado al colegio profesional respectivo.

5. Conclusiones

a) El régimen de prohibiciones limita el ejercicio de un derecho fundamental, cual es el ejercicio

1 La posición anterior obedece a que no todos los funcionarios de las auditorías internas encargados de realizar funciones de auditoría, deben tener, necesariamente, una preparación académica en el campo de la auditoría. Es posible que algunos de ellos, por la especialización que en ciertos casos se requiere, posean esa preparación en otras áreas (por ejemplo, en derecho, informática, ingeniería, etc.). Así, no puede señalarse que para estar afecto a la prohibición y, por ende, tener derecho a la compensación económica correspondiente, deba ostentarse un grado académico determinado, pues ello dependerá de las normas que regulen el ejercicio profesional en cada especialidad.

liberal de la profesión, razón por la que debe ser aplicado restrictivamente. De igual forma, la compensación económica por prohibición está condicionada a que el funcionario cumpla con los requisitos exigidos para ejercer liberalmente su profesión, entre los cuales se encuentra la incorporación al colegio profesional respectivo (cuando exista).

b) La norma legal debe establecer la prohibición, pero además es necesario que se disponga mediante ley la correlativa compensación.

c) Las Municipalidades integran la Administración Tributaria por sus funciones de administración, fiscalización y recaudación de impuestos municipales.

d) El artículo 14 de la Ley N° 8422/2004 cubre únicamente las jefaturas correspondientes a las áreas administrativas y de proveeduría, en consonancia con los fines que persigue la *Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito*.

e) La prohibición establecida en el artículo 14 de la Ley N° 8422/2004, en relación con el artículo 27 del Decreto Ejecutivo N° 32333/2005 corresponde únicamente a los funcionarios que ostentan el cargo de directores y subdirectores administrativos, así como a los directores y subdirectores de departamento de las proveedurías del sector público.

f) La prohibición establecida en el artículo 118 del *Código de Normas y Procedimientos Tributarios* (Ley N° 4755/1971) atañe al personal de la Administración Tributaria que tenga a cargo tareas de administración, percepción y fiscalización de tributos.

g) La Ley N° 8292/2002 Ley de Control Interno incluye otro régimen de prohibición al que están sometidos los funcionarios de auditorías internas, también aplicable a las Municipalidades.

h) Es al Alcalde a quien corresponde determinar los puestos que resultan sujetos al régimen

de prohibición para el ejercicio liberal de la profesión, de conformidad con la nomenclatura estructural interna que corresponda y en estricto apego al principio de legalidad. En caso de duda debe consultarlo a la Contraloría General de la República.

6. Bibliografía

Contraloría General de la República, Oficio DAGJ-0643-2005 del 14 de marzo de 2005.

Contraloría General de la República, Oficio DAGJ-1675-2005 del 20 de junio de 2005.

Contraloría General de la República, Oficio DAGJ-3636-2005 del 2 de diciembre de 2005.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-006-2001 del 16 de enero de 2001.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-039-2003 del 17 de febrero del 2003.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-071-2003 del 13 de marzo del 2003.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-170-2003 del 12 de junio de 2003.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-299-2005 del 19 de agosto de 2005.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-348-2007 del 02 de febrero de 2007.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-379-2005 del 07 de noviembre de 2005.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-383-2004 del 23 de diciembre de 2004.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-412-2007 del 19 de noviembre de 2007.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-422-2005 del 07 de diciembre de 2005.

Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica OJ-076-2003 del 22 de mayo de 2003.

Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica OJ-202-2005 del 7 de diciembre de 2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 1996-3369 de las 10:27 horas del 05 de julio de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2000-10998 de las 08:36 horas del 13 de diciembre de 2000.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 1989-0171 de las 14:30 horas del 3 de noviembre de 1989.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 1999-0333 del 27 de octubre de 1999.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2002-0072 de las 10:20 horas del 27 de febrero de 2002.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2004-0387 de las 09:40 horas del 21 de mayo de 2004.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2008-0903 de las 09:50 horas del 22 de octubre de 2008.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2014-0138 de las 09:10 horas del 12 de febrero de 2014.

