DIRECCION NACIONAL DE NOTARIADO
COSTA RICA
UNIDAD ADMINISTRATIVA
31 ENE. 2020
Hora 2:27 p
RECIBIDO

DIRECCION NACIONAL DE NOTARIADO
COSTA RICA
31 ENE. 2020
RECIBIDO 9:39 pm

DNN

San José, 31 de enero del 2020
AI-SAD-002-2020

DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO
CONSEJO SUPERIOR NOTARIAL
31 ENE. 2020
Recibido por:
Hora: 14:33

Señor
Guillermo Sandí Baltodano
Director Ejecutivo
Dirección Nacional de Notariado

Señores
Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos
Dirección Nacional de Notariado

Asunto: Servicio preventivo de advertencia sobre reconocimiento de prohibición a los puestos 503908 y 503909

Este servicio se realiza con fundamento en la competencia de asesoría y advertencia conferida a la Auditoría Interna según el inciso d) del artículo 22 de la Ley General de Control Interno, el cual indica:

> d) Asesorar, en materia de su competencia, al jerarca del cual depende; además, advertir a los órganos pasivos que fiscaliza sobre las posibles consecuencias de determinadas conductas o decisiones, cuando sean de su conocimiento. (El subrayado no corresponde al texto original)

El origen de este servicio preventivo de advertencia corresponde a una denuncia planteada vía correo electrónico por parte de un ciudadano, en el sentido de investigar los nombramientos de los puestos de las dos asistentes destacadas en la Dirección Ejecutiva, ocupando puestos profesionales y realizando labores distintas al derecho.

A continuación, esta Auditoría Interna procede a detallar lo correspondiente:

La normativa aplicable al reconocimiento de prohibición a raíz del ejercicio de la función pública esta consignada en la Ley de Salarios de la Administración Pública No. 2166, numerales 14 y 15 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública No. 8422; y Ley de Compensación por pago de Prohibición No. 5867, del 15 de diciembre de 1975; todas reformadas recientemente por la Ley 9635, Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas.

La referida Ley 9635, Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, introdujo reformas a diferentes leyes, algunas de ellas tendientes a uniformar el tema salarial en todo el sector público (central, desconcentrado y descentralizado); así lo establece artículo 26 de la Ley de Salarios de la Administración Pública No. 2166, ya reformado por la Ley 9635:

www.dnn.go.cr
2528-5756 -2528-5752
Costado oeste del Mall San Pedro, Oficentro Sigma Business Center. Edificio A, 5 | piso
San José, Costa Rica,

Artículo 26- Aplicación. Las disposiciones del presente capítulo y de los siguientes se aplicarán a:

1. La Administración central, entendida como el Poder Ejecutivo y sus dependencias, así como todos los órganos de desconcentración adscritos a los distintos ministerios, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, y las dependencias y los órganos auxiliares de estos.

2. La Administración descentralizada: autónomas y semiautónomas, empresas públicas del Estado y municipalidades.

Define esta misma Ley de Salarios de la Administración Pública, en su artículo 27, qué se debe entender por "dedicación exclusiva" y por "prohibición", al efecto ordena:

Artículo 27- Definiciones. Para efectos de la presente ley, se entenderá por:

1. Dedicación exclusiva: régimen de naturaleza contractual que surge por iniciativa de la Administración cuando se identifica la necesidad de que quien ostente un cargo público se desempeñe en ese puesto de manera exclusiva, lo cual implica que no ejerza su profesión liberal ni profesiones relacionadas con dicho cargo en ninguna otra institución pública o privada, por un periodo de tiempo definido. Es de carácter potestativo y únicamente podrá ser otorgada a los funcionarios del sector público que firmen el respectivo contrato. Su compensación económica se otorga dependiendo del grado académico y las características del puesto.

2. ...

3....

4....

5. Prohibición: restricción impuesta legalmente a quienes ocupen determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación absoluta de tales servidores a las labores y las responsabilidades públicas que les han sido encomendadas. Todo funcionario público que reciba el pago por prohibición tendrá imposibilidad de desempeñar su profesión o profesiones en cualquier otro puesto, en el sector público o privado, estén o no relacionadas con su cargo, sean retribuidas mediante sueldo, salario, dietas, honorarios o cualquier otra forma, en dinero o en especie, o incluso *ad honorem*.

Los funcionarios bajo régimen de prohibición obtendrán una compensación económica por la limitación al ejercicio liberal de su profesión o profesiones en los términos señalados en la presente ley.

Por su parte, la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública No. 8422, en su artículo 14, enumera los puestos de la Administración Pública que están sujetos al régimen de "prohibición"; norma que al efecto ordena:

> 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.

El numeral 15 de la normativa indicada, señala los porcentajes de pago por "prohibición" tanto a bachilleres, como a licenciados y/o postgrados, fijándolo en un 15% para los primeros y en un 30% para los segundos, calculado sobre el salario base fijado para la categoría de puesto respectivo. Ordena la referida norma:

> **Artículo 15- Retribución económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales.** La compensación económica por la aplicación del artículo anterior será equivalente a un pago de un quince por ciento (15%) bachilleres y un treinta por ciento (30%) licenciados o posgrados sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo.

Esta última norma fue reformada por el artículo 3 del título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N° 9635 del 3 de diciembre de 2018, que adicionó el numeral 57 aparte g) a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 del 9 de octubre de 1957.

Sobre este mismo tema, el numeral 27 del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, emitido mediante Decreto Ejecutivo No.

www.dnn.go.cr
2528-5756 -2528-5752
Costado oeste del Mall San Pedro, Oficentro Sigma Business Center. Edificio A, 5 | piso
San José, Costa Rica,

32333 del 12 de abril del 2005, hace aclaraciones en relación a la mención que hace el numeral 14 de la Ley #8422 en cuanto a los señores auditores y subauditores internos de la Administración Pública y a los directores y subdirectores de departamento; respecto a los primeros señala que tienen derecho a recibir el pago de prohibición sin importar la nomenclatura que éstos reciban siempre que realicen funciones y tareas como tales en la Administración Pública y en cuanto a los segundos debe entenderse la prohibición limitada a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público. Al efecto ordena la referida norma del referido reglamento:

> **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. (negrilla no es del original).

El artículo 28 del referido Reglamento, regula las excepciones a lo ordenado en el numeral antes transcrito:

> **Artículo 28.-De las excepciones.** De la prohibición anterior se exceptúan las actividades de docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario público afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. En tales casos, no

www.dnn.go.cr
2528-5756 -2528-5752
Costado oeste del Mall San Pedro, Oficentro Sigma Business Center. Edificio A, 5 | piso
San José, Costa Rica,

> 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.

Con fundamento en esta norma reglamentaria, la Procuraduría General de la República ha negado la posibilidad de que Directores y Subdirectores de departamentos distintos al de las proveedurías del sector público reciban la compensación económica que establece el numeral 14 de la Ley No. 8422; entre otros dictámenes: C-102-2008 del 8 de abril de 2008, C-433-2008 del 10 de diciembre de 2008, C-067-2013 del 29 de abril del 2013, C-331-2014 del 10 de octubre del 2014, C-005-2016 del 13 de enero de 2016 y el C-096-2016 del 28 de abril de 2016.

La Contraloría General de la República de manera reiterada ha indicado que la prohibición establecida por el numeral 14 de la Ley No. 8422, constituye una figura jurídica mediante la cual se limita un derecho fundamental, pues se le limita a la persona el derecho a ejercer libremente una profesión en el ámbito privado, por lo que tal limitación debe ser establecida únicamente por medio de ley. (DJ-0669, de 28 de mayo 2018), por ende, no se puede establecer el "pago prohibición sobre un puesto y/o cargo público", que no haya sido dispuesto expresamente por el legislador (sea por ley), ya que dicho proceder sería contrario al Principio de Reserva de Ley, regulado por el numeral 11 de la Constitución Política, así como por los artículos 11 y 19 de la Ley General de la Administración Pública. Tampoco es posible establecer, por vía interpretativa, un "pago por prohibición, ni su respectiva compensación". La Contraloría General de la República sostiene que, por la vía de interpretación normativa, no es posible incluir otros puestos diferentes a los que expresamente establece el articulado, indicando al respecto en el Oficio No. 10771 (DAGJ-2555) del 25 de agosto de 2005, lo siguiente:

> "(...) la lista de cargos referenciados en los artículos 14 de la Ley Nº 8422 y 27 de su Reglamento Ejecutivo, es de índole taxativa, la cual en consecuencia no puede ser adicionada mediante alguno de los métodos de interpretación reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico".

Sobre la naturaleza jurídica de este tipo de prohibiciones, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su Sentencia No. 333-1999 de las 10:30 horas del 27 de octubre de 1999, señaló lo siguiente:

> "*... Este tipo de prohibiciones tiene un indudable fundamento ético; pues, cuando se establecen lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades, en el campo privado; dado que ello se considera inconveniente, porque puede afectar la necesaria intensidad, en el ejercicio de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una indeseable confusión, en los intereses de uno y otro campos, dejando los públicos subordinados o hasta al servicio de los privados. Se crea y se paga así una incompatibilidad propia y originada en la relación de empleo público, para determinados cargos de rango profesional o académico.*"

La misma Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado la existencia de un carácter mixto en el régimen de prohibición, en el cual por un lado se impide el ejercicio de la profesión y por otro se establece una compensación económica en razón de dicha limitación. Al respecto señala la Sentencia No. 947 de las 9:45 horas del 12 de noviembre del 2008:

> (...) el carácter mixto que tiene el régimen de prohibición por cuanto, por un lado, consiste en un acto de gravamen, al impedir el ejercicio liberal de la profesión, mientras que por el otro conlleva el efecto positivo de la compensación económica. Sobre este punto la Sala Primera externó: "El acto que declara a un servidor determinado, afecto a una prohibición, aunque como consecuencia traiga consigo una compensación económica, no es un acto exclusivamente declarativo de derechos, porque también impone obligaciones. Se trata más bien, de un acto mixto que declara una prohibición concreta en perjuicio del funcionario y a su vez le compensa con un beneficio económico" (Voto No. 210-F-2005) (...)".

Ahora bien, del numeral 14 de la citada Ley #8422, deriva con toda claridad que la prohibición contenida en esa norma está limitada al ejercicio de profesiones liberales. Lo anterior es importante porque no todos los profesionales que ocupen los cargos mencionados en el referido artículo 14, pueden ser beneficiados con esa disposición, sino únicamente aquellos que estén en posibilidad efectiva de ejercer su profesión en forma liberal. Por ello, resulta oportuno aclarar entonces qué se debe entender por "profesión liberal", ya que no todas las profesiones son liberales; en consecuencia, aunque una persona tenga un grado académico de licenciatura o superior y forme parte de un Colegio Profesional, ello no implica necesariamente que la profesión que ostenta sea de ejercicio liberal. Al respecto se han emitido varios criterios tanto de la Contraloría General de la República, como de la Procuraduría General de la República. La primera mediante Oficio **CGR/DJ-1060-2015** del 10 de junio del 2005, indicó:

> "...En cuanto al concepto de "profesión liberal" esta Contraloría General ya se ha pronunciado respecto al tema, indicando que son: *"aquellas que se ejercen en el mercado de servicios, para lo cual se requiere contar un grado académico universitario que otorga la condición de profesional en determinada rama del conocimiento, así como la incorporación al colegio profesional respectivo, lo anterior cuando éste exista y siempre que sea exigida como condición necesaria y suficiente para su ejercicio". Ver* Oficio N° 10455 (DAGJ-1333) del 08 de octubre de 2008...".

En tanto la Procuraduría General de la República, entre otros pronunciamientos, en cuanto al concepto de "profesión liberal", en su Dictamen C-155-2017, del 03 de julio de 2017, señaló:

> "...Una profesión liberal es aquella cuyo ejercicio supone la existencia de un mercado de servicios que permita al profesional ofrecer habitualmente, por medio de una oficina, de un despacho o de un establecimiento abierto al público, a cambio de una retribución económica, la prestación de un servicio especializado, para cuya ejecución ha recibido formación académica, generalmente universitaria, que le faculta para proceder con independencia técnica, sin sujeción a las órdenes que podría girarle su cliente. Una nota distintiva, aunque no imprescindible, para que una profesión sea liberal es la existencia de un colegio profesional que fiscalice las relaciones entre el profesional y su cliente...".

Siempre en relación con el mismo tema, el Dictamen C-323-2017, del 22 de diciembre de 2017, de la Procuraduría General de la República, señala:

> "... Ahora bien, adquiere capital importancia señalar que este Órgano Asesor, para efectos de construir una conceptualización que permita dilucidar cuándo estamos en presencia de una profesión que es **susceptible de un verdadero ejercicio liberal** - lo cual a final de cuentas es lo que compensa el artículo 15 de la Ley N° 8422 mediante el pago de un rubro salarial- ha subrayado un elemento importante que permite, sumado a las demás características que hemos enumerado en diversos pronunciamientos, arribar a una mejor apreciación acerca de si estamos o no en presencia de una profesión que pueda entrar en esta categoría a efectos de la aplicación del régimen de prohibición.
>
> Dicho elemento se refiere a la **posibilidad real y práctica** de contar con una oficina o despacho abierto al público, que implique el usual ejercicio de la profesión mediante la captación y atención de clientes privados para efectos de prestarles el servicio que se ofrece, a cambio del pago de los correspondientes honorarios, los cuales usualmente se encuentran sujetos a tarifas preestablecidas por los colegios profesionales.
>
> En efecto, no puede perderse de vista que, como hemos señalado en otras ocasiones, el pago de un rubro salarial correlativo al sometimiento a este régimen de prohibición, está concebido y se justifica en la medida en que se compensa al funcionario el costo de oportunidad que significa estar perdiendo la posibilidad de atender clientes mediante un ejercicio liberal de la profesión, y por ende, estar dejando de ganar esos honorarios profesionales que podría estarle reportando su oficina o despacho privado, con otras contrataciones ajenas a su puesto de trabajo en la Administración.
>
> Bajo este entendido, en nuestro dictamen C-155-2017 del 3 de julio del 2017, apuntamos expresamente lo siguiente:
>
> *"Una profesión liberal es aquella cuyo ejercicio supone la existencia de un mercado de servicios que permita al profesional ofrecer habitualmente, por medio*

www.dnn.go.cr
2528-5756 -2528-5752
Costado oeste del Mall San Pedro, Oficentro Sigma Business Center. Edificio A, 5|piso
San José, Costa Rica,

de una oficina, de un despacho o de un establecimiento abierto al público, a cambio de una retribución económica, la prestación de un servicio especializado, para cuya ejecución ha recibido formación académica, generalmente universitaria, que le faculta para proceder con independencia técnica, sin sujeción a las órdenes que podría girarle su cliente. Una nota distintiva, aunque no imprescindible, para que una profesión sea liberal es la existencia de un colegio profesional que fiscalice las relaciones entre el profesional y su cliente" ...

Más recientemente y siempre sobre la definición de "profesión liberal", la Procuraduría General de la República, mediante Dictamen C-286-2019 del 26 de setiembre de 2019, señaló:

> Para determinar si una profesión es liberal, hemos sostenido que ese tipo de profesiones poseen cuatro rasgos distintivos. De esa manera, se ha considerado que una profesión liberal es aquella que **a)** Es susceptible de ejercerse en el mercado de servicios, **b)** implica la libertad de juicio e independencia del profesional, **c)** genera una relación de confianza con su cliente, y **d)** su ejercicio requiere de un grado universitario y la incorporación al Colegio Profesional respectivo, en caso de que la colegiatura sea obligatoria. (Al respecto véanse nuestros pronunciamientos Nos. OJ-076-2003 de 22 de mayo de 2003, C-249-2014 del 14 de agosto de 2014, C-111-2017 de 18 de setiembre de 2017 y C-155-2017 de 3 de julio de 2017).
>
> En los dictámenes Nos. C-155-2017 de 3 de julio de 2017 y C-238-2018 de 19 de setiembre de 2018, dispusimos, respectivamente, que:
>
> *"Una profesión liberal es aquella cuyo ejercicio supone la existencia de un mercado de servicios que permita al profesional ofrecer habitualmente, por medio de una oficina, de un despacho o de un establecimiento abierto al público, a cambio de una retribución económica, la prestación de un servicio especializado, para cuya ejecución ha recibido formación académica, generalmente universitaria, que le faculta para proceder con independencia técnica, sin sujeción a las órdenes que podría girarle su cliente. Una nota distintiva, aunque no imprescindible, para que una profesión sea liberal es la existencia de un colegio profesional que fiscalice las relaciones entre el profesional y su cliente."*
>
> *"...las profesiones liberales se ejercen en un régimen jurídico de libertad y de autonomía profesional, pues el profesional liberal organiza su propio trabajo y actúa en nombre propio y por su cuenta, sin estar ligado a una relación laboral, dando un servicio a su cliente a través de una oficina abierta al público."*
>
> Al respecto, la Contraloría General de la República ha considerado que:
> *"La profesión liberal es aquella que desarrolla, en el mercado de servicios, una persona que cuenta con un grado académico universitario, que le acredita como capaz y competente para prestar el servicio en forma ética, responsable y eficaz, y que, como requisito esencial, debe estar incorporado a un colegio profesional en el caso de que*

exista, momento a partir del cual se materializa el derecho fundamental al ejercicio de la profesión." (Oficio No. 9318 de 4 de agosto de 2005).

El **Decreto Ejecutivo No. 41140 de 2 de mayo de 2018**, modificó varios artículos del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública relacionados con la prohibición del ejercicio de profesiones liberales y adicionó un inciso al artículo 1° que dispone:

"47) Profesión liberal: Para efectos del artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, se entenderá por profesión liberal aquella que cumpla los siguientes supuestos: a) Su ejercicio requiere de grado o posgrado universitario, b) colegiación activa, cuando exista Colegio Profesional y la colegiatura sea obligatoria; c) Ser susceptible de ejercerse en el mercado de servicios; d) Libertad de juicio e independencia profesional; y e) La existencia de una relación de confianza con su cliente."

La Sala Constitucional, por su parte, ha dispuesto que:
"La singularidad de las profesiones liberales surge de la inexistencia de una relación de dependencia con su clientela, de modo que el profesional liberal tiene autonomía e independencia plena en la forma de prestar los servicios profesionales -horario, lugar, etc.- dado que lo hace por cuenta propia, razón por la cual sus servicios son remunerados mediante honorarios. El profesional liberal aplica, para un caso concreto, sus conocimientos científicos o técnicos sin someterse a ninguna dirección y bajo su exclusiva responsabilidad, esto es, de acuerdo a su leal saber y entender. Es menester señalar que el ejercicio de una profesión liberal, está íntimamente ligado a la libertad profesional, la cual incluye la de elegir libremente la profesión que se pretende ejercer y, una vez obtenida ésta a través de una titulación adecuada y la correspondiente colegiatura, la de ejercerla libremente sin otros límites que los necesarios para garantizar la corrección, supervisión y fiscalización en su ejercicio y la protección del interés público y, en particular, de los consumidores de los servicios profesionales..." (Voto No. 8728-2004 de las 15 horas 22 minutos de 11 de agosto de 2004).

Con base en lo ya citado, podemos concluir que estar habilitado para el ejercicio de una profesión liberal no es indispensable para ocupar uno de los cargos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley No. 8422, pero sí lo es para poder recibir la compensación económica por la prohibición establecida en esa norma. En consecuencia, es posible afirmar que el pago por "prohibición" previsto en el artículo 14 de la citada ley, aplica solamente a los funcionarios que estén en posibilidad efectiva de ejercer una profesión liberal. Los funcionarios que ocupen uno de los puestos que refiere el artículo 14 mencionado, pero que no estén en posibilidad de ejercer una profesión liberal (porque no cuentan con el grado académico exigido para ello, porque su profesión no es liberal, o porque no están activos en el Colegio Profesional respectivo cuando así se requiera para poder ejercer liberalmente su profesión), no están legitimados para recibir el pago de la compensación económica que por "prohibición" regula el artículo 15 de la referida ley.

www.dnn.go.cr
2528-5756 -2528-5752
Costado oeste del Mall San Pedro, Oficentro Sigma Business Center. Edificio A, 5 | piso
San José, Costa Rica,

Pese a la exigida valoración y/o análisis oficial en cuanto a si una profesión o disciplina es o no de ejercicio liberal, la determinación por parte del Colegio Profesional que se trate, en el sentido que sus agremiados pueden ejercer su profesión en forma liberal o no, priva sobre el criterio oficial, así ocurrió con los profesionales en Sociología, a quienes en el año 2014 la Procuraduría General de la República no les reconoció como liberal su profesión, sin embargo, con base en la autorización por parte de su Colegio Profesional, en el sentido que la Sociología es una profesión liberal, se dio un cambio de criterio en la representación estatal y ya en el año 2017, se consideró a la Sociología como una profesión liberal. (Ver Dictamen C-155-2017, del 03 de julio de 2017). En ese mismo Dictamen, se cita otros pronunciamientos de la Procuraduría General de la República donde se ha analizado si una profesión debe o no ser considerada como de ejercicio liberal o no, como son la Contaduría Privada, el Secretariado, la Administración de Oficinas, las Profesiones Artísticas y la Docencia; buscando determinar en esas profesiones, la existencia o no de los rasgos que, según la misma Procuraduría, caracterizan una "profesión liberal". Esos criterios o características sentadas a lo largo de los años tanto por la Procuraduría como por la Contraloría General de la República, a fin de determinar la existencia o no de una "profesión liberal", actualmente fueron incluidas dentro del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, mediante reforma introducida mediante **Decreto Ejecutivo No. 41140 de 2 de mayo de 2018**, el cual modificó varios artículos de dicho Reglamento y adicionó un inciso a su artículo primero, el cual dispone:

> **"47) Profesión liberal:** Para efectos del artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, se entenderá por profesión liberal aquella que cumpla los siguientes supuestos: a) Su ejercicio requiere de grado o posgrado universitario, b) colegiación activa, cuando exista Colegio Profesional y la colegiatura sea obligatoria; c) Ser susceptible de ejercerse en el mercado de servicios; d) Libertad de juicio e independencia profesional; y e) La existencia de una relación de confianza con su cliente."

También, el mismo Decreto Ejecutivo citado, modificó varios artículos del Decreto Ejecutivo No. 22614 del 22 de octubre de 1993, denominado: Reglamento para el Pago de Compensación Económica por Concepto de Prohibición; normas que estimo importante citar, para los efectos del presente estudio:

> Artículo 3º-Refórmense los incisos b) y d) del artículo 2 y los artículos 5, 6, 9 y 13 del Decreto Ejecutivo N° 22614 del 22 de octubre de 1993 "Reglamento para el pago de compensación económica por concepto de prohibición", para que en adelante se lean:
>
> *"**Artículo 1:** Para los efectos del presente reglamento entiéndase por:*
>
> *b) **Prohibición:** la obligación de no ejercer la profesión liberal por parte de quien ocupe uno de los cargos públicos sujetos a dicha restricción,*

*d) **Profesión liberal:** aquella que cumpla los siguientes supuestos: a) Su ejercicio requiere de grado o posgrado universitario, b) colegiación activa, cuando exista Colegio Profesional y la colegiatura sea obligatoria; c) Ser susceptible de ejercerse en el mercado de servicios; d) Libertad de juicio e independencia profesional; y e) La existencia de una relación de confianza con su cliente.*

***Artículo 5:** Procede el pago de la compensación económica por concepto de prohibición, cuando el servidor cumpla los requisitos legales y profesionales correspondientes, según el régimen de prohibición aplicable a su profesión.*

***Artículo 6:** Salvo disposición expresa en contrario, en los casos en que la ley otorgue en forma general la compensación económica para los funcionarios de una determinada Institución, estos deberán ocupar puestos cuyas funciones y especialidad sean afines con la establecida por la ley que otorga dicho beneficio.*

***Artículo 9:** Salvo disposición expresa en contrario, procede el pago de compensación económica a los servidores que cumplan los siguientes supuestos:*

a) Que ocupen puestos que estén afectados legalmente al régimen de prohibición;

b) Que exista ley expresa o resolución judicial en firme que autorice la compensación económica; y

c) Que ostenten una formación académica afín con el cargo que desempeñen."

***Artículo 13:** Corresponderá a las Oficinas de Recursos Humanos de cada institución la verificación, aprobación y trámite de pago de la compensación por prohibición en los términos establecidos en esta Ley, para lo cual deberá realizar la constatación del cumplimiento de requisitos, justificando y documentando su reconocimiento mediante resolución administrativa. Lo anterior, sin detrimento de la intervención que puedan tener las Auditorías Internas y la Dirección, según ámbito de competencia.*

El incumplimiento de esta obligación será considerada como falta grave por parte de los titulares de las Oficinas de Recursos Humanos, y será sancionada conforme la reglamentación de cada Institución."

Continuando con el análisis del numeral 14 de la Ley #8422, procede indicar que tanto la Contraloría General de la República, como la Procuraduría General de la República, son contestes en señalar que para obtener el pago de la compensación económica que regula el numeral 15 de la Ley No. 8422, el servidor público requiere de tres requisitos:

www.dnn.go.cr
2528-5756 -2528-5752
Costado oeste del Mall San Pedro, Oficentro Sigma Business Center. Edificio A, 5 | piso
San José, Costa Rica,

1. Estar formalmente nombrado en propiedad, de forma interina o de suplencia, en un cargo que se encuentre afectado por la prohibición, conforme al artículo 14 de la Ley 8422 y/o el numeral 27 de su Reglamento. (requisito funcional).
2. Contar con un título académico universitario que lo acredite como profesional en determinada área del conocimiento, lo cual debe valorarse en cada caso en particular, pues cada disciplina científica establece el grado académico que necesita la persona para ser considerado profesional y que su profesión pueda ser ejercida de forma liberal. (requisito académico).
3. Estar facultado profesionalmente para ejercer su profesión en forma liberal, lo cual implica estar inscrito y activo en el Colegio Profesional respectivo, en caso de que su profesión tenga un Colegio Profesional existente y que la colegiatura sea requerida como requisito indispensable por la normativa constitutiva de la Corporación Profesional para el ejercicio liberal de la profesión; pues existen profesiones cuyo ejercicio liberal no requiere estar incorporado a un Colegio Profesional. (requisito funcional).

No está demás indicar, que para la Procuraduría General de la República, según Dictamen C-075-2017, del 07 de abril de 2017; para el caso de la prohibición que ordena el numeral 14 de la Ley #8422, basta con ocupar alguno de los cargos mencionados en esa norma, ostentar el grado académico requerido para ejercer liberalmente una profesión y estar habilitado para el ejercicio liberal de la profesión, para tener derecho al pago de la compensación económica prevista por el artículo 15 de la misma ley; según criterio de la Procuraduría, estas normas de la Ley 8422, no se establece como requisito para el pago de prohibición, que el funcionario público realice en el ejercicio de su puesto en la Administración Pública, labores propias o relacionadas con la profesión liberal que ostenta; se afirma que no es esta una situación que impida el pago de la compensación económica por concepto de la prohibición que regula la Ley 8422, en tanto el funcionario cumpla con los tres requisitos antes mencionados; a diferencia de lo que ocurre, tal y como se verá más adelante, en el caso de la prohibición para el ejercicio de la abogacía, amparado al régimen de prohibición que regula la Ley de Compensación por Pago de Prohibición, #5867, del 15 de diciembre de 1975, según la cual, en su artículo 5, el profesional en Derecho, amparado a ese régimen, sí debe necesariamente realizar funciones de abogacía en el cargo que desempeña en la función pública, para poder tener derecho a la compensación económica establecida en esa ley. Señala la Procuraduría en el señalado Dictamen:

> "...Nótese que en el caso de la prohibición dispuesta en el artículo 14 de la ley n.° 8422, basta con ocupar alguno de los cargos mencionados en esa norma (requisito funcional), ostentar el grado académico requerido para ejercer liberalmente una profesión (requisito académico) y estar habilitado para el ejercicio liberal de la profesión (requisito profesional) para tener derecho a la compensación prevista en el artículo 15 de la misma ley, pues ninguna de esas dos disposiciones exige que el funcionario deba realizar en el ejercicio de su puesto labores relacionadas con la profesión liberal que ostenta; mientras que en el caso de la prohibición por el ejercicio de la abogacía sí es requisito realizar,

www.dnn.go.cr
2528-5756 -2528-5752
Costado oeste del Mall San Pedro, Oficentro Sigma Business Center. Edificio A, 5 | piso San José, Costa Rica.

necesariamente, funciones de abogacía para tener derecho a la compensación económica, porque el artículo 5 de la ley n.° 5867 así lo exige expresamente...".

La referida Ley de Compensación por Pago de Prohibición, #5867, del 15 de diciembre de 1975, establece la compensación económica que debe cancelarse específicamente al personal de la Administración Tributaria que, en razón de sus cargos, se encuentre sujeto a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo, y además para aquellos funcionarios que refiere el numeral 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, #8 del 29 de noviembre de 1937. Al efecto los artículos 1 y 5 de la referida Ley, ordenan:

Artículo 1.- Para el personal de la Administración Tributaria que, en razón de sus cargos, se encuentre sujeto a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo, se establece la siguiente compensación económica sobre el salario base de la escala de sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública: ....

Artículo 5- Salvo que exista un régimen especial de remuneración para el funcionario público, los beneficios dispuestos en los incisos a) y b) del artículo 1 de esta ley se aplican a los empleados del Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Tribunal Supremo de Elecciones, Registro Civil, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la República y municipalidades, referidos en el artículo 244 de la Ley N.° 8, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 29 de noviembre de 1937. Tal compensación se calculará sobre el salario más bajo indicado en la escala de sueldos de la Administración Pública que emite la Dirección General del Servicio Civil.

El referido artículo 244 de la Ley N.° 8, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 29 de noviembre de 1937, ordena:

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

Se exceptúan de la prohibición anterior los servidores del Poder Ejecutivo que presten servicios en los establecimientos oficiales de enseñanza y que no tengan ninguna otra incompatibilidad; lo mismo que los servidores judiciales interinos o suplentes, siempre que ese interinato no exceda de tres meses; los fiscales

www.dnn.go.cr
2528-5756 -2528-5752
Costado oeste del Mall San Pedro, Oficentro Sigma Business Center. Edificio A, 5 | piso
San José, Costa Rica,

específicos; los munícipes y apoderados municipales; el Director de la Revista Judicial; los defensores públicos de medio tiempo y los que sean retribuidos por el sistema de honorarios y, en general, todos los servidores que no devenguen sueldo sino dietas.

En consecuencia, el pago de la compensación económica por concepto de prohibición, previsto en Ley #5867, del 15 de diciembre de 1975, se aplica únicamente a los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República y de las municipalidades; mencionados por el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial #8, del 29 de noviembre de 1937; siempre que el puesto que ocupe el funcionario sea en propiedad, se encuentre afectado por la aludida prohibición y que requiera por la naturaleza de sus funciones, ser "abogado".

Definido el concepto de "pago por prohibición" y comentado brevemente el marco normativo aplicable, me avoco ahora al caso específico de los puestos 503908 y 503909 de la Dirección Nacional de Notariado, trasladados hoy día como "asistentes" de la Dirección Ejecutiva. Según lo explicado supra, en el caso de "abogados" que presten sus servicios en el "Poder Ejecutivo", el régimen de "prohibición" aplicable sería el regulado por Ley de Salarios de la Administración Pública No. 2166, en relación con la Ley de Compensación por pago de Prohibición No. 5867, del 15 de diciembre de 1975, norma esta última que remite al numeral 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial No. 8 del 29 de noviembre del año 1937; recientemente reformadas por la Ley No. 9635. Importante también considerar lo regulado por el **Decreto Ejecutivo No. 22614 del 22 de octubre de 1993**, denominado: Reglamento para el Pago de Compensación Económica por Concepto de Prohibición, ahora modificado por el **Decreto Ejecutivo No. 41140 de 2 de mayo de 2018**, citados líneas atrás; pues de la relación de esas normativas, tanto legales como reglamentarias, podemos llegar a conclusiones importantes, como lo es que, para el caso de los dos puestos referidos, el pago de prohibición depende directamente de la naturaleza de las funciones que el "abogado" desempeñe en la institución. En este caso específico, el pago de prohibición a diferencia del régimen que regula la Ley 8422, obliga para su existencia que las funciones que desempeñe el funcionario sean propias de la profesión que origina ese pago, o sea, debe existir congruencia entre la profesión y las funciones que desempeña el funcionario, en consecuencia, en el tanto las o los funcionarios que ocupan dichos cargos desempeñen funciones propias de la "abogacía", se justifica el pago de "prohibición", sino es así, el cargo por sí mismo no justifica dicho pago. Al respecto téngase en cuenta lo regulado por el numeral 9 del "Reglamento para el Pago de Compensación Económica por Concepto de Prohibición", en especial su inciso c); norma que establece que salvo disposición expresa en contrario, procede el pago de compensación económica a los servidores que cumplan los siguientes supuestos:

a) Que ocupen puestos que estén afectados legalmente al régimen de prohibición;

b) Que exista ley expresa o resolución judicial en firme que autorice la compensación económica; y

c) Que ostenten una formación académica afín con el cargo que desempeñen.

O sea, en este caso sí es vinculante para poder autorizar el "pago por prohibición", la naturaleza de las funciones que realiza el funcionario, a diferencia del régimen regulado por la Ley 8422. Si las funciones ahora ejercidas por las o los funcionarias que ocupan los puestos 503908 y 503909 de la Dirección Nacional de Notariado, son de asistencia de la Dirección Ejecutiva, cuyas funciones en su mayoría son "administrativas", conocidas las delegaciones que se han materializado en la institución por parte de la Dirección Ejecutiva; no se justifica de manera alguna el "pago de prohibición" para dichos puestos, toda vez que el régimen al cual se ampara ese pago, en el caso específico de dichos puestos, no solo depende de que el funcionario sea "abogado", sino que es requisito que el cargo exija en esa condición y que efectivamente el funcionario realice dentro de la institución funciones atinentes a la "abogacía"; sino es así, el pago por prohibición no se justifica, correspondiendo a la Oficina de Recursos Humanos, según lo ordena el referido Reglamento en su artículo 13, la verificación, aprobación y trámite del pago de la compensación por prohibición en los términos establecidos por la Ley, para lo cual deberá realizar la constatación del cumplimiento de los requisitos, justificando y documentando su reconocimiento mediante resolución administrativa.

Importante señalar además, por tratarse de un tema de "control interno", cuya fiscalización compete a la Auditoria Interna, lo referente a la necesaria ponderación o balance que se impone hacer, entre el debilitamiento sufrido por las unidades sustantivas a las cuales les fueron quitados esos puestos y los efectos negativos que eso ha ocasionado respecto a la eficiencia en la prestación del servicio público a cargo de esas unidades; esto frente a la supuesta necesidad de asistencia por parte de la Dirección Ejecutiva, no justificada mediante resolución motivada que se conozca, limitado el motivo o causa de esa migración, a una solicitud de parte del señor Director Ejecutivo, la cual no parece encontrar justificación, por el hecho que la DNN cuenta con una Unidad de Asesoría Jurídica, al servicio precisamente de la Dirección Ejecutiva, no resultando entonces razonable privar de ese recurso humano especializado en "Derecho" a unidades que sí lo necesitan y donde, por la naturaleza de las funciones que ahí se realizan, sí se justifica el "pago por prohibición", conforme al régimen jurídico aplicable.

Petitoria:

Corresponde a la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos de la DNN, valorar las funciones ahora desempeñadas, en verdad real, por las o los funcionarios que ocupan los puestos 503908 y 503909, a fin de valorar y determinar si sus funciones actuales son propias de la "abogacía" y decidir si es procedente mantener o no el "pago por prohibición", mismo que por la naturaleza de las funciones, en su mayoría "administrativas", ahora realizadas por dichas funcionarias y/ funcionarios, parece no justificarse.

Para efectos de la fiscalización que nos corresponde ejercer, le solicitamos, comunicar a esta Auditoría Interna en un plazo de quince días hábiles, las acciones que se tomen con relación a este servicio preventivo de advertencia.

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO
Lic. Róger M. Ureña Vega
Dirección Nacional de Notariado

Róger M. Ureña Vega
Auditor Interno

Dirección Nacional de Notariado
AUDITORIA INTERNA

C.: Señores Miembros del CSN
Consecutivo de Servicios preventivos de advertencia 2020