

22 de abril de 2022
AJ-OF-234-2022

Señora
Marcela Angulo Flores
Secretaria
Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD)

ASUNTO: Prohibición no
profesionales del ICD.

Estimada señora:

Con la aprobación de la Directora de la Asesoría Jurídica, se procede a atender la consulta efectuada mediante oficio sin número con fecha 18 de abril de 2022 remitido vía correo electrónico a esta Asesoría Jurídica ese mismo día, por considerarse que el tema de la consulta es de índole jurídico y aplicación de la normativa vigente concerniente al Régimen de Prohibición y en el que solicita se emita criterio referente a lo que textualmente se cita:

“... En la Ley N° 8204 se indica respecto a la prohibición del ejercicio liberal de la profesión lo siguiente:

“Artículo 161. Los funcionarios del Instituto Costarricense sobre Drogas tendrán prohibición absoluta para desempeñar otras labores remuneradas en forma liberal; en compensación, serán remunerados de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 5867 y sus reformas”.

Debido a la literalidad de la norma y de su interpretación como un bloque de legalidad, quien suscribe dirigió consulta a la Asesoría Legal del ICD, de la cual adjunto copia. En el documento se solicitó a esa Unidad el criterio respecto al alcance de esa prohibición, partiendo de las siguientes consideraciones:

- 1. Prohibición de desempeño de labores remuneradas en forma liberal*
- 2. Pago compensatorio por la prohibición señalada.*

La tesis consultada a la Asesoría Legal del ICD fue si quien ostente una plaza no profesional en la que no recibe el pago

22 de abril de 2022

AJ-OF-234-2022

Página 2 de 8

compensatorio sobre de la prohibición, podrá ejercer liberalmente la profesión que posee. Se indica que para ello, se parte del hecho de que deben respetarse los siguientes requisitos:

- 1. Que cumplan con el requisito académico universitario y con la colegiatura, en los casos que corresponda.*
- 2. Que el ejercicio de esa profesión no coincida o interrumpa la jornada laboral ordinaria en la que fue contratado por el ICD.*
- 3. Que en el puesto en que está nombrado no reciba el pago compensatorio por la prohibición del ejercicio liberal de la prohibición.*
- 4. Que el ejercicio liberal de su profesión fuera del instituto no provoque un conflicto de intereses con los fines y objetivos de la institución, ni con los alcances legales del ICD.*

Sobre el punto, la Asesoría Legal del ICD respondió en las conclusiones del criterio CL-004-2022 que adjunto:

“Que la prohibición es una restricción absoluta, impuesta legalmente a quienes ocupen determinados cargos públicos.

Que lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley N°8204, impone en forma general una prohibición para desempeñar otras labores remuneradas o no; por otra parte, remite a la Ley N°5867 para definir las condiciones bajo las cuales se debe reconocer la compensación económica respectiva.

Que para que sea procedente el pago de la compensación económica dispuesta en la Ley N°5867, por la prohibición a la que se refiere el artículo 161 de la Ley N°8204, que ostente alguno de los grados profesionales o niveles académicos a los que alude el artículo 1° de la Ley N°5867, que el puesto que ocupe exija como requisito alguno de esos grados profesionales o niveles académicos y que la especialidad académica de la funcionaria sea aún con el puesto que ocupa compensación.

(...) Ante la duda que persiste sobre el tema, habiendo agotado a nivel del Instituto Costarricense sobre Drogas la evacuación de ella, respetuosamente le solicito a la Dirección General del Servicio Civil indicar con claridad si un funcionario del ICD cuyo puesto no es de profesional y no recibe el pago de la prohibición,

22 de abril de 2022

AJ-OF-234-2022

Página 3 de 8

tiene prohibido ejercer liberalmente su profesión en un horario diferente al del instituto y sin contrariar u oponerse a los fines del ICD.”

Una vez vista y analizada la consulta planteada, es conveniente indicar que legalmente, las competencias de esta Asesoría Jurídica, se encuentran delimitadas por el Decreto Ejecutivo N° 35573-MP del 16 de setiembre de 2009, que es el Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil, cuyo artículo 7, sobre el Nivel Asesor, en el inciso a), señala:

“...a) Asesoría Jurídica: Asesorar al más alto nivel jerárquico institucional y a los niveles intermedios en la toma de decisiones que tengan trascendencia jurídica a nivel interno de la institución y externo de las instituciones que conforman el Régimen de Servicio Civil, así como; emitir criterios para asegurar la correcta aplicación del orden jurídico vigente en las actuaciones de la Dirección General, en su relación con las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil y los administrados, para lo cual deberá aportarse el criterio jurídico del área legal de la institución consultante. Le corresponde también monitorear permanentemente el entorno político y legislativo y presentar modificaciones a nuevos productos que la dinámica jurídica requiera...” (El subrayado no corresponde al original)

Así las cosas, una vez vista y analizada la consulta planteada a esta Asesoría Jurídica, resulta conveniente indicar que, el actuar de la Administración Pública debe ajustarse al principio de legalidad, es decir, todo acto de esta Dependencia debe hacerse acatando lo establecido por el ordenamiento jurídico, tal como lo estipula el artículo 11 de la Constitución Política que conceptualiza dicho principio, el cual además se encuentra desarrollado en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, que es la normativa legal que orienta toda la actuación administrativa o sea, en última instancia, lo que se conoce como el principio de juridicidad de la Administración. Bajo ese marco regulatorio, se tiene que las consultas de naturaleza jurídica que se sometan a estudio, versan sobre el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Por lo anterior, y en estricto apego a las competencias legales que le asisten a esta Dependencia, debe aclararse que no es posible la emisión de criterio alguno que pretenda resolver situaciones concretas o particulares, en otros términos, está vedada nuestra intervención, en aspectos internos que son propios de la Administración Activa.

22 de abril de 2022

AJ-OF-234-2022

Página 4 de 8

Atendiendo a lo consultado se hará mención de la normativa legal vigente y aplicable para efectos del reconocimiento y pago del Incentivo Económico denominado Prohibición, para el cual se debe señalar lo siguiente:

Para dar inicio a la consulta efectuada debemos traer a colación que en lo referente al régimen de compensación económica denominado prohibición expresan los dictámenes de la Procuraduría General de la República números C-282-2009 del 13 de octubre del 2009, C-282-2009 del 13 de octubre del 2009, C-147- 2011 del 29 de junio del 2011, C-163-2011 del 11 de junio del 2011, C-270-2012 del 19 de noviembre del 2012, C- 252-2012 del 29 de octubre del 2012, C-281-2012 del 26 de noviembre del 2012, C-270- 213 del 29 de noviembre del 2013, C-145-2013 del 31 de julio del 2013, C-168-2013 del 26 de agosto del 2013, y C-270-2013 del 29 de noviembre del 2013, lo siguiente:

“El régimen de prohibición debe estar previsto por una ley. “(...) dentro del régimen de prohibición debemos distinguir (...) dos presupuestos: el primero, la existencia de una ley que prohíba a un determinado grupo de funcionarios el ejercicio de una profesión y el segundo, una norma, también de rango legal, que permita el pago de una compensación económica derivada de esa prohibición (...)”.

El numeral 27 de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas N° 9635 del 3 de diciembre de 2018, definen la compensación económica que se analiza de la siguiente manera:

"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. (...)

22 de abril de 2022

AJ-OF-234-2022

Página 5 de 8

En igual sentido el Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 referente al Empleo Público N° 41564-MIDEPLAN-H del 18 de febrero de 2019, en su artículo primero define la prohibición como:

“Artículo 1.- Definiciones. Para efectos del presente reglamento, se entenderá por:

(...) i) 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.” (Lo resaltado no pertenece al texto original)

Por su parte, el artículo 161 la Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Ley N° 8204 del 11 de enero de 2002 estipula acerca del Incentivo Económico denominado Prohibición para sus funcionarios, lo siguiente:

*“Artículo 161. Los funcionarios del Instituto Costarricense sobre Drogas **tendrán prohibición absoluta para desempeñar otras labores remuneradas en forma liberal**; en compensación, serán remunerados de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 5867 y sus reformas.” (Lo resaltado no es del original).*

Respecto a lo estipulado en el artículo de previa cita es importante mencionar que la prohibición mencionada en éste, afecta a todos los funcionarios del Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD) por el hecho de trabajar en ese Instituto y no está ligado al cargo que ocupan, ni a la especialidad profesional que ostentan, razón por la cual la prohibición para ejercer de manera liberal una profesión no está sujeta a si el funcionario percibe compensación económica por concepto de prohibición o no. Además para que proceda el pago de la compensación económica dispuesta en la Ley N° 5867, por la prohibición a la que se refiere el artículo 161 de la Ley N°8204, que ostente alguno de los grados profesionales o niveles académicos a los que alude el artículo 1° de la Ley N°5867, que el puesto que ocupe exija como requisito alguno de esos grados profesionales o niveles

22 de abril de 2022

AJ-OF-234-2022

Página 6 de 8

académicos y que la especialidad académica de la funcionaria sea afín con el puesto que ocupa compensación.

El Órgano Asesor Estatal, ha analizado esta restricción doctrinariamente en su dictamen N° C-201-2014, del 24 de junio del 2014, estableciendo que:

"La prohibición, como figura jurídica, refiere directamente al límite impuesto, por imperio de ley, algunos profesionales para el ejercicio liberal de su carrera. Encontrando sustento tal restricción al sistema de libertades, en la imparcialidad e independencia que deben permear la función pública. Así, aquella responde a la imperiosa necesidad de resguardar la conducta ética y moral de los funcionarios, evitando el posible conflicto de intereses y el quebranto a los deberes de probidad e imparcialidad. Por otra parte, que debe existir una norma de rango legal que, no solo, imponga la restricción, sino que además autorice el resarcimiento por esta."

Continúa señalando en ese mismo dictamen el Órgano Asesor lo siguiente:

*"Así, tenemos que, prohibición se define como la...**disposición que impide obrar en cierto modo. Nombre dado a ciertos sistemas en que el poder público veda el ejercicio de una actividad...**" [1]. Igualmente se concibe a modo de "Orden negativa. Su infracción supone siempre una acción en contra, más grave en principio que la omisión indolente de una actividad obligatoria. Además de mandato de no hacer, significa vedamiento o impedimento en general..." [2]*

*A partir de lo señalado anteriormente, la jurisprudencia administrativa de este Órgano Técnico Jurídico ha sostenido que **dentro del régimen de prohibición debemos distinguir entre dos presupuestos: el primero, la existencia de una ley que prohíba a un determinado grupo de funcionarios el ejercicio de una profesión y el segundo, una norma, también de rango legal, que permita el pago de una compensación económica derivada de esa prohibición.***

"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

22 de abril de 2022

AJ-OF-234-2022

Página 7 de 8

disposición, de rango legal, que autorice la retribución económica, como resarcimiento al profesional por el costo de oportunidad que implica no ejercer en forma privada su profesión, a efecto de que todos sus conocimientos y energía los ponga al servicio de la entidad patronal.” (Dictamen C-299-2005 del 19 de agosto del 2005)...

A partir de lo dicho, se impone hacer hincapié en tres aspectos fundamentales, el primero, que la prohibición responde a la imperiosa necesidad de resguardar la conducta ética y moral de los funcionarios, evitando el posible conflicto de intereses y el quebranto a los deberes de probidad e imparcialidad. Por otra parte, que debe existir una norma de rango legal que, no solo, imponga la restricción, sino que además autorice el resarcimiento por esta y por último, que tal impedimento no es optativo, ni para el funcionario, ni para la Administración, ya que, una vez establecido por ley deviene obligatorio!(...)” (Lo resaltado y subrayado no pertenece al texto original)

Cita el oficio N° AJ-OF-554-2018 del 20 de diciembre de 2018, emitido por la Asesoría Jurídica de esta Dirección General de Servicio Civil acerca de los presupuestos para la procedencia del pago de la prohibición lo siguiente reiterando lo expresado por la Procuraduría General de la República anteriormente indicado:

“En lo referente a la procedencia del pago compensatorio por prohibición, se debe distinguir entre dos presupuestos: el primero, la existencia de una ley que prohíba a un determinado grupo de funcionarios el ejercicio de una profesión y el segundo, una norma, también de rango legal, que permita el pago de una compensación económica derivada de esa prohibición.” (Lo resaltado no pertenece al original).

La jurisprudencia y el bloque de legalidad vigentes citados anteriormente, entre ellos la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas N° 9635 del 3 de diciembre de 2018 y el Reglamento al Título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas N° 9635 Decreto 41564-MIDEPLAN-H del 18 de febrero de 2018, indican taxativamente los supuestos y requisitos en los que resulta procedente el reconocimiento y pago del Incentivo Salarial denominado Prohibición, a los funcionarios pertenecientes al Régimen de Méritos a partir del 3 de diciembre de 2018, fecha en la cual se promulgó la Ley de Fortalecimiento de

22 de abril de 2022

AJ-OF-234-2022

Página 8 de 8

las Finanzas Públicas N° 9635. Así mismo la Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado N° 8204 del 11 de enero de 2002 estableció en su numeral 161 los preceptos aplicables a los funcionarios públicos que laboran para el Instituto Costarricense sobre Drogas para percibir o no dicho incentivo.

En este apartado resulta relevante indicar que esta Asesoría Jurídica comparte el criterio legal emitido por la Asesoría Jurídica del Instituto Costarricense sobre Drogas N° CL-004-2022 del 30 de marzo de 2022, aportado conjuntamente con la consulta realizada y en este tanto, la Administración Activa cuenta con todos los elementos objetivos para tomar la decisión correspondiente en la resolución de los casos que de manera particular deba conocer y que refieran a la aplicación y pago de la Prohibición a sus servidores.

Finalmente, debe señalarse que pese al análisis anteriormente desarrollado, el presente criterio se encuentra sujeto a las eventuales interpretaciones auténticas que realice la Asamblea Legislativa, a los criterios que emitan la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República o a lo dispuesto en las resoluciones dictadas en Sede Judicial.

Con estas consideraciones, se da por atendida la consulta planteada.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Alejandra Barrantes Monge
ABOGADA