



Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 27 de enero del 2012. N° 01

Dictamen : 102 del 08/04/2008

8 de abril de 2008

C-102-2008

Licenciado

Alexander Arias Valle

Auditor Interno

Promotora de Comercio Exterior (PROCOMER)

Estimado señor:

Con la aprobación de la señor Procurador General Adjunto de la República, me es grato dar respuesta a su atento oficio N° A/I-170-2007 de fecha 18 de diciembre del 2007, recibido en este Despacho el día 21 de diciembre siguiente, mediante el cual nos plantea una serie de interrogantes, las cuales pasamos a responder en su orden de formulación.

“a) Tomando en consideración la naturaleza jurídica de Procomer, los motivos, objetivos y fines públicos de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, y habida cuenta de que por mandato de su Ley de Creación la relación laboral de Procomer con sus trabajadores se rige por el Código de Trabajo, ¿se debe pagar a algunos de sus funcionarios la prohibición contenida en el citado artículo 14 de la Ley N° 8422?”

Para dar cabal respuesta a este primer punto, conviene, en primer término, tener presente lo dispuesto por el numeral 2 de la Ley N° 8422, cuyo texto dispone:

“Artículo 2º—**Servidor público.** Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal **y no estatal**, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión.” (*énfasis agregado*)

Tal como se desprende de su texto, el ámbito de aplicación de esta normativa incluye taxativamente a los entes de la Administración Pública no estatal, sector en el cual se ubica esa entidad. Sobre este tema, resulta de provecho traer a colación las consideraciones vertidas en nuestro dictamen N° C-252-2007 del 27 de julio del 2007, que en lo conducente señala:

“Esta Procuraduría General de la República mediante dictamen C-047-2001 del 21 de febrero del 2001, el cual, fue ratificado por los dictámenes C-335-2001 del 5 de diciembre del 2001 y C- 235-2005 del 24 de junio del 2005, estableció que el artículo 7 de la Ley No 7638 del 30 de octubre de 1996, define la naturaleza jurídica de PROCOMER como entidad de carácter no estatal. Al respecto, este Órgano Asesor señaló en el citado dictamen lo siguiente:

“A tenor de lo anterior, es importante tener en cuenta que PROCOMER fue creada mediante la Ley N° 7638 del 30 de octubre de 1996 como una entidad pública de carácter no estatal (artículo 7).

El ente público no estatal se encuentra sometido al Derecho Público, sin estar dentro del encuadramiento estatal. Por consiguiente, PROCOMER como ente público consta de una naturaleza pública, y por ende se encuentra sometido al Ordenamiento Jurídico, en virtud del principio de legalidad, y en satisfacción del interés público.

En relación con el término "Entes Públicos no Estatales" la Procuraduría General de la República ha comentado:

"Se reconoce doctrinalmente el concepto de Institución pública no estatal como aquella que, si bien se rige por el Derecho Público, no pertenece al encuadramiento estatal. Así: Si bien es frecuente en el lenguaje común (incluso en muchos autores contemporáneos) hablar indistintamente de "entes públicos" y "entes estatales" como sinónimos, tales conceptos no son intercambiables entre sí. El mérito de haber señalado la diferencia pertenece a SAYAGUEZ LASO, quien expresa "La doctrina clásica sostenida que las personas eran del Estado por el Estado y para El Estado. Ello llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras, toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como colorario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado, no podría ser pública. En definitiva, público y estatal venía a ser la misma cosa "El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las

entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades reguladas indudablemente por el derecho público (...). "(...) personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público. (GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, Ediciones Amchi, Buenos Aires, 1977, pág. XI-8). (Dictamen N° C-039-2000 del 2 de marzo de 2000, ver en ese mismo sentido los dictámenes N° C-039-00 del 2 de marzo del 2000, C-282-00 del 13 de noviembre del 2000 y la opinión jurídica N° OJ-050-00 del 17 de mayo del 2000). (Nota: En ese mismo sentido, el jurista costarricense Mauro Murillo, en su libro de Ensayos de Derecho Público Indica: "(...) El conjunto de entes públicos forma el Sector Público. Se rige normalmente por el Derecho Público, salvo en cuanto a su actividad algunos que constituyen empresa". MURILLO (Mauro). Ensayos de Derecho Público. San José, Costa Rica, Editorial, UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA, 1988, pág.28. "(Dictamen C-047-2001 de 21 de febrero del 2001).

En relación con este punto, deben hacerse algunas consideraciones adicionales con respecto a la naturaleza jurídica de las entidades públicas no estatales para clarificar el punto. En síntesis, se trata de entes que no se enmarcan dentro del Estado, por lo que se admite que no integran la Administración Pública, pero que están sujetos en mayor o menor medida a un régimen de derecho público en razón de las funciones que desempeñan, pues el legislador les ha confiado una serie de competencias en forma expresa.

En ese sentido, son titulares de una serie de potestades administrativas, pero se considera que sus fines son de un interés general menos intenso que el que satisface el Estado. Lo anterior se explica al tomar en cuenta que, por regla de principio, una característica propia y distintiva del ente público no estatal es que reside sobre una base asociativa, de modo que los intereses que está llamado a tutelar son de carácter grupal o gremial, en donde existe de parte del Estado un legítimo interés en su tutela aunque, por naturaleza, el ejercicio de esta tutela no la asume directamente, aunque sí la puede supervisar.

Asimismo, por tratarse de entes que usualmente representan y defienden intereses de cierto sector económico y/o productivo –como por ejemplo el Instituto del Café (ICAFE) o la Liga Agrícola Industrial de la Caña (LAICA)– o de un determinado gremio –como ocurre con los colegios profesionales–, sus recursos generalmente provienen de las cuotas que pagan los propios asociados y de ciertas contribuciones que son impuestas y reguladas por ley, en cuyo caso los fondos poseen naturaleza parafiscal. Nótese que normalmente se trata de entidades de base asociativa, de ahí que presentan un carácter corporativo.

En ese contexto, generalmente la dirección superior de este tipo de corporaciones reside en una asamblea general o junta directiva –conformada por los miembros unidos por un interés común o representantes sean estos gremiales o gubernamentales– que en su posición de órgano superior define lo relativo a la política y administración del ente. Es decir, son los propios miembros de la corporación quienes toman las decisiones fundamentales para la actividad del ente, y se establece o nombra un ejecutor de las políticas adoptadas por el órgano superior.

En el caso de la Promotora de Comercio Exterior de Costa Rica, cabe destacar su competencia, organización y conformación de su patrimonio, no solo para reafirmar su naturaleza jurídica de ente público no estatal, sino para determinar la sujeción o no del ente a las directrices que emita el Poder Ejecutivo en determinados campos.

(...)

En síntesis, PROCOMER es un ente público no estatal, al cual, el legislador otorgó competencias específicas con sujeción clara a las directrices que dicte el Poder Ejecutivo en cuanto a los programas relativos a exportaciones e inversiones. La mayor parte del financiamiento de PROCOMER proviene de capital estatal, y por ende de fondos públicos, los cuales, pueden ser fiscalizados facultativamente por la Contraloría General de la República. La integración de su Junta Directiva es parte de carácter representativo y parte de elección libre del Consejo de Gobierno. Todo lo anterior, reafirma su naturaleza jurídica del ente y el interés público que reviste el manejo de fondos realizados por PROCOMER. “

Ahora bien, no puede perderse de vista que la Ley N° 8422 tiene la vocación de prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública (artículo 1º), por medio de una serie de instrumentos de carácter preventivo y la imposición de un régimen de responsabilidad, dirigidos puntualmente a la gestión pública.

Así las cosas, y con fundamento en las consideraciones jurídicas que desarrolla el dictamen recién transcrito, podemos afirmar que las regulaciones contenidas en el citada Ley N° 8422 resultan aplicables a ese entidad en el tanto estemos en presencia del ejercicio de funciones públicas, es decir, siempre que exista de por medio una participación, directa o indirecta, en las potestades que el ordenamiento jurídico le otorga a esta organización para el cumplimiento de sus fines públicos.

Ahora bien, en relación con el punto concreto que aborda esta primera pregunta, tenemos que el artículo 14 de la Ley N° 8422, el cual enumera los funcionarios que están sujetos el régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales en razón de dicha normativa, comprende una serie de cargos que evidentemente, en el caso de un ente público no estatal, participan de la gestión pública que lleva a cabo la entidad.

Al respecto, tenemos que la citada norma dispone lo siguiente:

“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.”

Con vista de la enumeración de cargos que hace la citada norma legal (en concordancia con lo dispuesto por el artículo 27 del Reglamento a la Ley N° 8422, que hace algunas importantes precisiones), tenemos que la respuesta a

esta primera interrogante ha de ser positiva, en el sentido de que, en virtud del ámbito de aplicación definido por el artículo 2° de la Ley N° 8422, el régimen de prohibición y por ende el correspondiente pago del plus salarial sí cubre a aquellos funcionarios de PROCOMER que ocupen alguno de los puestos enumerados en el artículo 14 de la citada Ley.

“b) ¿Es legal o no, que en algunos de los expedientes de los funcionarios que les corresponde la prohibición se incluya que tienen incluido el 65% de la prohibición sin haber realizado estudio alguno ni haber determinado cuál es el salario base donde incluso el funcionario ha tenido que firmar?”

Al referirse el supuesto consultado a la situación de que en el expediente del funcionario se indique que su salario ya incluye el pago por concepto de prohibición, entendemos que se trata de la hipótesis en que la plaza es remunerada mediante un salario *único*, por lo cual su estructura no tiene un componente denominado salario base, al cual pueda acudir para efecto de hacer el cálculo correspondiente del plus del 65% que contempla el artículo 15 de la Ley N° 8422.

Cómo debe procederse en tales supuestos constituye a esta fecha una cuestión zanjada, tanto por las disposiciones del reglamento a la Ley N° 8422 como por diversos pronunciamientos que se han emitido sobre el particular.

Así, en nuestra opinión jurídica N° OJ-202-2005 del 7 de diciembre del 2005 señalamos lo siguiente:

“Ahora bien, aún cuando es sabido que a partir del año 1998 en el ICAFE se pasó de un esquema salarial propio de la Administración central, basado en un salario base más otros componentes o pluses salariales, a un esquema de salario único como salario único o total de contratación, lo cierto es que el artículo 15 de la citada Ley N° 8422 establece que la compensación económica por concepto de la prohibición del numeral 14 *Ibíd*em, será equivalente a un 65% **“sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo”**. Y como bien lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, el concepto aludido de “salario base” es aquél establecido en razón de la categoría salarial prevista en las leyes de salarios, entre otras escalas de sueldos como parámetro base para una contratación en el Sector Público, al cual se le suman otros complementos o pluses salariales -como el pago por anualidades, disponibilidad, carrera profesional, etc-, para configurar la obligación del empleador público con respecto a sus servidores (*Resolución N° 2004-00202 de las 10:20 horas del 24 de marzo de 2004*).

En sentido similar, la N° 2002-00105 de las 14:55 horas del 13 de marzo de 2002, 2002-00479 de las 10:00 horas del 27 de setiembre de 2002, 2002-00566 de las 09:10 horas del 8 de noviembre de 2002, 2002-00592 de las 09:30 horas del 28 de noviembre de 2002 y 2003-00675 de las 10:20 horas del 13 de noviembre de 2003. También puede consultarse el pronunciamiento C-055-92 de 24 de marzo de 1992).

Así las cosas, lo procedente en este caso sería establecer para los funcionarios remunerados con el sistema ‘salario único’, un ‘salario base de referencia’, al cual se aplicaría el 65% de compensación económica de comentario. Ese salario base de referencia podría ser, por ejemplo, el del puesto de un servidor de otra institución o dependencia pública, ubicado en la misma línea jerárquica del interesado, que realice funciones similares y cuya retribución sí contemple un salario base.

Si bien en otros casos, como el de los bancos comerciales del Estado, hemos permitido utilizar como parámetro el sector financiero privado para actualizar el régimen retributivo de determinados funcionarios públicos, esto ha sido en razón de que contrario al presente caso, las especiales regulaciones existentes al respecto (directriz N° 25, publicada en La Gaceta de 23 de octubre de 1997) daban margen para ello, pues los parámetros escogidos no aludían, como en este caso, a criterios marcadamente organizacionales, como lo es el concepto de “salario base”, propio del empleo público.

Por consiguiente, estimamos que el cálculo de la retribución económica reconocida en el artículo 15 de la Ley N° 8422, lejos de fundamentarse en las leyes propias del mercado, debiera de hacerse con base en parámetros objetivos apriorísticos propios del empleo público, tomando como referencia otro puesto análogo de la Administración Pública, y en relación directa con el tipo de función concreta que se desempeña.

Cabe advertir que esta posición jurídica ha sido sostenida ya en varias oportunidades (dictamen C-222-2005 del 17 de junio de 2005, pronunciamientos OJ-037-2005, OJ-018-2004 y OJ-119-2003). Y adicional a ella, en esos mismos pronunciamientos aludidos se ha establecido que esa solución es jurídicamente viable, siempre y cuando el salario único del interesado no contemple el pago de compensaciones por el no ejercicio liberal de la profesión, ya sea por dedicación exclusiva u otras similares, pues si los contempla no podría incurrirse entonces en un doble pago por ese mismo concepto (*En ese mismo sentido puede consultarse el Oficio DI-CR-529, del 2 de diciembre del 2003, emitido por la División de Desarrollo Institucional del Centro de Relaciones para el Fortalecimiento del Control y Fiscalización Superiores de la Contraloría General de la República*).

Y es casualmente por ello, que en el Transitorio IV del Reglamento de la Ley N° 8422 (Decreto Ejecutivo N° 32333-MP-J del 12 de abril de 2005, publicado en el Alcance N° 11 a la Gaceta N° 82 del 29 de ese mes), se estableció que “... tratándose de personas que reciben un salario único, a lo interno de cada entidad u órgano de la Administración Pública, deberá determinarse si en tal supuesto ya se paga algún porcentaje salarial ligado al no ejercicio liberal de la profesión. En tal caso y en la medida en que dicho porcentaje sea menor al dispuesto en la Ley, deberán realizarse los ajustes correspondientes tomando como parámetro un salario base de referencia a un puesto de naturaleza similar.”, labor que es del resorte exclusivo de la administración activa, quien en todo caso presumimos dispone como parámetro para ello, de los mismos antecedentes e instrumentos técnicos utilizados cuando abandonó la estructura salarial cimentada en el salario base para adoptar la del salario global. (en igual sentido puede consultarse nuestro dictamen N° C-270-2005 del 28 de julio del 2005)”

Tal como explica el dictamen de cita, tenemos que tanto los criterios emanados de esta Procuraduría y de la Contraloría General de la República, así como la letra expresa del Reglamento a la Ley N° 8422 en su transitorio IV, son claros en disponer que si la plaza que ocupa el funcionario es retribuida mediante el mecanismo de salario único, a efectos de aplicar el pago compensatorio del 65%, debe identificarse un salario base de referencia dentro del mismo Sector Público que permita hacer el respectivo cálculo, y efectuar el correspondiente ajuste, en caso de que así corresponda.

Y ello se sostiene sobradamente en razones de orden lógico, toda vez que, como ya hemos señalado “...si el servidor ya tenía incorporado en su salario un plus indemnizatorio por el orden del 65% sobre el salario base por ese concepto, y ahora queda cubierto por el régimen del artículo 14 de la Ley N° 8422, **simplemente esa retribución se debe mantener en idénticas condiciones**, y si venía percibiendo un porcentaje inferior, procede hacer el ajuste correspondiente para alcanzar ese 65%.

(...) En efecto, valga llamar la atención sobre el hecho evidente de que no cabría pensar en que los funcionarios tengan derecho a sumar en su salario un 65% **adicional** al porcentaje que ya venían recibiendo en virtud de cualquier otra disposición legal, toda vez que ello configuraría un doble pago abiertamente improcedente, por responder a la misma

causa, sea la compensación por la prohibición para el ejercicio liberal de su profesión, situación que sería desde todo punto de vista inadmisibles. ” (Dictamen N° C-281-2006 del 11 de julio del 2006)

Así las cosas, tenemos que si alguna de las plazas existentes en PROCOMER quedó sujeta al régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales contemplado en el artículo 14 de la Ley N° 8422 y contaba con una modalidad remunerativa de salario único, a la entrada en vigencia de la norma y para efectos de pagar el correspondiente plus indemnizatorio otorgado por el artículo 15, lo procedente era efectuar un estudio técnico dirigido a determinar si dentro de la estructura de ese salario, para su fijación original se tomó en cuenta un margen de compensación por el no ejercicio de la profesión, y de ser así, en qué medida o porcentaje fue otorgado en su momento.

Si se llegara a determinar que efectivamente la fijación consideraba algún tipo de compensación por el no ejercicio de la profesión liberal (aún cuando fuera, por ejemplo, en virtud de un régimen contractual de dedicación exclusiva), deberá entonces procederse a buscar un salario base de referencia, en los términos indicados, a fin de hacer el correspondiente ajuste salarial, en caso de que se advirtiera un porcentaje de pago menor al 65% concedido por la Ley N° 8422.

Como se advierte, tal determinación sólo puede efectuarse con fundamento en un estudio técnico apropiado, que identifique con toda claridad y certeza los parámetros utilizados en la fijación original cuando se estableció bajo la modalidad de salario único.

Así, una vez realizado el respectivo estudio técnico, cualquier tipo de ajuste o modificación en el salario del funcionario evidentemente tiene que constar en su expediente personal, debidamente respaldada con los antecedentes y documentos pertinentes.

Una vez señalado lo anterior, resta llamar la atención sobre el hecho de que si para determinada plaza ya fueron debidamente cumplidos tales requerimientos, es evidente que si por cualquier razón el funcionario que la ocupa cesa en su cargo y es nombrado otro profesional en su lugar, ya la plaza tiene definido este aspecto de su régimen remunerativo.

Ergo, el hecho de que un nuevo profesional sea nombrado en dicha plaza no significa que tengan que efectuarse nuevamente estudios sobre ese punto, pues, como es evidente, ello ya estaría definido.

En consecuencia –en orden al punto específico de esta interrogante– si estuviéramos ante este último supuesto, sí resultaría procedente que la respectiva acción de personal u otro documento de similar naturaleza que se incorpore en el expediente del nuevo funcionario indique que ya la plaza tiene incorporado dentro de su régimen salarial la compensación del 65% por concepto de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales.

Así las cosas, la respuesta debe ser afirmativa en este punto, partiendo, según vimos, de que para el caso de esa plaza anteriormente ya se hayan efectuado en su debida oportunidad los estudios técnicos pertinentes para efectos de hacer el ajuste salarial correspondientes, en caso de que hubiera resultado procedente hacer algún tipo de ajuste en los términos indicados.

“c) ¿Cuánto tiempo tiene una Administración en aplicar una ley aunque den como argumento que están en consultas?”

Sobre este aspecto, conviene recordar que constituye un principio de raigambre constitucional la obligatoria observancia de las leyes mientras éstas se encuentren vigentes dentro del ordenamiento. Al respecto, nuestro dictamen N° C-199-2003 del 26 de junio del 2003 expone con especial claridad lo siguiente:

“A.-

EL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS

En orden a la aplicación de las normas jurídicas, el principio es su aplicación obligatoria. Una aplicación que cede ante la pérdida de vigencia, derivada de una derogación o en su caso, de una declaratoria de inconstitucionalidad.

De conformidad con el artículo 129 de la Carta Política, las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen o a partir de su publicación en el Diario Oficial. Establece el citado artículo:

"Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial.

Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice.

No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público.

Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa.

La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario.

Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución". *(Así reformado su párrafo último por el inciso d) del artículo 1° de la Ley N° 8281 de 28 de mayo del 2002)*".

El principio es que la ley es obligatoria, lo que significa que debe ser cumplida por su destinatario. La obligatoriedad de la norma depende de su vigencia, la cual está dada por la pertenencia al sistema jurídico. De manera que en el tanto en que la ley esté vigente se beneficia del principio de obligatoriedad. Importa señalar que en virtud del principio de obligatoriedad de las normas, **mientras la ley mantenga su vigencia no puede emitirse un acto que conduzca a su desaplicación: si la ley está vigente y resulta eficaz, todo destinatario, incluida la Administración Pública, se encuentra obligado a aplicarla.** Puesto que no existe una libertad de apreciación sobre el cumplimiento de la ley, la inaplicación de la ley genera responsabilidad por su incumplimiento.

Como señalamos en el dictamen N. C-° C-118-2003 de 29 de abril último, las disposiciones en orden a la obligatoriedad y eficacia de la ley tienden a satisfacer uno de los valores fundamentales a que debe tender todo ordenamiento jurídico: el principio de seguridad jurídica. En razón de lo cual se postula la no ignorancia de la ley, así como la plena eficacia de las normas jurídicas, disponiendo sobre los mecanismos que pueden hacer cesar tanto la vigencia como la eficacia de las disposiciones jurídicas.

En virtud de su obligatoriedad, el destinatario de la norma debe ajustar su conducta a lo preceptuado por la ley, sea actuando sus preceptos, sea omitiendo las conductas que el legislador sanciona.” (énfasis agregado)

Las citadas consideraciones explican con toda claridad las razones por las cuales el acatamiento obligatorio de la ley a partir de su entrada en vigencia no es disponible, por lo que no puede ser condicionado ni pospuesto con fundamento en ninguna razón.

Sin perjuicio de lo anterior, ello no quiere decir que la Administración no pueda requerir formular alguna consulta sobre su interpretación y alcances, a fin de asegurarse de efectuar una correcta aplicación de la normativa, pero tal cosa en modo alguno significa una especie de suspensión o condicionamiento de su entrada en vigor.

Por último, valga aclarar que en virtud de las dudas que generó la aplicación del artículo 14 de la Ley N° 8422 en orden a los cargos que quedaron sometidos al régimen de prohibición para el ejercicio de la profesión liberal, ciertamente algunas instituciones procedieron a plantear consultas jurídicas, e incluso el reglamento a dicho artículo fue el que vino a definir con mayor precisión el listado de cargos cubiertos por esta legislación.

En razón de ello, el transitorio VI del correspondiente reglamento a la citada Ley dispuso que “ *En el caso de los cargos señalados en el artículo 14 de la Ley, respecto de los cuales en el presente Reglamento se establezca los alcances de la cobertura a la prohibición legal, tal y como ocurre con el caso de gerentes, subgerentes, directores y subdirectores administrativos, directores y subdirectores de departamento, así como los titulares de las proveedurías del sector público, la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales y la correspondiente compensación económica, regirán a partir de la entrada en vigencia del presente Reglamento*”.

Sin embargo, es importante aclarar que tal cosa no supone una indebida posposición genérica del régimen legal, sino simplemente la correcta aplicación de la norma reglamentaria según los alcances que esta normativa secundaria –y no la ley como tal– establece.

“d) ¿Qué implicaciones legales tiene la disposición de una ley donde le da derechos a los trabajadores y los mismos la quieren dejar sin efecto para evitar posibles problemas con el patrono?”

En primer término, reiteramos lo señalado en el aparte anterior, en el sentido de que el principio es que la ley es obligatoria, de tal suerte que mientras mantenga su vigencia todo destinatario se encuentra obligado a aplicarla, habida cuenta de que no existe una libertad de apreciación sobre el cumplimiento de la ley. Asimismo, que de conformidad con el artículo 129 de la propia Carta Fundamental no tiene ninguna eficacia la renuncia de las leyes, y contra su observancia no puede alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario.

A mayor abundamiento, y vistos los términos de la interrogante que aquí nos ocupa, valga recordar que de conformidad con el artículo 11 del Código de Trabajo los derechos laborales son irrenunciables, lo cual consagra un principio que además posee rango constitucional y por ende de carácter superior frente al resto del ordenamiento. En efecto, el artículo 74 de la Constitución Política, respecto del capítulo de derechos y garantías sociales, dispone que:

“Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.”

Sobre el particular, desde larga data esta Procuraduría General ha desarrollado dicho principio en los siguientes términos:

“Sobre renunciabilidad de beneficios y derechos laborales dispone nuestro Código de Trabajo en su artículo 11:

"Serán absolutamente nulas, y se tendrán por no puestas, las renunciaciones que hagan los trabajadores de las disposiciones de este Código y de sus leyes que le favorezcan".

El numeral recién transcrito, el cual tiene también asidero constitucional, indudablemente posee una interpretación bastante amplia, como la tiene también el mismo principio que le da origen.

El principio jus laboral de la Irrenunciabilidad de Derechos, supone la prohibición de que cualquier trabajador se prive de los derechos concedidos por las leyes que les favorezcan. Esta afirmación sólo significa que el Estado ha considerado que debe excluirse la posibilidad de que las partes acuerden por decisión propia, regular la conducta de manera distinta de como lo estableció el legislador.

La premisa anterior, encuentra su fundamento en una innumerable serie de consideraciones doctrinales que no es del caso enumerar ahora, las cuales hacen que el principio de estudio se justifique coherentemente en la misma naturaleza de las normas que lo proclaman.

La doctrina laboral al tratar sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad de derecho ha sido conteste en afirmar que las normas laborales que los conceden corresponden a las clasificadas como leyes "Rígidamente Categóricas ", en

las cuales el legislador ha querido poner su voluntad, excluyendo por la importancia de las mismas, que la voluntad de la partes las incumplan. En este sentido nos dice el ilustre profesor uruguayo Américo Plá Rodríguez:

"Con ellas el legislador ha querido imponer su voluntad, excluyendo, por la importancia de las normas dictadas, que la voluntad de los sometidos a su observancia pueden derogarlas, ni siquiera por disposiciones intersindicales. Ni el contrato individual ni el convenio colectivo pueden derogarlas". (Los Principios del Derecho de Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma 2° edición actualizada 1978 p.88).

Ahora bien, volviendo a la dicción del numeral 11 de nuestro máximo cuerpo de leyes sociales, es interesante destacar lo que la literatura jurídica ha manifestado sobre el principio laboral consignado en aquél.

José Pérez Leñero en su serio estudio Teoría General del Derecho Español del Trabajo, (Madrid, 1948, página 166) nos enuncia someramente cuáles derechos son irrenunciables para los trabajadores, y al respecto enumera una serie de condiciones que deben tener los derechos para que puedan ser alcanzados por la nota de la "irrenunciabilidad":

"1. Han de ser derechos legales, o sea, otorgados en leyes, reglamentos o resoluciones administrativas.

2. Han de ser derechos ciertos.

3. Han de ser derechos subjetivos, es decir, otorgados por la ley al renunciante."

4. Han de ser derechos beneficiosos. La ley supone los son todos los que ella otorga al trabajador..."

. (dictamen N° C-054-85 del 11 de marzo de 1985)

Así las cosas, si el supuesto de la consulta estuviera referido a un beneficio de carácter laboral, la normativa legal que lo recoge no podría ser dejada sin efecto por voluntad del trabajador, no sólo en razón del principio constitucional de obligatoriedad de las leyes (que se aplica a la universalidad de la legislación) sino además por virtud del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, el cual obedece a la filosofía proteccionista tendiente a evitar precisamente que, en aras de evitarse enfrentar "posibles problemas" con la parte patronal, el empleado renuncie injusta e indebidamente a los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico.

"e) ¿Pueden funcionarios a los cuales les aplica el pago de la prohibición, gestionar una determinación de una base salarial y cobro de prohibición cuando existe una política aprobada por parte de la Junta Directiva en la cual se indica que Procomer tiene un sistema de remuneración de salario único que contempla cualquier remuneración adicional que exista por concepto de prohibición?"

En primer término, debe tenerse claridad sobre el hecho de que la aplicación del régimen de prohibición y el pago de la correlativa compensación económica cuando la propia ley la otorgue tiene un asidero legal que, como vimos,

no es disponible, negociable ni renunciable para la Administración ni para el funcionario. Sobre el particular, en anteriores ocasiones hemos señalado lo siguiente:

“Así las cosas, y en razón de haber quedado establecido que el puesto en cuestión debe entenderse sometido al régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales contemplado en la Ley N° 8422, resulta importante recordar que el régimen de dedicación exclusiva presenta una serie de diferencias con el de prohibición.

Fundamentalmente, el primero tiene un carácter contractual, y por ende voluntario y renunciable, de tal suerte que el funcionario tiene la posibilidad de decidir si se acoge o no a éste, a cambio de un incentivo salarial, y de hacerlo, se compromete a prestar sus servicios de forma exclusiva a la respectiva institución. En cambio, la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, por su naturaleza, es de carácter superior, al venir impuesta por ley, de tal suerte que no existe posibilidad para el funcionario de negociar sus términos ni tampoco de renunciar a tal régimen, justamente por ser de acatamiento obligatorio.

En consecuencia, si anteriormente un funcionario estaba ligado por un contrato de dedicación exclusiva, por lo que recibía en su salario un plus determinado a título de ese rubro, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 8422 el respectivo contrato perdió sus efectos, para dar paso al régimen de prohibición, el cual opera de pleno derecho una vez que ha entrado en vigor la nueva normativa.” (El subrayado es nuestro. Dictamen N° C-133-2006 del 29 de marzo del 2006) [\[1\]](#)

Pasando al punto concreto de la interrogante, tenemos que si un determinado funcionario ocupa una plaza que por virtud de Ley está sujeta al régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales –y su consecuente compensación económica– ni él ni la Administración pueden disponer su desapplicación.

Ahora bien, en orden al pago compensatorio por la aplicación de dicho régimen, según lo explicamos en el punto b) del presente dictamen, podría suceder que un servidor entre a ocupar una plaza remunerada bajo el sistema de salario único que oportunamente haya sido objeto de un estudio técnico, y que con base en éste se hubiera llegado a determinar que el monto de salario fijado para esa plaza ya incluye debidamente la compensación legal por concepto de prohibición, en cuyo caso, ya no cabría pretender una nueva fijación de tal componente.

Nótese que lo contrario implicaría el absurdo de que cada nuevo funcionario que pase a ocupar la plaza pretendiera un nuevo estudio y por ende un nuevo aumento, con lo cual ese puesto podría ir sumando indefinida y reiteradamente montos correspondientes al mismo concepto, lo cual resultaría abiertamente improcedente, toda vez que ello traería aparejado un doble o triple pago por la misma causa, generando de esa forma un enriquecimiento incausado para el funcionario.

En consecuencia, la respuesta dependerá del caso concreto de que se trate, pues si la plaza a ocupar no ha sido objeto de un estudio que determine la incorporación y el porcentaje de compensación económica por este concepto sí cabría una gestión como la que se menciona en su consulta, pero de lo contrario, si el salario único determinado para la plaza ya contiene esa fijación, una pretensión en ese sentido resultaría improcedente, por las razones explicadas.

“f) ¿Aquellos exfuncionarios de la institución que hayan ocupado puestos a los cuales se les debió pagar la prohibición, se les debe hacer la retribución aunque ya no se encuentren laborando en la institución?”

En primer término, valga recordar que una pretensión económica como ésta –al igual que cualquier otra de esta naturaleza– en cualquier tiempo puede ser planteada ante la Administración por el interesado, partiendo de que un exfuncionario, como cualquier administrado, siempre conserva su derecho para accionar administrativa o judicialmente.

Cosa distinta es que, en cuanto al fondo, la pretensión formulada tenga asidero legal a la luz de las consideraciones que hemos desarrollado supra, y por ende, pueda eventualmente ser resuelta favorablemente por la institución. Claro está, siempre que la gestión esté presentada en tiempo y forma y, por ende, no haya aún acaecido el correspondiente término que genere una eventual prescripción del derecho.

Es decir, si el funcionario hubiera ocupado una plaza respecto de la cual sí cabía el pago del plus indemnizatorio por concepto de prohibición y durante su relación de servicio no le fue retribuido dicho plus, sí cabría que el exfuncionario formule un reclamo de las sumas adeudadas, el cual podría eventualmente ser declarado con lugar en caso de que aún no se encuentre prescrito el derecho.

“g) ¿Cuál es la base salarial sobre la cual la institución debe aplicar el porcentaje de prohibición?”

Esta interrogante ha quedado debidamente evacuada en el aparte b) del presente dictamen (al cual nos remitimos), en donde señalamos el significado y aplicación del salario base para el común de las plazas en el Sector Público, así como la forma de calcular este pago en caso de los denominados *salarios únicos*, lo cual procede mediante la determinación de un salario base de referencia.

“h) ¿Puede la administración de la institución hacer una diferenciación de que a los funcionarios que entraron posterior a la ley no les aplica la prohibición?”

Nuevamente recurrimos a las consideraciones desarrolladas líneas atrás, en el sentido de que el régimen de prohibición no es disponible y por ende la Administración no podría una decisión en el sentido consultado.

Simplemente resta insistir –en cuanto al pago que lleva aparejado la aplicación del régimen– que no puede perderse de vista que la plaza de que se trate puede ya tener incorporado dentro de su salario base el pago indemnizatorio por la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión, en cuyo caso, según quedó visto, no procedería hacer un nuevo ajuste a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 8422 ni tampoco a partir del nombramiento de un nuevo funcionario en esa plaza, pues, según explicamos, ello llevaría aparejado un doble pago por el mismo concepto, situación a todas luces improcedente desde el punto de vista legal.

Incluso, valga recordar que el transitorio IV del Reglamento a la Ley N° 8422 dispone expresamente que *“tratándose de personas que reciben un salario único, a lo interno de cada entidad u órgano de la Administración Pública, deberá determinarse si en tal supuesto ya se paga algún porcentaje salarial ligado al no ejercicio liberal de la profesión. En tal caso y en la medida en que dicho porcentaje sea menor al dispuesto en la Ley, deberán realizarse los ajustes correspondientes tomando como parámetro un salario base de referencia a un puesto de naturaleza similar.”*

Tal norma confirma plenamente el razonamiento que hemos venido aquí desarrollando, en el sentido de que al momento de entrada en vigor del régimen de prohibición previsto en dicha normativa había que analizar, en el caso de las plazas remuneradas mediante el sistema de salario único, si éste ya insertaba dentro de los parámetros considerados para su fijación una retribución por la prohibición.

De esta forma, si ya lo compensaba en una proporción equiparable a un 65% —o más— sobre el salario base, ningún ajuste cabía hacer, y si el porcentaje era menor o del todo inexistente, pues lo procedente era hacer los ajustes correspondientes para alcanzar dicho porcentaje, tal como lo dispone la recién transcrita norma transitoria.

Conclusiones

A partir de las diferentes interrogantes evacuadas, esta Procuraduría General arriba a las siguientes conclusiones:

1. E l ámbito de aplicación de la Ley N° 8422 incluye taxativamente a los entes de la Administración Pública no estatal, sector en el cual se ubica PROCOMER, de ahí que sus regulaciones resultan aplicables a esa entidad en el tanto estemos en presencia del ejercicio de funciones públicas

2. E l régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales y por ende el correspondiente pago del plus salarial sí cubre a aquellos funcionarios de PROCOMER que ocupen alguno de los puestos enumerados en el artículo 14 de la citada Ley.

3. Si la plaza que ocupa el funcionario es retribuida mediante el mecanismo de salario único, a efectos de aplicar el pago compensatorio del 65% sobre el salario base, debe identificarse un salario base de referencia dentro del mismo Sector Público que permita hacer el respectivo cálculo, y efectuar el correspondiente ajuste, en caso de que así corresponda. El estudio técnico respectivo debe determinar si dentro de la estructura de ese salario, para su fijación original se tomó en cuenta un margen de compensación por el no ejercicio de la profesión, y de ser así, en qué medida o porcentaje fue otorgado en su momento.

4. Si para determinada plaza ya fueron debidamente cumplidos tales requerimientos, es evidente que si por cualquier razón el funcionario que la ocupa cesa en su cargo y es nombrado otro profesional en su lugar, ya la plaza tiene definido este aspecto de su régimen remunerativo. Ergo, el hecho de que un nuevo profesional sea nombrado en dicha plaza no significa que tengan que efectuarse nuevamente estudios sobre ese punto, pues, como es evidente, ello ya estaría definido.

5. Si estuviéramos ante este último supuesto, sí resultaría procedente que la respectiva acción de personal u otro documento de similar naturaleza que se incorpore en el expediente del nuevo funcionario, indique que ya la plaza tiene incorporado dentro de su régimen salarial la compensación del 65% por concepto de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales.

6. El acatamiento obligatorio de la ley a partir de su entrada en vigencia no es disponible, por lo que no pueden ser condicionado ni pospuesto con fundamento en ninguna razón.

7. Sin perjuicio de lo anterior, ello no quiere decir que la Administración no pueda requerir formular alguna consulta sobre su interpretación y alcances, a fin de asegurarse de efectuar una correcta aplicación de la normativa; pero tal cosa en modo alguno significa una especie de suspensión o condicionamiento de su entrada en vigor.

8. De conformidad con el artículo 129 de la propia Carta Fundamental no tiene ninguna eficacia la renuncia de las leyes, y contra su observancia no puede alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Así, un beneficio laboral otorgado por ley al funcionario no podría renunciarse no sólo en razón del principio constitucional de obligatoriedad de las leyes (que se aplica a la universalidad de la legislación) sino además por virtud del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales

9. Si un determinado funcionario ocupa una plaza que por virtud de Ley está sujeta al régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales —y su consecuente compensación económica— ni él ni la Administración pueden disponer su desaplicación.

10. Si cabía el pago del plus indemnizatorio por concepto de prohibición y durante la relación de servicio no le fue retribuido al funcionario dicho plus, cabría que el exservidor formule un reclamo de las sumas adeudadas, el cual podría eventualmente ser declarado con lugar en caso de que aún no se encuentre prescrito el derecho.

De usted con toda consideración, suscribe atentamente,

Andrea Calderón Gassmann

Procuradora Adjunta

ACG/msch

c.c. Asesoría Legal PROCOMER

[1] En igual sentido puede consultarse el criterio de la Contraloría General de la República vertido mediante oficio N° 6396 (DAGJ-1470) del 3 de junio del 2005