



Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 29 de junio del 2012. N° 6

Dictamen : 150 del 06/05/2008

C-150-2008

06 de mayo del 2008.

Licenciado

Javier Vargas Tencio, MBA

Director Ejecutivo a.i.

Consejo de Transporte Público

Ministerio de Obras Públicas y Transportes

S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, me refiero a su oficio DE-080044 de 4 de enero de 2008, mediante el cual solicita el criterio jurídico de este Órgano Asesor, respecto al pago de horas extras de los funcionarios acogidos al régimen de prohibición del ejercicio liberal de la profesión, en aplicación de lo dispuesto en la sentencia N° 11882 de la Sala Constitucional de fecha 27 de octubre de 2004.

Cabe indicar que la mencionada sentencia se dictó con ocasión de la Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 6° del Decreto Ejecutivo N° 24131-H-PLAN y la Circular N° RH-10-2000 de 13 de marzo de 2000 de la Subjefe de Recursos Humanos de la Junta de Protección Social de San José, que en lo que interesa decían:

“Artículo 6°.-

(...). Quedan excluidos de la remuneración de tiempo extraordinario los funcionarios acogidos a Dedicación Exclusiva, Prohibición del Ejercicio Liberal de la Profesión, Disponibilidad y aquellos que ocupen cargos de jefatura formal”.

Tal Acción fue acogida en relación con las figuras de la dedicación exclusiva y cargos de jefaturas formales, no así respecto de la prohibición del ejercicio liberal de la profesión y disponibilidad, en razón de que, por situaciones puramente técnicas la Sala no entró a considerarlas, por lo que actualmente subsisten y de ahí la formulación de la presente consulta.

Adjunta a su solicitud el Informe DAJ-0700005 de 3 de enero del 2008, referente al criterio que sobre el particular emitió la Dirección de Asuntos Jurídicos del Consejo de Transporte Público.

Al respecto, me permito manifestarle lo siguiente:

1. SOBRE EL REGIMEN DE PROHIBICION:

Es indiscutible que en el ámbito del empleo público existen, en algunos casos, impedimentos legales para el ejercicio liberal de la profesión. Una de esas limitaciones se manifiesta mediante la figura jurídica de la prohibición. Es a través de este instituto que a ciertos funcionarios públicos se les inhibe de ejercer en forma privada su profesión, otorgándoseles, por esa razón, una especie de indemnización económica, a manera de un plus salarial que forma parte de su salario, con lo cual se resarce el perjuicio económico que la prohibición irroga.

Por otra parte, al constituir la prohibición, en uno de sus aspectos una limitación a un derecho fundamental sobre este tema entre otros, véase dictamen C-336-2005 de 1 de setiembre de 2005 (el derecho al trabajo tutelado en el artículo 56 de la Constitución Política), tal restricción debe necesariamente fundamentarse en una norma de rango legal, descartándose de esa forma la posibilidad de que por vía reglamentaria, o por simple acto administrativo, se restrinja el ejercicio privado de la profesión.

Otra característica adicional del régimen de la prohibición, radica en que no es facultativo para el servidor sujetarse a ella. Se trata de una limitación que debe soportar quien ocupe el puesto afectado a dicho régimen, de manera tal que la sola aceptación del cargo implica, per se, la aceptación de la limitación dicha.

La finalidad de establecer el régimen de prohibición estriba en evitar el surgimiento de conflictos de interés que pueden derivar de la función pública y del ejercicio simultáneo de actividades privadas, en este caso de la profesión que se ostente, resguardando en ese sentido la prevalencia del interés público sobre el privado.

2. SOBRE EL PAGO DE HORAS EXTRAS:

La jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo tiene raigambre constitucional. El numeral 58 de la Carta Magna impone el límite de horas por jornada ordinaria, tanto diurna como nocturna, con excepciones muy calificadas que son determinadas por ley.

Por su parte, el Código de Trabajo establece las regulaciones correspondientes a las jornadas de trabajo, y en ese sentido, dispone al igual que el texto constitucional, el número máximo de horas que comprende cada jornada. El numeral 143 del citado código, excluye de la limitación de la jornada laboral a aquellas personas que por la índole de las funciones que realizan se hace necesario establecerles excepciones, las cuales responden básicamente a una necesidad permanente y previsible del servicio que se presta, que hace que inevitablemente deban desarrollarse esas funciones en exceso de los límites máximos previstos por la ley. Los supuestos de exclusión de la limitación de la jornada quedan entonces determinados por ley en el referido artículo 143.

Como vemos, es claro que el espíritu de las disposiciones normativas que regulan las diversas jornadas de trabajo en nuestro medio son limitativas, ya que solamente en casos excepcionales se prescinde de la limitación de la duración de la jornada laboral. Así, en dicho sentido, debe evitarse la posibilidad de que en virtud de una aplicación extensiva de la norma 143 del Código de Trabajo, se irrespeten los límites de la jornada ordinaria laboral, pues tanto el Constituyente como el legislador ordinario se inclinaron por restringir la jornada ordinaria laboral, con el fin de evitar que el exceso de trabajo produzca lesiones o trastornos físicos y mentales al trabajador. En ese sentido ha sido hartamente asentada la doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales laborales.

Cuando proceda laborarlo, el trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados (arts. 58 de la Constitución Política y 139 del Código de Trabajo).

3. INEXISTENCIA DE INCOMPATIBILIDADES ENTRE EL RÉGIMEN DE PROHIBICIÓN Y EL PAGO DE JORNADA EXTRAORDINARIA.

Como se colige sin mayor dificultad de lo expuesto hasta ahora, el régimen de prohibición y el pago por jornada extraordinaria son dos institutos jurídicos que no tienen ninguna relación entre sí, pues regulan supuestos completamente diferentes.

Tal como se indicó en el primer acápite, la imposición de la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión de los servidores públicos, debe estar fundamentada expresamente en la ley. Ahora bien, el hecho de estar afecto a este tipo de régimen no enerva el derecho del profesional a percibir una remuneración adicional por haber laborado jornada extraordinaria. Si bien es cierto, el régimen de prohibición obliga al funcionario a ejercer su profesión en forma exclusiva a la institución para la que labora, también lo es que la prestación de ese servicio bajo esa condición, debe hacerse dentro del marco de los derechos laborales y las garantías sociales establecidas en el Título V de la Constitución Política. De no ser así, podría lesionarse el derecho constitucional de percibir la remuneración correspondiente por la prestación de servicios fuera de la jornada ordinaria laboral, sin que existan razones objetivas para ello, sino simplemente por el hecho de encontrarse afecto al régimen de prohibición.

Por otra parte, dentro de los casos de excepción en los que no aplica la jornada máxima de trabajo, establecidos de manera calificada en la ley, no se encuentra enunciado el estar sometido al régimen de prohibición. Recordemos que el régimen de excepciones y limitaciones a derechos fundamentales debe contar, al menos, con un fundamento jurídico razonable, por tanto, cualquier restricción en ese campo necesariamente debe fundarse en una norma de rango legal, nunca en un reglamento u otro tipo de acto administrativo. Ergo, la reserva legal opera como una garantía de legitimidad o validez de cualquier limitación en la esfera de las libertades fundamentales

Como se infiere de todo lo anterior, así como de la naturaleza jurídica del instituto de la prohibición, y de las obligaciones que se derivan de la misma, no surge ningún tipo de incompatibilidad entre dicha privación para el ejercicio de la profesión con la remuneración por las horas extras laboradas. Se trata de institutos distintos y excluyentes entre sí.

De hecho, tales razonamientos sustentaron la sentencia de la Sala Constitucional N° 11882-2004, mediante la cual se declaró con lugar la acción interpuesta en contra del artículo 6° del Decreto Ejecutivo N° 24131-H-PLAN, que establecía, entre otras cosas: " (...). *Quedan excluidos de la remuneración de tiempo extraordinario los funcionarios acogidos a Dedicación Exclusiva, Prohibición del Ejercicio Liberal de la Profesión, Disponibilidad y aquellos que ocupan cargos de jefatura formal*". En el citado fallo, la Sala Constitucional expuso, en lo que interesa, lo siguiente:

*"Al analizar las disposiciones impugnadas, en cuanto a la exclusión de los funcionarios acogidos al régimen de dedicación, del pago de la remuneración por tiempo extraordinario, salta a la vista el hecho de que las indicadas normas establecen un supuesto diverso, respecto de las excepciones dispuestas por ley, concretamente, en el artículo 143 del Código de Trabajo que como se indicó líneas arriba, es el que mejor desarrolla, por la cantidad y amplitud de las hipótesis que contempla, el régimen excepcional ordenado por la Constitución. De ahí que la Sala observe que por razones de contención del gasto público que informan la emisión del Decreto Ejecutivo N° 24131-H del 17 de marzo de 1995, se estableció, por vía reglamentaria y por obra de un acto administrativo de carácter interno y general (la circular cuestionada), un supuesto de excepción al reconocimiento y pago de la jornada extraordinaria, no contemplado en ley alguna, particularmente, en el artículo 143 del Código de Trabajo, situación que se estima lesiva de la expresa reserva legal dispuesta en el artículo 58 de la Constitución Política, en materia de establecimiento de excepciones a las reglas sobre la jornada laboral ahí contenidas. Este solo hecho, permite declarar con lugar la acción en cuanto a la exclusión de todo servidor del pago de la jornada extraordinaria por haberse acogido al régimen de dedicación exclusiva. Sin embargo, se estima importante, a manera de mayor abundamiento, ahondar un poco en lo manifestado por la Procuraduría General de la República, en cuanto a la alegada lesión del principio de proporcionalidad en que incurrían las disposiciones impugnadas. **En ese sentido, la Sala observa que, efectivamente no existe relación alguna entre el hecho que un servidor se acoja a la dedicación exclusiva y la necesidad de recibir una remuneración especial por la jornada extraordinaria autorizada, efectivamente laborada. (...). De la naturaleza jurídica de la dedicación exclusiva y de las obligaciones que su acuerdo genera para la Administración y para el servidor, se desprende, claramente, la falta de relación de proporción, alegada por la Procuraduría General de la República, entre la exclusión del***

*servidor del pago de la jornada extraordinaria laborada y su condición de empleado sujeto al régimen de dedicación exclusiva. En ese sentido, obsérvese que la medida impuesta implica un sacrificio excesivo o una limitación exorbitante del derecho reconocido en el artículo 58 de la Constitución Política, porque no resulta razonable fundamentarlo en el hecho que el servidor haya pactado con la institución para la cual labora, la aplicación del régimen de dedicación exclusiva, sobre todo, atendiendo a su carácter contractual y no esencial para la relación de empleo público. **De ahí que la dedicación exclusiva no resulte un motivo necesario, idóneo, y sobre todo, proporcionado***

a la limitación impuesta, por obra de las disposiciones impugnadas, al contenido esencial del artículo 58 de la Constitución Política". (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Nº 11882-2004 de las 14:51 hrs. del 27 de octubre de 2004). (La negrita no es del original).

Es de advertir, sin embargo, que dicho numeral no fue anulado en su totalidad por un aspecto meramente formal, ya que en el asunto base en vía judicial, requerido como condición para plantear la acción de inconstitucionalidad, según disposición expresa del artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, no fue alegada la inconstitucionalidad del citado numeral respecto a los funcionarios sometidos al régimen de prohibición y al de disponibilidad. Siendo ello así, se acogió la precitada acción únicamente en lo referente a los funcionarios adscritos al régimen de dedicación exclusiva. Por tanto, aún subsiste dicho precepto en lo que concierne a la excepción de pago extraordinario en el caso de servidores acogidos a los anteriores regímenes (prohibición y disponibilidad).

Ahora bien, es menester entonces tener en consideración que la citada norma (artículo 6º del Decreto Ejecutivo Nº 224131-H-PLAN), en lo subsistente (prohibición y disponibilidad), entra en colisión, igualmente, con los preceptos constitucionales y legales ya citados referentes al establecimiento de la jornada máxima laboral, así como con las consideraciones contenidas en citado fallo Nº 11882-2004. En ese sentido, podría pensarse que una solución al problema descrito en la consulta sería aplicar los mismos fundamentos y razones ya vertidos por el Tribunal Constitucional en el referido fallo. Es decir, que por paridad de razón, corresponde aplicar la misma solución. Lo anterior considerando que el régimen de prohibición difiere de la dedicación exclusiva, en que ésta última es de naturaleza consensual, pues es solamente a expresa voluntad de la parte que se impone la restricción, pero en realidad la finalidad es la misma, esto

es, contar con profesionales dedicados única y exclusivamente a la función pública a cambio de un plus salarial, situación que no enerva, en lo absoluto, el derecho del servidor sometido a cualquiera de estos regímenes a devengar horas extra por el trabajo extraordinario efectuado.

Sin embargo, aunque nos parezca de dudosa constitucionalidad la norma de interés, una solución como la indicada no podría ser acogida, sino, hasta tanto el numeral en cuestión sea derogado por la propia Administración, o bien, que a través de una acción ante la Sala Constitucional, ésta lo anule también en lo subsistente, sea, respecto de la prohibición y disponibilidad. Lo anterior por cuanto es ajeno a las competencias de la Procuraduría General, dictaminar sobre la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza, función que le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional.

CONCLUSION:

- 1) No está dentro de las competencias de la Procuraduría General de la República dictaminar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza, cuyo control se encuentra concentrado en la Jurisdicción Constitucional.
- 2) Así mismo, tampoco resulta procedente recomendar una determinada interpretación jurídica, a partir de una presunta inconstitucionalidad, que haga inaplicable la norma.
- 3) No resulta jurídicamente procedente a la Administración desaplicar la norma mientras no haya sido declarada su inconstitucionalidad por la jurisdicción correspondiente.
- 4) Se recomienda a la Administración, en razón de los cuestionamientos de inconstitucionalidad de la norma, adoptar los procedimientos para su derogatoria.

Atentamente,

Lic. German Romero Calderón Licda. Maureen Medrano Brenes

Procurador de Relaciones de Servicio Abogada de Procuraduría

Sección Segunda.

CI: Msc. Joaquín Arguedas Herrera

Director de Servicio Civil