

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Señor
Alfredo Hasbum Camacho
Director General
Dirección General de Servicio Civil

ASUNTO: Criterio jurídico prohibición

Estimado señor:

Reciba un cordial saludo. En atención a la solicitud verbal realizada a esta Asesoría, se procede a realizar el análisis correspondiente al pago de compensación por prohibición, a la luz de la Ley 9635 “Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas”.

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicar que, es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, se indica que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantar a la Administración Activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde en el caso particular.

En el Título III de la Ley 9635 “*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*”, se realiza una adición a la Ley N° 2166 “*Ley de Salarios de la Administración Pública*”, del 9 de octubre de 1957.

Dicho cuerpo legal establece en su artículo 26, su ámbito de aplicación, en el tanto señala:

“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*

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 2 de 21

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”.

De conformidad con lo indicado, se determina que con la nueva normativa se unifica lo regulado en la Ley 2166, y se amplía su rango de aplicación.

Ahora bien, visto esto, y en lo referente al pago compensatorio por prohibición, esta Asesoría Jurídica en el Oficio N° AJ-256-2016 del 29 de abril de 2016, señaló:

“Para ello, la Procuraduría General de la República, en el Dictamen número C-195-2015 del 27 de julio de 2015, señaló:

*Como regla de principio, **los funcionarios públicos tienen la libertad para ejercer la profesión** que ostentan una vez que ha concluido su jornada de trabajo, **salvo que esta libertad de ejercicio esté prohibida por una ley** que así lo disponga.*

La prohibición para el ejercicio de una determinada profesión, forma parte de las incompatibilidades para el ejercicio de determinado cargo y tiene como fundamento, la “necesidad de dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal. Las incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares; es decir tiende a evitar la colisión de intereses- interés público e interés privado-. (Sala Constitucional, resolución número 3292-95 de las quince horas treinta y tres minutos del 18 de julio de 1995).

*Como lo señalamos, la prohibición en el ejercicio de determinada profesión constituye una restricción a la libertad profesional, por lo tanto, se encuentra sujeta al régimen jurídico de libertades para su imposición, **lo que supone la existencia de una reserva de ley para su implementación así como la obligatoriedad de interpretar restrictivamente las normas que la imponen.***

A partir de lo señalado anteriormente, la jurisprudencia administrativa de este Órgano Técnico Jurídico ha sostenido que dentro del régimen de

20 de diciembre de 2018
AJ-OF-554-2018
Página 3 de 21

*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 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.)

(el subrayado y resaltado no es del original)”

(...)

Lo primero que puede observarse es que la Ley número 5867 está referida al pago de la compensación y no a la imposición de la prohibición. De manera tal que en la práctica forense, el legislador generalmente ha optado por imponer la restricción en otras normas y referir el pago compensatorio a las reglas de la Ley indicada supra.

Otra particularidad de dicha norma es que, en su origen, se encuentra orientada a personal funcionario del Ministerio de Hacienda, introduciendo en el artículo segundo, la regla de aplicación general, indicando que corresponde a dicho Ministerio, bajo el control de la Dirección General de Servicio Civil, la determinación de los casos en que procede la aplicación de esa ley. Esto es muy relevante, pues atribuye a la administración activa la aplicación del pago compensatorio y a la Dirección General de Servicio Civil el control de ello.

Por otro lado, tenemos que la Ley número 5867, del 15 de diciembre de 1975, denominada “Ley de Compensación por Pago de Prohibición”, previo a la reforma introducida por la Ley 9635, estipulaba los siguientes porcentajes de compensación por prohibición, a saber:

“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

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 4 de 21

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:

- a) Un sesenta y cinco por ciento (65%) para los profesionales en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.*
 - b) Un cuarenta y cinco por ciento (45%) para los egresados de programas de licenciatura o maestría.*
 - c) Un treinta por ciento (30%) para quienes sean bachilleres universitarios o hayan aprobado el cuarto año de la respectiva carrera universitaria.*
 - d) Un veinticinco por ciento (25%) para quienes hayan aprobado el tercer año universitario o cuenten con una preparación equivalente.*
- (...)*

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 9635, se establecen nuevos porcentajes de compensación por concepto de prohibición y además el legislador reformó el artículo 1 inciso b) de la Ley 5867, y derogó los incisos c) y d) de dicho numeral. Valga la ocasión para mencionar, que no se hizo referencia a ninguna reforma o derogatoria expresa, del inciso a) de dicho artículo, dado esto, el texto vigente de dicho artículo, es el siguiente:

*“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:***

- a) Un sesenta y cinco por ciento (65%) para los profesionales en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.*
- b) Un quince por ciento (15%) para quienes sean bachilleres universitarios”. (El resaltado no pertenece al original)*

Pese a lo anterior, tenemos que, a criterio de esta Asesoría válidamente puede afirmarse que con el nuevo marco normativo, contenido en la Ley 9635, se reformó no de manera expresa, pero sí tácitamente el artículo 1 inciso a) de la Ley 5867.

Contestes con esta tesisura, sobre la reforma tácita el Órgano Asesor Estatal, ha señalado lo siguiente:

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 5 de 21

“Nuestro ordenamiento jurídico regula lo relacionado con la derogación de normas, específicamente en el párrafo final del artículo 129 de la Constitución Política, en relación con el artículo 8° del Código Civil.

‘Artículo 129.-... La Ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario’

‘Artículo 8. - Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la ley anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia la que ésta hubiere derogado’.

La Procuraduría General de la República, por su parte, se ha pronunciado en esta materia, partiendo para ello de lo expresado por nuestro Tradadista don Alberto Brenes Córdoba en su Obra ‘Tratado de las Personas’ (Editorial Juricentro S.A., San José, 1986, p. 95), al afirmar que ‘desde el punto de vista doctrinario, el acto mediante el cual el legislador deja sin efecto una ley, se conoce con el nombre de abrogación o derogación. Términos que se utilizan para expresar la acción y el resultado de abolir una ley en su totalidad o en parte nada más. La derogación puede ser expresa o tácita, según se haga en términos explícitos, o que resulte de la incompatibilidad de la ley nueva con la ley anterior, ya que es principio general, que las leyes nuevas destruyen las leyes viejas en todo aquello que se le oponga’”.

Por su parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución número 130 de las 14:30 horas del 26 de agosto de 1992, indicó lo siguiente:

*“La derogación de una norma jurídica se origina en la promulgación de otra posterior, a la cual hace perder vigencia. Tal principio lo consagra nuestro Derecho Positivo en el artículo 8 del Código Civil y en el 129 de la Constitución Política. Asimismo, según se deriva de dichas disposiciones, la derogatoria puede ser expresa o tácita. **La tácita sobreviene cuando surge incompatibilidad de la nueva ley con la anterior, sobre la misma materia, produciéndose así contradicción.***

..”

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 6 de 21

Sin ánimo de profundizar mucho en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y de la Procuraduría General de la República sobre el tema de la derogatoria tácita, se puede afirmar, con un alto grado de certeza, que para que este fenómeno jurídico acontezca se requiere de dos condiciones. En primer lugar, que la normativa posterior regule la misma materia de la normativa anterior. En segundo término, que del análisis comparativo entre ambas normativas se produzca una antinomia que las torne incompatibles e impida la armonización del régimen jurídico ahí establecido. Se requiere, en síntesis, que la nueva ley o norma, por su contenido, alcance y significado, sustituya completamente la disposición anterior.

Por lo tanto, la derogatoria tácita cesa la vigencia de una norma cuando esta es incompatible con otra del ordenamiento jurídico que regula la misma materia y la norma más reciente no indica en forma expresa la terminación de la vigencia de aquella norma anterior que le es incompatible. En consecuencia, al no indicarse expresamente, es el operador jurídico quien debe determinar si opera o no una derogatoria tácita.

Para constatar la reforma o derogatoria tácita de una norma, como se indicó atrás, son **dos pasos** que **deben seguirse**:

a.- **Establecer la existencia efectiva de la incompatibilidad objetiva entre el contenido de los preceptos de la antigua norma y los de la nueva.**

b.- **La determinación de los alcances de esa incompatibilidad** (véase el dictamen C-215-95 de 22 de setiembre de 1995).

Es importante indicar que la incompatibilidad debe ser de tal grado o magnitud que permita calificar de contradicción insalvable, puesto que no fue la voluntad expresamente manifiesta del legislador derogar la norma.¹ (Lo resaltado es nuestro)

Dado lo anterior, debe indicarse que en el caso del inciso a) de la Ley 5867, lo que aplicaría es una reforma tácita, debiendo interpretarse el alcance del nuevo porcentaje de prohibición, es decir 30%; el cual además se desprende del espíritu integral de la Ley 9635.

Ahora bien, tenemos que la Ley 9635 en el artículo 57 inciso i) reformó el artículo 5 de la Ley 5867, cuyo texto vigente es:

¹ Ver Dictamen C-297-2007 del 27 de agosto de 2007 de la Procuraduría General de la República

20 de diciembre de 2018
AJ-OF-554-2018
Página 7 de 21

“Artículo 57.- Reformas

Se modifican las siguientes leyes, de la manera que se describe a continuación:

(...)

i) Se reforma el artículo 5 de la Ley N.º 5867, Ley de Compensación por Pago de Prohibición, de 15 de diciembre de 1975. El texto es el siguiente:

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.º 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 resaltado no pertenece al original)

De la literalidad de los artículos 1 y 5 de la Ley 5867, se desprende que por un lado el artículo 1 indica que el cálculo del pago por concepto de prohibición, se realizará sobre el salario base de la escala de sueldos de la Administración Pública y por otro lado, el artículo 5, establece que el cálculo del pago por concepto de prohibición de los funcionarios referidos en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se realizará sobre el salario más bajo indicado en la escala de sueldos de la Administración Pública que emite la Dirección General del Servicio Civil.

Según lo indicado, se determina que tanto el artículo 1 como el artículo 5, regulan supuestos fácticos diferentes con consecuencias jurídicas distintas, de manera tal, que no podría considerarse que exista una antinomia, ya que el artículo 1 cubre a un grupo de funcionarios, y el 5 del mismo cuerpo legal cubre a otro, los funcionarios citados en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sobre este concepto jurídico, la Procuraduría General de la República en el Dictamen C-176-2012 del 19 de julio del 2012 señaló:

“Con total independencia de que el sistema jurídico sea coherente o que

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 8 de 21

*se utilice como si lo fuera, es unánimemente admitido que el Derecho no puede estar compuesto de normas jurídicas incompatibles, de manera que si son detectadas en los procesos de aplicación jurídica **dos normas que atribuyen al mismo supuesto de hecho dos soluciones normativas incompatibles, una de las dos**, y a veces ambas, deben ser eliminadas para restaurar la coherencia del sistema". (El resaltado no pertenece al original)*

Nótese que las normas analizadas no se encuentran bajo ese supuesto, pues su ámbito de aplicación va dirigido a diferentes grupos de funcionarios, por lo cual no existe entre ambas normas contradicción alguna.

Por otra parte tenemos que, la Ley 9635, establece en su artículo 36 los porcentajes que corresponden a los funcionarios, por concepto de compensación:

“Artículo 36.- Prohibición y porcentajes de compensación

Los funcionarios públicos a los que por vía legal se les ha impuesto la restricción para el ejercicio liberal de su profesión, denominada prohibición, y que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 31 de la presente ley, recibirán una compensación económica calculada sobre el salario base del puesto que desempeñan, de conformidad con las siguientes reglas:

- 1. Un treinta por ciento (30%) para los servidores en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.*
- 2. Un quince por ciento (15%) para los profesionales en el nivel de bachiller universitario”.*

Con lo cual, podemos aseverar que, los porcentajes regulados por la Ley 9635, así como las reformas introducidas por ésta, son los que actualmente constituyen el marco general aplicable para todos los funcionarios que ingresen a prestar servicios por primera vez para la Administración Pública, a partir del 4 de diciembre de 2018, o para los que por primera vez perciban la compensación por prohibición, es decir estos porcentajes son los que rigen y son los que se encuentran vigentes.

Visto eso, resulta relevante indicar que en cuanto a la aplicación de dichos porcentajes, el artículo 56 de la Ley 9635, establece lo siguiente:

“Artículo 56.- Aplicación de los incentivos, topes y compensaciones

*Los incentivos, **las compensaciones**, los topes o las anualidades remunerados a la fecha de entrada en vigencia de la ley serán aplicados*

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 9 de 21

*a futuro y no podrán ser aplicados de forma retroactiva en perjuicio del **funcionario** o sus derechos patrimoniales". (El resaltado no corresponde al original)*

De la literalidad de la norma, se desprende que el contenido de la Ley 9635 aplica a futuro, lo cual es conteste con el principio de irretroactividad de las normas jurídicas, establecido en el artículo 34 de la Constitución Política; con lo cual se reitera que resulta aplicable a aquellos funcionarios que ingresen a prestar sus servicios a la Administración Pública por primera vez a partir del 4 de diciembre, así como a aquellos funcionarios que formen parte de la Administración Pública, pero que por primera vez se les otorgue la compensación por prohibición, ello por cuanto la norma utiliza el concepto de funcionario de manera amplia, debiendo traerse a colación el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, que menciona:

"Artículo 111.-

- 1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.*
- 2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.*
- 3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común".*

Bajo esta inteligencia, en palabras del jurista costarricense Eduardo Ortiz Ortiz, debemos entender que, en sentido amplio, el servidor público es aquel *"que presta un servicio a nombre y por cuenta de un ente público. Cuando se pone en relación con la oficina pública dicho concepto puede expresarse diciendo que es servidor público la persona legalmente encargada de ejercer las competencias públicas."*²

De conformidad con lo indicado, tenemos que no puede realizarse una diferenciación, cuando la norma no lo hace, de manera tal que si la norma utiliza el concepto de funcionario, debe entenderse a todo aquel que presta servicios a la Administración, independientemente de la Institución que se trate, por ende dichos porcentajes no pueden

² ORTIZ ORTIZ, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. Edición 2002. Costa Rica: Biblioteca Jurídica DIKE, 2002, p. 140.

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 10 de 21

ser modificados en aquellos funcionarios que antes de la entrada en vigencia de la Ley 9635, ya contaban con la asignación de los mismos.

De igual manera, es importante citar el contenido del Transitorio XXV de la Ley 9635, que establece:

“El salario total de los servidores que se encuentren activos en las instituciones contempladas en el artículo 26 a la entrada en vigencia de esta ley no podrá ser disminuido y se les respetarán los derechos adquiridos que ostenten.”

Las remuneraciones de los funcionarios que a la entrada en vigencia de la presente ley superen los límites a las remuneraciones establecidos en los artículos 41, 42, 43 y 44, contenidos en el nuevo capítulo V de la Ley N.º 2166, Ley de Salarios de la Administración Pública, de 9 de octubre de 1957, no podrán ajustarse por ningún concepto, incluido el costo de vida, mientras superen dicho límite”. (El resaltado no corresponde al original)

Una vez visto este, de la lectura del mismo, se desprende con total claridad que, los funcionarios activos contemplados en el artículo 26 de la Ley 9635, son todos aquellos que ya forman parte de la Administración Pública, de manera tal, que con fundamento en este transitorio, éstos no pueden ser afectados por los cambios introducidos a los porcentajes de prohibición, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 9635, ya que lo contrario implicaría una afectación en el salario de los mismos y por ende en su carrera administrativa.

En cuanto a este tópico, es importante traer a colación el contenido del Oficio N° AJ-256-2016, indicado supra, que indica:

“En otras palabras, referirse a los “derechos adquiridos” o a la “situación jurídica consolidada” tiene sentido respecto de la identificación de cuadros fácticos o contenidos materiales cuya modificación normativa hacia futuro, podría afectar derechos cuyo disfrute se encuentren protegidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la reforma producida en las normas. Además, la “situación jurídica consolidada” no opera en abstracto, sino en forma concreta para la esfera jurídica de una persona o determinado grupo de personas.

Respecto de este concepto, la Sala Constitucional ha sido muy prolífera y solo como ejemplo, se cita la resolución número 6134-98 de las diecisiete horas veinticuatro minutos del veintiséis de agosto mil novecientos noventa y ocho, que señaló:

20 de diciembre de 2018
AJ-OF-554-2018
Página 11 de 21

“(…) En todo caso, en relación con el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, donde “ley” debe entenderse en su sentido genérico, como normas o disposiciones jurídicas (véase sentencia 473-94 de las 13:03 horas del 21 de enero de 1994), la Sala ha dicho que resulta un principio formal y sustancial, de modo que se viola, no solo cuando una nueva norma o la reforma de una anterior altera ilegítimamente derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una disposición anterior, sino cuando los efectos, la interpretación o aplicación de esa última produce un perjuicio irrazonable o desproporcionado al titular del derecho o situación consagrados; que tanto el derecho adquirido como la situación jurídica consolidada se tornan intangibles por razones de equidad y de certeza jurídica; que el derecho adquirido, sobre todo relacionado con el aspecto patrimonial, denota una situación consumada en la que una cosa -material o inmaterial, trátase de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente- ha ingresado o incide en la esfera patrimonial de una persona, creando una ventaja o beneficio constatable; que la situación jurídica consolidada representa un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos; que lo relevante de la situación jurídica consolidada es que, por virtud de una sentencia o de un mandato legal, haya surgido una regla clara y definida que vincula un determinado supuesto de hecho con una consecuencia dada; que nadie tiene derecho a la inmutabilidad del ordenamiento, es decir, a que las reglas nunca cambien, por eso el principio de irretroactividad no impide que una vez nacida a la vida jurídica la regla que conecta el hecho con el efecto, no pueda ser modificada o incluso suprimida por una norma posterior; que el principio opera para que una vez que se ha producido el supuesto de hecho condicionante, una reforma legal que cambie o elimine la regla, no pueda impedir que surja el efecto condicionado esperado bajo el amparo de la norma anterior (véanse al respecto sentencias número 1119-90 de las 14:00 horas del 18 de setiembre de 1990, 1147-90 de las 16:00 horas del 21 de setiembre de 1990, 1879-94 de las 17:30 horas del 20 de abril de 1994, 2765-97 de las 15:03 horas del 20 de mayo de 1997, 6771-97 de las 12:15 horas del 17 de octubre de 1997).

Sobre la base de estas consideraciones debe indicarse que los derechos se adquieren y las situaciones jurídicas se consolidan al amparo de normas jurídicas, de sentencias judiciales o de actos administrativos inmodificables en vía administrativa (aclarando al respecto que cuando se produce la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 12 de 21

administrativo, el cual se anula siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, no puede decirse que de previo a la anulación no se haya consolidado una situación jurídica o se haya adquirido un derecho subjetivo, porque lo que sucede en ese supuesto es sencillamente que, tramitando el indicado procedimiento, no se requiere necesariamente acudir al contencioso de lesividad a discutir el asunto).”

Efectivamente, no se puede manifestar que por sí misma, la prohibición sea un derecho adquirido o situación jurídica consolidada, en tanto deben cumplirse una serie de requisitos para su reconocimiento, sin embargo, el análisis realizado, se hace ante la premisa, de que se cuenta con el cumplimiento de la totalidad de dichos requisitos.

Ahora bien, debe realizarse la aclaración, de que la aplicación de los porcentajes asignados de previo a la entrada en vigencia de la Ley 9635, deben ser respetados, siempre y cuando, exista continuidad en la relación laboral, ello atendiendo la Teoría del Estado como Patrono Único.

Sobre esta teoría, la Procuraduría General de la República, en su Dictamen N° C-086-2007 del 23 de marzo de 2007, indicó:

*“La teoría del Estado como patrono único parte de la premisa de que el Estado es un único centro de imputación de derechos laborales, independientemente del ente u organismo específico en el cual desarrolla su actividad productiva el trabajador, **por lo que al trasladarse el empleado de un lugar a otro dentro del Estado, se mantiene su relación de empleo para efectos del reconocimiento de un mínimo de beneficios que la ley contempla para cada caso en particular.***

(...)

Sobre esta teoría, hemos señalado que:

*“Nos referimos a la llamada “Teoría del Estado como patrono único”, y su consecuencia, al decir de reiterados dictámenes de este Despacho, **de que cualquiera que sea la institución a la que se sirva, se labora para un mismo patrono que es el Estado.** Tal teoría fue ampliamente desarrollada por nuestra jurisprudencia de empleo en el pasado (en la que se fundamentaron aquellos dictámenes) y puede asegurarse que hasta sirvió de inspiración a la citada ley N° 6835, en cuanto quedó plasmado en ella el reconocimiento de antigüedad contenido en el inciso*

20 de diciembre de 2018
AJ-OF-554-2018
Página 13 de 21

d) que se adicionó el numeral 12³ de la Ley de Salarios de la Administración Pública.

Sí cabe hacer la observación de que tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa citadas, refirieron el reconocimiento de antigüedad no sólo a la materia de aumentos anuales, sino también a las llamadas prestaciones legales, así como a las vacaciones y pensiones.

Con respecto a la jurisprudencia de empleo, y a manera de ilustración, es del caso hacer mención de la sentencia de la Sala Segunda de la Corte Nº 34 de 9:40 hrs. del 5 de marzo de 1993 (citada por la Nº 269 de 9:30 hrs. del 16 de septiembre de 1994, que constituye una verdadera pieza jurídica sobre el tema del reconocimiento de la antigüedad en sus diversas manifestaciones, y donde también se hace referencia a la evolución jurisprudencial ocurrida en ese campo).

En una parte del fallo citado de primero, podría decirse que se condensa lo expuesto hasta ahora en el presente estudio, al sostenerse allí que: “...originalmente el reconocimiento de la antigüedad se hizo aplicando la figura del ESTADO PATRONO UNICO, pero con no poca debilidad, sobre todo, pensando en el principio de la unidad estatal como patrono y en algunos casos, relacionándolo con la otra teoría de la relación estatutaria, fundamentada esta última en el artículo 191 de la Constitución Política...no cabe duda, que el reconocimiento de la antigüedad en cuanto a la prestación de servicios para el Estado y sus instituciones ha venido avanzando en cuanto a los derechos respecto de los que se hacía el correspondiente reconocimiento, a saber, vacaciones, aguinaldo, preaviso, auxilio de cesantía, aumentos anuales, jubilaciones y pensiones; ...” (el destacado es nuestro).

De lo anteriormente expuesto, resulta claro que la idea que siempre ha privado, y que se desprende tanto de la normativa escrita, como de la doctrina patria y jurisprudencia que la informan, ha sido la del reconocimiento de la antigüedad en el servicio público -para efecto de aumentos anuales- únicamente por servicios prestados en el ámbito del sector público estatal.

De ahí que si bien en el texto del inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública se utilizó el término “Sector Público”, deba necesariamente entenderse que el legislador, siendo consecuente con los antecedentes a que se ha hecho referencia, lo que

³ Modificado mediante Ley 9635 “Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas”.

20 de diciembre de 2018
AJ-OF-554-2018
Página 14 de 21

tuvo en mente, también fue reconocer exclusivamente el tiempo de servicios prestados en el sector estatal.”

(...)

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho reiteradamente:

*“Del principio de que el Estado es en realidad uno sólo, se deriva la conclusión de que **en la relación de servicio que lo liga con sus servidores, el Estado es un mismo patrono y que no tiene importancia distinguir en cuál de las diversas dependencias públicas se prestó el servicio** al establecer la antigüedad, servida para efectos de salario como servidor activo, o como requisito para acceder a la jubilación”*

*(S.C.Voto No. 433-90 de las 15:30 horas del día 27 de abril de 1990)”
(Dictamen C-358-2006 del 8 de setiembre del 2006)*

*A partir de los anteriores criterios jurisprudenciales, se ha sostenido que **al trasladarse un funcionario de un puesto a otro dentro del Sector Público, la relación de empleo que mantiene dicho funcionario en las diferentes dependencias públicas, debe computarse como una sola**, a efectos de proceder al reconocimiento de los derechos laborales que le correspondan.*

Ahora bien, la regulación anterior no hace diferencia alguna en cuanto al tipo de contratación de empleo que ostente el trabajador público, ya que la única condición que se impone para su aplicación es precisamente el carácter de empleado estatal, por lo que en nuestro criterio, y como regla de principio, la aplicación de la teoría del Estado como único centro de imputación de obligaciones laborales resulta de aplicación también para aquellos trabajadores contratados por un plazo determinado.

En este punto nos parece importante recordar que el ordenamiento jurídico de empleo establece dos tipos de contratos de trabajo en atención al tiempo de duración de los mismos: los contratos a tiempo indefinido, que son la regla general, y los contratos a plazo definido, que son de naturaleza excepcional.

A partir de esta distinción, el Código de Trabajo establece también una diferencia en cuanto a las consecuencias económicas por la terminación de cada uno de los contratos señalados. En el caso de los contratos a

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 15 de 21

plazo, al vencer el término estipulado para la realización de la obra o trabajo, la ruptura de la relación de empleo no da derecho al trabajador a recibir ninguna indemnización, al tenor de lo preceptuado por el artículo 82 de aquel cuerpo normativo; en el tanto que al término de la relación de empleo en los contratos a plazo indeterminado y sin que exista causa justa para dicha ruptura, se genera a favor del trabajador el derecho a percibir el auxilio de cesantía y el preaviso, según lo estipulado en los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo.

Como se puede desprender de lo expuesto, las diferencias existentes entre el contrato de trabajo a tiempo indefinido y el contrato de trabajo a plazo fijo, están referidas a aspectos concretos en cuanto a la duración del contrato y los efectos de la terminación de los contratos, siendo que los demás elementos de la relación de empleo se mantienen, por lo que podemos indicar que en ambos tipos de contratos, los trabajadores mantienen su condición de empleados estatales y por ende, se encuentran cubiertos por el principio del Estado como Patrono Único.

No obstante lo señalado, debe advertirse que el principio del Estado como unidad de imputación de obligaciones laborales, está referido a un grupo determinado de derechos mínimos cuya existencia previa será derivada de las diferentes normativas que regulen las relaciones de empleo específicas de los trabajadores. Bajo esta inteligencia y ante la ausencia de una norma que permita el reconocimiento de determinados derechos o beneficios laborales, no podrá considerarse la aplicación de esta norma para extender los derechos contemplados en una relación de empleo a otra que no los contemple”. (El resaltado no corresponde al original)

Bajo esta misma tesitura, en el Dictamen N° C-256-2013 del 15 de noviembre del 2013 señaló:

*“Distinto es el caso de que su reincorporación a laborar sea en otra corporación municipal e incluso en otras dependencias del Estado, en cuyo caso aplicaría plenamente la restricción contenida en la norma del artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo, en el entendido que **al trasladarse el trabajador a laborar de un lugar a otro dentro del aparato estatal (teoría del Estado como patrono único), se considera que la relación laboral es continua** – ya sea que el nuevo vínculo tenga carácter indefinido o a plazo fijo, incluidas las contrataciones por servicios especiales (C-317-2006, C-086-2007 y C-273-2012, entre otros)- y en caso de no haber transcurrido un tiempo igual al representado por la suma recibida en calidad de auxilio de*

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 16 de 21

cesantía al momento de reincorporarse a laborar, deberá devolver los dineros proporcionales que en condición de auxilio de cesantía haya recibido, de conformidad con el salario percibido por el servidor.” (Dictamen C-120-2013 del 1° de julio del 2013)”. (El resaltado no corresponde al original)

En virtud de lo indicado, debe aclararse que dentro del Régimen Estatutario hay situaciones que producen la ruptura de la relación de empleo público y otras, que erróneamente se ha considerado que producen esta ruptura.

Para ello, es menester indicar que de conformidad con lo estipulado en el artículo 51 del Estatuto de Servicio Civil, los casos no previstos en este cuerpo legal, se resolverán entre otros, de acuerdo con lo establecido en el Código de Trabajo. El cual en su artículo 153, puntualmente en su último párrafo regula que:

“ No interrumpirán la continuidad del trabajo, las licencias sin goce de salario, los descansos otorgados por el presente Código, sus reglamentos y sus leyes conexas, las enfermedades justificadas, la prórroga o renovación inmediata del contrato de trabajo, ni ninguna otra causa análoga que no termine con éste”. (El resaltado es de quien redacta)

Con ello, podemos extraer que dicho numeral señala que las causales que contiene, no producen la interrupción de la continuidad del trabajo, por ende, al existir la continuidad laboral, los derechos del funcionario persisten. Además, debe tomarse en consideración, que cualquier tipo de movimiento de personal dentro de la misma Institución o de una Institución a otra, tampoco producen una ruptura en la relación laboral; ello en razón de que no existe una nueva relación de servicios, al tratarse de un único patrono, como lo es el Estado.

Por su parte, se debe señalar que la reglamentación vigente de la Ley 5867, contenida en el Decreto Ejecutivo número 22614-H del 22 de octubre de 1993, denominado: “*Reglamento para el pago de compensación económica por concepto de prohibición*”, no fue modificado por la entrada en vigencia de la Ley 9635.

El artículo 1 de dicho Decreto establece el ámbito de aplicación de la compensación por prohibición, al señalar que resulta aplicable para el personal de la Administración Pública, según la normativa específica que así lo dispone:

“Artículo 1.- Establecer el presente reglamento que regirá el pago de la compensación económica instituida en la Ley N° 5867 de 15 de diciembre de 1975 y sus reformas para el personal de la Administración Pública que esté afectado por la prohibición en razón

20 de diciembre de 2018
AJ-OF-554-2018
Página 17 de 21

de la profesión que ostente, o del cargo y de la labor que desempeña, según la normativa específica que así lo disponga”. (El resaltado es de quien redacta)

Asimismo, el artículo 24 de dicho cuerpo normativo señala de manera taxativa las causales por las que cesará el pago por concepto de prohibición, al indicar:

“Artículo 24.- Cesará el pago por concepto de prohibición cuando:

- a) Se haya concedido sin haber sido autorizado por una disposición legal previa.*
- b) Habiéndose autorizado el pago, se demuestre que los documentos presentados por el servidor para tal fin, contengan algún vicio, o que por alguna otra razón hayan hecho incurrir en error a la Administración.*
- c) El servidor contravenga las disposiciones contenidas en los artículos 20,21, y 22 de este reglamento.*
- d) El servidor sea trasladado o ascendido a un puesto que no se encuentre afectado por prohibición.*
- e) El servidor sea trasladado con su puesto a un programa que no se halle afectado por el pago de dicho concepto, salvo disposición legal en sentido contrario.*

No obstante lo anterior, en los casos de reubicación se mantendrá el pago por concepto de compensación económica por prohibición.

Artículo 25: Los servidores cuyos puestos estén contemplados por la Ley N° 5867, y resulten afectados por modificaciones al Manual Descriptivo de Clases, conservarán el derecho al pago de los montos por concepto de prohibición que venían devengando en sus puestos.

Este derecho lo mantendrán también, cuando sean ascendidos o sus puestos reasignados, en ambos casos, a clases comprendidas en la misma estructura ocupacional afectado por cambios en el Manual Descriptivo de Clases”.

Finalmente, es relevante citar que el artículo 1 del Estatuto de Servicio Civil estipula:

20 de diciembre de 2018
AJ-OF-554-2018
Página 18 de 21

*“Artículo 1.- Este Estatuto y sus Reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, **con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, y proteger a dichos servidores**”.* (El resaltado es de quien redacta)

Así, como el artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública, que reza:

“Artículo 4.- La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios”.

De conformidad con lo cual, es menester señalar, que existen además razones de oportunidad y conveniencia, así como de lógica jurídica, que determinan, que realizar una interpretación diferente, produciría afectación a la carrera administrativa de los funcionarios, quienes a todas luces, no estarían dispuestos a asumir mayor responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, ya que de aplicarse la nueva normativa implicaría la reducción de sus porcentajes de prohibición, cuya consecuencia inmediata, sería que la experiencia y conocimiento de dichos funcionarios se desaprovecharía, pues no asumirían dichos cargos, obligándose con esto a que la Administración contrate a nuevos servidores que no tendrían el conocimiento técnico en las materias que manejan las diferentes instituciones públicas, lo cual iría en detrimento de la eficiencia de la Administración.

A manera de ilustración de este párrafo se trae a colación lo estipulado por la Procuraduría General de la República en el Dictamen C -242-2005 del 1 de julio de 2005, en relación con la anualidad, en el tanto señala que:

*“Es un reconocimiento otorgado por la Administración, cuya finalidad es **premiar la experiencia adquirida de sus funcionarios que han permanecido en forma continua prestando sus servicios a ésta. Básicamente, este incentivo es un premio por la antigüedad del funcionario que ha dedicado su esfuerzo, experiencia y conocimiento adquirido en el transcurso de los años para ponerlo al servicio de un solo patrono, en este caso del Estado y sus instituciones**.”* (El resaltado es de quien redacta)

De lo cual, se determina que siempre ha existido un fin único, de incentivar a los funcionarios que han dedicado su esfuerzo, experiencia y conocimiento al servicio de la Administración Pública, de manera tal, que de la lectura integral de la Ley 9635, y en relación con otros incentivos y compensaciones, se desprende que su objetivo, no es la

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 19 de 21

afectación de los funcionarios que forman parte de la Administración, antes de la entrada en vigencia de la Ley 9635, del 4 de diciembre de 2018.

En este apartado conviene señalar que, del análisis de las actas de discusión de la Ley 9635, se puede determinar que el espíritu del legislador, fue que la normativa que entraría en vigencia se aplicaría a futuro, sin ocasionar perjuicio alguno a los funcionarios, al aplicarse la misma de manera retroactiva.

Seguidamente se citarán algunas de las exposiciones que realizaron los señores Diputados, que conllevan a concluir lo aquí desarrollado, así como de diversas mociones planteadas por los señores Diputados Sandra Pizsk Feinzilber y Ottón Solís Fallas⁴, Pedro Muñoz⁵, José María Villalta Flórez-Estrada⁶, entre otros.

Entre dichas exposiciones se citan las siguientes frases:

“(...) De esa parte. Y yo creo que es importante que quede claro que detrás de todo este asunto, hay un esfuerzo por reconocer que el Estado es un patrón único, que independientemente donde se labora, es el Estado, y la plata sale del mismo presupuesto, porque se ha interpretado a través de los años, de que la autonomía es absoluta, y la autonomía no es absoluta”.⁷ Diputada Pizsk Feinzilber

“(...) Yo, en tema de empleo público, inclusive, presenté un proyecto de ley que busca unificar los catorce regímenes de empleo público en uno, para nuevos empleados públicos y siempre se lo hice ver así a Albino Vargas y a algunos dirigentes sindicales del sector público, para nuevos empleados públicos”.⁸ Diputado Guevara Guth

“(...) El empleado público per sé no tiene la culpa, es el sistema que ha permitido que esto crezca de esta manera. No ha habido reglas uniformes, un modelo de empleo público que nos permita controlar y tener un sistema que sea transparente.

... Aquí aclarar: no es el empleado público, son las políticas que a lo largo de todos estos años y las mimas normas que han venido permitiendo la situación que hoy tenemos”.⁹ Diputada Acosta Zúñiga

⁴ Ver folio 1319 de las Actas de discusión de la Ley 9635.

⁵ Ver folio 12632 de las Actas de discusión de la Ley 9635.

⁶ Ver folios 17880, 17882, 17886, entre otros de las Actas de discusión de la Ley 9635.

⁷ Ver folio 333 de las Actas de discusión de la Ley 9635.

⁸ Ver folio 333 de las Actas de discusión de la Ley 9635.

⁹ Ver folio 1123 de las Actas de discusión de la Ley 9635.

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 20 de 21

*“(…) Como parte de nuestras bases fundacionales como partido político, creemos que el sector productivo público y privado, incluyendo a los trabajadores y sus familias, “merecen un marco institucional y regulatorio que potencie la eficiencia, incremente la productividad, la inversión, el crecimiento y el empleo, y mejore la calidad ambiental y el uso sostenido de nuestros recursos naturales. Lo anterior con el objetivo central de disminuir sostenidamente la pobreza, mejorar la equidad, la inclusión social y las oportunidades, complementado con un mejor diseño de los programas sociales. Creemos en un programa económico al servicio de las personas, para recuperar la vocación de servicio y potenciar el desarrollo humano, en particular de los más necesitados del país”.*¹⁰
Diputado Avendaño Calvo.

Del análisis realizado esta Asesoría Jurídica, arriba a las siguientes conclusiones:

1. 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.
2. La Ley 9635 establece los porcentajes de pago de compensación por prohibición, pero no impone la restricción para el ejercicio liberal de su profesión a ningún funcionario.
3. Con la entrada en vigencia de la Ley 9635, se establecen nuevos porcentajes de compensación por prohibición. Se reformó el artículo 1 inciso b) de la Ley 5867, y se derogaron los incisos c) y d) de dicho numeral. No se hizo referencia a ninguna reforma o derogatoria expresa, del inciso a) de dicho artículo, por ende debe entenderse que existe una reforma tácita al artículo 1 inciso a) de la Ley 5867, cuyo porcentaje correspondería a un 30%.
4. No existe antinomia entre el contenido de los artículos 1 y 5 de la Ley 5867, por cuanto los mismos regulan supuestos fácticos diferentes con consecuencias jurídicas distintas.
5. Los porcentajes otorgados a los funcionarios sujetos al pago de compensación por prohibición, previo a la entrada en vigencia de la Ley 9635, deben mantenerse incólumes siempre y cuando, exista una continuidad en la relación de servicios, de conformidad con la Teoría del Estado como Patrono Único.

¹⁰ Ver folio 19380 de las Actas de discusión de la Ley 9635.

20 de diciembre de 2018

AJ-OF-554-2018

Página 21 de 21

6. Igual supuesto aplica a los funcionarios que se encontraban laborando para la Administración Pública, antes del 3 de diciembre de 2018 y que devengaban el pago compensatorio por prohibición, y que producto de la carrera administrativa sean nombrados por cualquier tipo de movimiento de personal, dentro de la misma Institución o de una Institución a otra; ya que mantienen las condiciones laborales bajo las cuales, fueron contratados.

7. Del análisis legal efectuado, se concluye que a los funcionarios que ingresaron a prestar servicios a la Administración Pública, por primera vez a partir del 4 de diciembre del 2018, así como a aquellos funcionarios que formen parte de la Administración Pública, pero que por primera vez se les otorgue la compensación por prohibición, les resulta aplicable la nueva normativa.

En espera de haber atendido sus consultas, con la amplitud que el ejercicio de su cargo requiera.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Irma Velásquez Yánez
DIRECTORA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA