

3 de junio de 2021
AJ-OF-215-2021

Señora
Daniela García Quirós
Dirección de Asuntos Jurídicos
Ministerio de Trabajo

ASUNTO: Reconocimiento del porcentaje de incentivo por concepto de Prohibición.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de Asesoría Jurídica, se procede a atender su consulta, remitida a esta Dependencia, vía correo electrónico el 24 de mayo de 2021, la que en lo que interesa señala:

“Mi nombre es Daniela García Quirós trabajo para el Ministerio de Trabajo y Seguridad social desde hace más de 8 años, desde hace un año logré concluir mis estudios universitarios, sin embargo, me genera la duda en cuanto a la prohibición, quisiera saber que pasa si gano un concurso como profesional no entraría dentro de la ley de finanzas de finanzas públicas en vista de que la misma entró a regir el 1° de julio del 2019 y en mi caso tengo más de 8 años laborando en la función pública.

Me podrían indicar como funciona, es que he consultado en el Departamento de Recursos Humanos y me dicen que me tendrían que pagar conforme a la nueva ley lo cual no me queda claro tomando en cuenta que como ya lo mencioné tengo más de 8 años de servicio y dicha ley se aprobó en el 2019.”

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

“...a) Asesoría Jurídica: Asesorar al más alto nivel jerárquico institucional y a los niveles intermedios en la toma de decisiones que tengan trascendencia jurídica a nivel interno de la institución y externo de las instituciones que conforman el Régimen de Servicio Civil, así como; emitir criterios para asegurar la correcta aplicación del orden jurídico vigente en las actuaciones de la Dirección General, en su relación con las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil y los administrados, para lo cual deberá aportarse el criterio jurídico del área legal de la institución consultante. Le corresponde

3 de junio de 2021

AJ-OF-215-2021

Página 2 de 5

también monitorear permanentemente el entorno político y legislativo y presentar modificaciones a nuevos productos que la dinámica jurídica requiera...”.

Por lo anterior, 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. Bajo ese marco regulatorio, se tiene que las consultas de naturaleza jurídica que se sometan a estudio, versan sobre el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Efectuada la aclaración anterior, se debe indicar que la resolución del caso planteado, resulta competencia del órgano superior jerárquico de la Institución cubierta por el Régimen de Servicio Civil respectiva, dado que el análisis y reconocimiento de incentivos salariales o compensaciones económicas es competencia propia de la Administración Activa, y no de esta Asesoría Jurídica.

No obstante lo anterior, a modo de colaboración, se analizará su consulta desde una perspectiva general, para tal efecto, previo a abordar el tema de estudio, es indispensable que la consultante tenga presente que la normativa aplicable a esta figura fue modificada a través de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, publicada en el Alcance N° 202 de La Gaceta N° 225 del 4 de diciembre de 2018; así como por las disposiciones reglamentarias contenidas en el Decreto Ejecutivo N° 41564-MIDEPLAN-H “Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 referente al Empleo Público”, publicado en el Alcance N° 38 de La Gaceta N° 34 del 18 de febrero de 2019 y sus reformas.

Ahora bien, se trae a colación el artículo 36 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en el que se establecen los porcentajes de compensación económica que deben cancelarse a los funcionarios cuyo puesto se encuentre sujeto al régimen de prohibición, el cual dispone:

“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.”*

3 de junio de 2021

AJ-OF-215-2021

Página 3 de 5

Este artículo, se encuentra complementado por los numerales 9 inciso b) y 10 del Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, en los que se establecieron las condiciones que deben cumplir los servidores públicos, para que les resulten aplicables o no estos nuevos porcentajes. Al efecto el artículo 9 inciso b) dispone:

*“Artículo 9.- Prohibición. Los porcentajes señalados en el artículo 36 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635, así como aquellos señalados en las reformas legales a los regímenes de prohibición del artículo 57 de esa misma ley, **resultan aplicables a:***

(...)

*b) Los servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635, **no se encontraban sujetos al régimen de prohibición y que de manera posterior a la publicación cumplen los requisitos legales respectivos.***

(...)” (Lo resaltado el propio)

Por su parte, el artículo 10 del Reglamento supra citado, **establece:**

*“Artículo 10.- Servidores sujetos al régimen de prohibición previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635. Los porcentajes señalados en el artículo 36 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, Ley N°2166, de 9 de octubre de 1957, así como aquellos señalados en las reformas legales a los regímenes de prohibición del artículo 57 de esa misma ley, **no resultan aplicables a:***

(Así reformado el párrafo anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 42163 del 20 de enero del 2020)

*a) Los servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635 **se encontraban sujetos a algún régimen de prohibición y mantengan la misma condición académica.***

*b) **Los servidores sujetos al régimen de prohibición, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N°9635, de 3 de diciembre de 2018, en razón de los incisos b), c) y d) del artículo 1° de la Ley de Compensación por pago de Prohibición, Ley N°5867, del 15 diciembre de 1975, que procedan a modificar dicha condición con referencia a Bachillerato, Licenciatura o superior.***

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 42163 del 20 de enero del 2020)

3 de junio de 2021

AJ-OF-215-2021

Página 4 de 5

c) **Aquellos movimientos de personal a través de las figuras de ascenso, descenso, traslado, permuta o reubicación, sea en la misma organización en la que se labora o entre instituciones, órganos y empresas del Estado indicadas en el artículo 26 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, N°2166 de 9 de octubre de 1957, siempre que el servidor se hubiese encontrado sujeto a algún régimen de prohibición, previo a la publicación de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635, de 3 de diciembre de 2018 y siempre que exista continuidad laboral. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 2° del decreto ejecutivo N° 42163 del 20 de enero del 2020)** (Lo resaltado el propio)

Por consiguiente, resulta claro que, para que la Administración pueda determinar el porcentaje por concepto de pago de prohibición que corresponde a un servidor público que presta sus servicios a Administración, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635, sea el 4 de diciembre de 2018, es indispensable determinar si este se encontraba previamente sujeto o no al pago de dicho incentivo. Tesis que ha sido sostenida por la Procuraduría General de la República en su dictamen N° C-116-2020 del 2 de abril de 2020, al indicar:

“...En el caso de ascensos lo importante para mantener los porcentajes de compensación económica anteriormente previstos, no es que el puesto al que se es promovido esté sujeto a la prohibición, sino que el servidor ascendido se hubiese encontrado sujeto a algún régimen de prohibición previo a la publicación de la Ley N° 9635 (esto es el 4 de diciembre de 2018) -art. 10 c) del Decreto Ejecutivo N°41564-MIDEPLAN-H vigente-. En caso contrario, de no encontrarse previamente sujetos a ningún régimen de prohibición, sino posteriormente a aquella publicación y con motivo del ascenso, los nuevos porcentajes señalados por el artículo 36 de la citada Ley No. 2166 les resultarían aplicables -9 inciso b) Ibidem...” (El resaltado no pertenece al texto original)

Así las cosas, de la jurisprudencia administrativa y normativa citada, se puede concluir que, en caso de ascenso, descenso, traslado, permuta o reubicación de servidores públicos, la aplicación de los nuevos porcentajes establecidos en el artículo 36 de la citada Ley N° 2166, dependerá de si este se encontraba sujeto o no al régimen de prohibición, previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635 y su reglamento, sea el 4 de diciembre de 2018; así como a que exista una norma dentro del ordenamiento jurídico que justifique el pago de dicho incentivo en el nuevo puesto asignado.

Para tal efecto, corresponde a la Administración, ajustarse y verificar que se cumplan los elementos fácticos y jurídicos establecidos por el legislador; así como aplicar la normativa correspondiente y consecuentemente adoptar a las medidas pertinentes para obtener una solución justa para el funcionario. Lo anterior, dado que es esta, quien cuenta con los

3 de junio de 2021

AJ-OF-215-2021

Página 5 de 5

insumos necesarios para determinar las condiciones y situaciones jurídicas en que se encuentra el funcionario previo a cualquier movimiento.

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

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

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Jaklin Urbina Álvarez
ABOGADA