



Informe de Investigación

Título: JURISPRUDENCIA RELACIONADA AL ARTÍCULO 34 DE LA LEY GENERAL DE CONTROL INTERNO

Rama del Derecho: Derecho Laboral	Descriptor: Derecho laboral individual
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Prohibición, salario.
Fuentes: Normativa, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 04/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Normativa.....	1
a) Ley General de Control Interno.....	1
3 Jurisprudencia.....	2
a) Necesaria aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia salarial.....	2
b) Aspectos relacionados al cálculo del salario.....	22
c) Análisis respecto al inciso e) del artículo 34 de la Ley General de Control Interno.....	28
d) Análisis del plus salarial por concepto de prohibición.....	39

1 Resumen

En el presente informe de investigación se incorporan las resoluciones judiciales que analizan distintos aspectos relacionados al artículo 34 de la Ley General de Control Interno

2 Normativa

a) Ley General de Control Interno



[ASAMBLEA LEGISLATIVA]¹

Artículo 34.—Prohibiciones. El auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna, tendrán las siguientes prohibiciones:

- a) Realizar funciones y actuaciones de administración activa, salvo las necesarias para cumplir su competencia.
- b) Formar parte de un órgano director de un procedimiento administrativo.
- c) Ejercer profesiones liberales fuera del cargo, salvo en asuntos estrictamente personales, en los de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad y afinidad hasta tercer grado, o bien, cuando la jornada no sea de tiempo completo, excepto que exista impedimento por la existencia de un interés directo o indirecto del propio ente u órgano. De esta prohibición se exceptúa la docencia, siempre que sea fuera de la jornada laboral.
- d) Participar en actividades político-electorales, salvo la emisión del voto en las elecciones nacionales y municipales.
- e) Revelar información sobre las auditorías o los estudios especiales de auditoría que se estén realizando y sobre aquello que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los funcionarios de los entes y órganos sujetos a esta Ley.

Por las prohibiciones contempladas en esta Ley se les pagará un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base.

3 Jurisprudencia

a) Necesaria aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia salarial

[SALA SEGUNDA]²

Resolución: 2008-000713

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas diez minutos del veinticinco de agosto del dos mil ocho.

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, por LIDITTE CRUZ RODRÍGUEZ, LINO BARBOZA DÍAZ, soltero, MIGUEL UMAÑA HERNÁNDEZ, soltero, ANGÉLICA PORRAS CHACÓN, LIZBETH SALAZAR VALENZUELA y EUGENIA MÉNDEZ SANDÍ, soltera, contra CORREOS DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA, representado por su apoderado generalísimo el licenciado Álvaro Coghi Gómez, abogado y vecino de Cartago. Actúa como apoderado especial judicial de los actores el licenciado Fabián Volio Echeverría. Todos mayores, casados, auditores y vecinos de San José, con las excepciones indicadas.

Resultando:

- 1.- Los actores, en escrito fechado siete de setiembre del dos mil cuatro, promovieron la presente acción para que en sentencia se declarara: "a) Que se admita la demanda y se otorgue traslado a la empresa Correos de Costa Rica, S.A. b) Que en sentencia se declare con lugar la demanda y en consecuencia, que la empresa Correos de Costa Rica, S.A. debe pagarnos la suma equivalente al 65% sobre el salario único y total que devengamos, conforme lo impone el artículo 34 de la Ley N° 8292 y no sobre el salario base de referencia que artificialmente se nos impuso. c) Que la empresa Correos de Costa Rica S.A. debe cancelar las sumas no pagadas por no aplicar el 65% sobre nuestro salario único, así como las sumas proporcionales correspondientes al aguinaldo, al fondo de pensiones, asociación solidarista, y otros, desde el día que nos fue impuesto el régimen de prohibición decretado por el artículo 34 de la Ley N° 8292. d) Que la empresa Correos de Costa Rica S.A. debe pagarnos los intereses, las costas procesales y personales y los daños y perjuicios causados por sus actos".
- 2.- El apoderado generalísimo de la demandada contestó la acción en los términos que indicó en el memorial de fecha veinte de diciembre del mil cuatro y opuso las excepciones de falta de derecho, prescripción y la genérica de sine actione agit.
- 3.- El juez, licenciado Francisco Hernández Quesada, por sentencia de las diez horas siete minutos del diecisiete de agosto del dos mil seis, dispuso: "De conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución, citas de ley y jurisprudencia invocadas, así como lo estipulado en el numeral cuatrocientos noventa y tres del Código de Trabajo, se rechazan las defensas procesales de Falta de Derecho, la denominada Genérica o Sine Actione Agit, y la de Prescripción, interpuestas por la parte demandada al contestar esta acción, y se declara CON LUGAR el presente Proceso Ordinario Laboral establecido por Lidiette Cruz Rodríguez, Lino Barboza Díaz, Miguel Umaña Hernández, Angélica Porras Chacón, Lizbeth Salazar Valenzuela, y Eugenia Méndez Sandí en contra de Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, por lo que, se condena a esta última empresa a cancelarle a los actores lo correspondiente al sesenta y cinco por ciento de prohibición, estipulado en el párrafo final de la Ley N° 8292, o Ley General de Control Interno, pero tomando como base de cálculo el denominado salario único percibido, que es el equivalente material al salario base o de categoría profesional en la empresa demandada, y correspondiente a estos accionantes en sus funciones o labores, debiendo ser este pago retroactivo a la fecha de implementación de tal ley en la sociedad demandada, incluyéndose las



diferencias que pudiesen existir en los aguinaldos, fondo de pensiones, asociación solidarista, y otros, ponderados sobre una base de cálculo errónea, tal y como se determinó, considerando eso sí los montos y porcentajes que por tal concepto ya fueron girados a los accionantes, realizando la correspondiente imputación, al menos parcial. Asimismo, se condena al accionado Correos de Costa Rica Sociedad Anónima al pago de los intereses legales que se generen sobre los montos y saldo fijados, sean los correspondientes a los depósitos a seis meses plazo, del Banco Nacional de Costa Rica, y a partir de la exigibilidad de cada uno de los derechos aprobados, y hasta el efectivo pago de lo debido, mismos que serán liquidados en etapa de ejecución de sentencia, correspondiendo este pago a lo correspondiente a los daños y perjuicios irrogados a los accionantes, por tratarse de una obligación dineraria, a tenor del artículo setecientos seis del Código Civil. Igualmente, se condena a la empresa accionada al pago de ambas costas, fijando las personales en un dieciocho por ciento de la condenatoria. Se advierte a las partes que, esta sentencia admite el recurso de apelación, el cual deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de tres días. En ese mismo lapso y ante este órgano jurisdiccional también se deberán exponer, en forma verbal o escrita, los motivos de hecho o de derecho en que la parte recurrente apoya su inconformidad; bajo el apercibimiento de declarar inatendible el recurso (artículos 500 y 501 incisos c) y d); Votos de la Sala Constitucional números 5798, de las dieciséis horas veintiún minutos del once de Agosto de mil novecientos noventa y ocho y 1306 de las dieciséis horas veintisiete minutos del veintitrés de Febrero de mil novecientos noventa y nueve y Voto de la Sala Segunda número 386, de las catorce horas veinte minutos del diez de Diciembre de mil novecientos noventa". [sic]

4.- El apoderado de la sociedad demandada apeló y el Tribunal de Trabajo, Sección Segunda, del Segundo Circuito Judicial de San José, integrado por los licenciados Eugenie Salas Chavarría, Víctor Ardón Acosta y Ana Luisa Meseguer Monge, por sentencia de las once horas veinte minutos del veintiuno de diciembre del dos mil siete, resolvió: "Se declara que en el presente proceso no existen vicios implicativos de nulidad o indefensión. Se confirma el fallo recurrido en lo que ha sido objeto del recurso".

5.- La parte demandada formuló recurso para ante esta Sala en memorial de data seis de marzo del dos mil siete, el cual se fundamenta en los motivos que se dirán en la parte considerativa.

6.- En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Vega Robert; y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES: El 14 de setiembre de 2004, los actores formularon demanda para que en sentencia se declarara: a) que la empresa demandada debe pagarles la suma equivalente al 65% sobre el salario único y total que devengan, conforme lo impone el artículo 34 de la Ley nº 8292 y no sobre el salario base de referencia que artificialmente se les impuso; b) que debe cancelarles las sumas no pagadas por no aplicar el 65% sobre su salario único, así como las sumas proporcionales correspondientes al aguinaldo, al fondo de pensiones, Asociación Solidarista, y otros, desde el día que les fue impuesto el régimen de prohibición decretado por el artículo 34 de la Ley nº 8292; y c) que debe pagarles los intereses, costas personales y procesales, y los daños y perjuicios causados por sus actos. Como fundamento de su pretensión afirmó que la Junta Directiva de Correos de Costa Rica S.A., tomó los acuerdos nº 2481 de 11 de diciembre de 2003 y



el n° 2512 bis de 5 de enero de 2004, por el que se rechazó aplicar el artículo 34 de la Ley General de Control Interno, Ley n° 8292, que obliga a los funcionarios de la Auditoría Interna de todas las instituciones u oficinas públicas, a someterse al régimen de prohibición de ejercer la profesión fuera de horas de oficina. En el segundo acuerdo, n° 2512 bis, la Junta Directiva admitió que la demandada debe pagarles el porcentaje que indica el artículo 34 de la Ley General de Control Interno, Ley n° 8292, pero les degradó el salario y aprobó un aumento de treinta y tres mil colones, nada más, porque consideró que el porcentaje restante estaba contenido en el salario. Añadió que cuando la Junta Directiva presentó ante la Autoridad Presupuestaria la petición para el pago de ese salario, modificado apenas parcialmente por el pago del régimen de prohibición, la Autoridad Presupuestaria rechazó el aumento de salario por oficio STAP-0166 del 17 de febrero de 2004, porque existe una grave contradicción en los acuerdos adoptados por la Junta Directiva. Refirió que la Junta Directiva de la sociedad accionada dice que el pago por concepto de prohibición está incluido en el salario, pero a la vez aprueba aplicar la Ley de Control Interno y autoriza el pago del 65% por prohibición. Así, queda evidenciada la ilegalidad de los acuerdos, porque se ha creado artificialmente un salario base de referencia y no se han respetado sus salarios verdaderos, en contra de sus derechos adquiridos. Además, primero negó la obligación de pagarles la prohibición, y después empleó un salario base de referencia artificial y declaró que el pago por concepto de prohibición está incluido en el salario. Asimismo, el régimen jurídico de prohibición para el ejercicio de la profesión nunca existió en Correos de Costa Rica S.A., y por ello la única norma que lo creó es la Ley n° 8292, por lo que el salario actual no contempla pago alguno por ese, ni ningún otro concepto similar, de modo que no existen partidas o componentes de ningún tipo en sus salarios. Añadió que las licenciadas Lizbeth Salazar Valenzuela, Eugenia Méndez Sandí y Lidiette Cruz Rodríguez fueron contratadas por la Dirección Nacional de Comunicaciones y laboran en la Auditoría Interna, la primera de ellas ingresó el 1° de julio de 1987, y a la Auditoría el 28 de agosto de 1990; la segunda el 1° de diciembre de 1988 y a la Auditoría el 1° de diciembre de 1999; y la tercera el 15 de agosto de 1994 al 1° de noviembre de 2002. Afirmó que durante el período que fue empleada de la Dirección Nacional de Comunicaciones del Ministerio de Gobernación, bajo el Régimen del Servicio Civil, a la Lic. Salazar Valenzuela se le pagó prohibición para ejercer la profesión en forma liberal desde el 1° de setiembre de 1990 al 30 de agosto de 2000, con fundamento en la Ley 5867, artículo 15, del 15/12/1975 y sus reformas. Pero, el 30 de agosto de 1998 entró en vigencia la Ley de Correos n° 7768, que creó una nueva empresa estatal denominada Correos de Costa Rica S.A. y rompió el Régimen del Servicio Civil (artículo 16 Ley de Correos). La nueva ley declaró que las relaciones laborales se regirían por el Código de Trabajo. Con base en esa Ley, la nueva administración elaboró una nueva escala salarial, aprobada mediante acuerdo 500 del 23 de agosto de 1999 y entró en vigencia el 1° de enero de 2000, de conformidad con el acuerdo 701 del 17 de enero de 2000. Señaló que según los incisos b) y c) del acuerdo 701, la Junta Directiva de Correos S.A., dictó: b) Se autoriza a la Administración a negociar con los funcionarios del caso, un finiquito (liquidación) de las prestaciones laborales, sobre los denominados pluses (derechos adquiridos); condición sine qua non para que se aplique la nueva escala salarial a cada uno de los empleados individualmente. c) De no aceptar el empleado respectivo la liquidación a la que hace referencia el inciso anterior, se procederá a congelar el salario que actualmente devenga, sin aplicársele el establecido en la nueva escala, con el fin de evitar distorsiones en los niveles de puestos, hasta el momento en que ambos montos se equiparen. De esta manera, la licenciada Salazar Valenzuela firmó el finiquito el 30 de agosto de 2000, cuyo salario con pluses, incluidos carrera profesional, anualidades y prohibición, era de ₡282.090,00. Después de firmado el finiquito, el salario de esta auditora fue reducido en ₡32.090,00, quedando en ₡250.000,00. A partir de esa fecha los auditores de la Auditoría Interna de Correos de Costa Rica S.A., que venían laborando para la Dirección Nacional de Comunicaciones, empezaron a ejercer su profesión en forma liberal fuera de horas de oficina, debido a que el Código de Trabajo no estipula régimen alguno de prohibición para el ejercicio de la



profesión fuera de oficina, hasta la entrada en vigencia de la Ley General de Control Interno, n° 8292 de 4 de setiembre de 2002. Los demás trabajadores de la Auditoría Interna, licenciados Angélica Porras Chacón, Lino Barboza Díaz y Miguel Ángel Umaña Hernández, fueron contratados por la empresa estatal, la primera de ellas, el 1° de diciembre de 1998, y los otros dos, el 15 de marzo de 2002, sin que nunca les indicaran en forma verbal ni escrita, ni se les pagó monto alguno por prohibición para el ejercicio liberal de la profesión. Afirmó que a la entrada en vigencia de la Ley General de Control Interno, ganaban un salario único, cuyo cálculo se estableció tomando en cuenta solamente los salarios base (de acuerdo con lo manifestado por el Lic. Alfaro de la L.A. Consultores, empresa que elaboró el nuevo manual de puestos, fundamento de la nueva escala salarial aprobada mediante acuerdo n° 500). Es decir, el salario no está compuesto de ningún elemento, sino que es una única compensación salarial, no está compuesto el salario por un salario base, ni por otros pluses como antigüedad, carrera profesional, prohibición, dedicación exclusiva, etcétera, ya que se rompieron los contratos de trabajo con el Estado y fueron sustituidos por contratos privados. El artículo 34 de la Ley General de Control Interno, n° 8292, obligó a los funcionarios de la Auditoría Interna de todas las instituciones u oficinas públicas a no ejercer la profesión fuera de horas de oficina. Estableció un régimen de prohibición absoluto para el ejercicio de la profesión. Además, para compensar este nuevo régimen, ordenó el pago del 65% por sobre el salario base, como indemnización para los funcionarios de las Auditorías, debiendo quedar sus salarios de la siguiente manera: salario base ¢293.223,68; prohibición 65%: ¢190.595,40; y salario total ¢483.819,08. De hecho, cuando se aprobaron aumentos de salario a los trabajadores de la accionada, el cálculo se efectuó sobre sus salarios únicos que devengaban a la fecha. Prueba de ello es el acuerdo 2114 del 3 de febrero de 2003, en que se aprobó un aumento de ¢6.000,00 sobre el salario, perteneciente al primer semestre de 2003, quedando su salario en ¢299.223,68. Posteriormente, mediante acuerdo 2340 del 18 de agosto de 2003 se aprobó otro aumento de ¢4.000,00 para un nuevo salario de los auditores de ¢303.223,68, correspondiente al segundo semestre de 2003. Por sobre este salario, la Junta Directiva aprobó un aumento del 3.5% mediante acuerdo 2564 de 5 de febrero de 2004, para el primer semestre, quedando el salario en ¢313.836,50, mismas que actualmente devengan. La Junta Directiva tomó el acuerdo n° 2481 de 8 de diciembre de 2003, según el cual no es posible desmenuzar o descomponer el salario total único, en el que se encuentra implícito el reconocimiento de exclusividad y prohibición como trabajadores a tiempo y disponibilidad completos, por lo que aplicar el pago adicional del 65% de prohibición al salario existente, alteraría negativamente la escala salarial vigente en la empresa para todo el personal, creándose un desfase en la estructura salarial actual. Contra ese acuerdo interpuso recurso de revocatoria, admitiendo en el acuerdo 2512 bis, que Correos de Costa Rica debía pagarles la prohibición, de conformidad con el artículo 34 de la Ley General de Control Interno, sobre un salario base de referencia de acuerdo al ajuste que deberá hacer la Administración de la empresa, tomando en cuenta que para identificar el salario base del salario único, reestructurar o desmenuzar el salario de los auditores regidos por el Código de Trabajo, en sus diversos componentes y extraer un salario base similar al que perciben los demás auditores en la categoría del puesto correspondiente, y con base en el criterio y recomendación técnica emitidas por la Gerencia de Administración y Finanzas de la empresa, según oficios GAF-1534-03 y GAF-1635-03, se establece como salario base de referencia para el pago de la prohibición que interesa, el salario devengado por un auditor profesional en el Servicio Civil. Señaló que esta propuesta degrada el salario y aprueba un aumento únicamente de ¢33.000,00, porque consideró que el porcentaje restante ya estaba contenido en el salario, es decir, que ya se les pagaba por concepto de prohibición, lo que no es cierto. Del mismo modo, enviaron una "Solicitud de adición y aclaración del acuerdo 2512 Bis", mediante documento de fecha 20 de enero de 2004. Ante esa solicitud, la Junta Directiva en sesión ordinaria n° 472 del 26 de enero de 2004, emitió el acuerdo 2546 bis, que señala: "...Se acuerda. Aclarar y adicionar dicho acuerdo en el siguiente sentido. 1. El salario total de los auditores y demás empleados de Correos de Costa Rica, S.A., incluyó el monto que



devengaban por concepto de prohibición como funcionarios de la antigua Dirección Nacional de Comunicaciones. Lo anterior en el caso concreto de los auditores se desprende claramente lo siguiente. A) El salario global (salario base más pluses) de un auditor antes de la entrada en vigencia de la Ley de Correos rondaba el monto de doscientos once mil colones exactos, y con la entrada en vigencia de la Ley de Correos y en la fijación del salario único de los auditores, el mismo se fijó en doscientos cincuenta mil colones exactos...Las razones por las cuales esta Junta Directiva ordenó el pago de la prohibición sobre el salario base y no sobre el salario único de los auditores, la encontramos en el mismo texto de la Ley de Control Interno, la cual claramente en el último párrafo del artículo 34 ordena el pago sobre el salario base, veamos “Por las prohibiciones contempladas en esta Ley se les pagará un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base”. Refirió que los señores de la Junta Directiva en este acuerdo afirmaron en el inciso a) del punto 1), que “el salario global (salario base más pluses) de un auditor antes de la entrada en vigencia de la Ley de Correos rondaba el monto de doscientos once mil colones exactos, y con la entrada en vigencia de la Ley de Correos y en la fijación del salario único de los auditores, el mismo se fijó en doscientos cincuenta mil colones exacto”, lo que no es cierto, en razón de que a los señores auditores de Correos, licenciada Lizbeth Salazar Valenzuela y licenciado Víctor Hugo Mena Gómez (pensionado en este momento), al firmar el finiquito, vieron disminuido el salario, la primera en ₡32.090,00, y el segundo en ₡63.477,00. Agregó que cuando la Junta Directiva presentó ante la Autoridad Presupuestaria el pago de ese salario, modificado apenas parcialmente por el pago del régimen de prohibición, rechazó el aumento de salario por oficio STAP-0166 de 17 de febrero de 2004, porque existe una grave contradicción en los acuerdos adoptados por la Junta Directiva. En efecto, dice que el pago por concepto de prohibición está incluido en el salario, pero a la vez aprueba aplicar la Ley de Control Interno y autoriza el pago del 65% por concepto de prohibición, con que queda evidenciada la ilegalidad de los acuerdos (folios 1 a 29). El apoderado generalísimo sin límite de suma de la sociedad accionada contestó en forma negativa la demanda y opuso las excepciones de prescripción, falta de derecho y la genérica de sine actione agit. Alegó que si bien es cierto los auditores tienen derecho a la compensación económica según lo dispone el ordinal 34 de la Ley de Control Interno, éste se reconoce sobre un salario base y no sobre un salario único. Si la ley habla de un salario base para reconocer el plus salarial del 65%, mal podría la empresa aplicar el 65% al salario único como lo pretenden los actores, en trasgresión al ordenamiento jurídico. Por ello, la Junta Directiva, dispuso en Acuerdo nº 2481 de fecha 11 de diciembre de 2003, apartado b), lo siguiente: “...no es posible desmenuzar o descomponer su salario total único, en el que se encuentra implícito el reconocimiento de exclusividad y prohibición como trabajadores a tiempo y disponibilidad completos. Decidir lo contrario y aplicar el pago adicional del 65% de prohibición al salario existente, alteraría negativamente la escala salarial vigente en la empresa para todo el personal de Correos de Costa Rica S.A., creándose un desfase en la estructura actual y generándose un impacto económico perjudicial para la empresa...”. Invocó que los actores omiten decir que con la promulgación de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Correos de Costa Rica quedó sujeta a la Autoridad Presupuestaria, y por ende, al ámbito de cobertura de las directrices y lineamientos emitidos por dicho ente, incluso en lo relativo a salarios, empleo, inversión y endeudamiento. Esta situación jurídica ha coadyuvado a que el sistema o estructura salarial que se reconoce a los empleados de Correos de Costa Rica, se mantenga según ha venido operando, únicamente considerando la supeditación que debe respetar a los lineamientos y directrices emanadas por la Autoridad Presupuestaria. Esta circunstancia obliga a elevar a dicho ente, todo lo concerniente a materia salarial para su aprobación, porque de no ser así, la Contraloría no aprueba las partidas presupuestarias por dichos conceptos. Afirmó que desafortunadamente en el ir y venir de gestiones realizadas por su representada, en relación con este tema ante la Autoridad de referencia, se han ocasionado una serie de discrepancias, que han dado como resultado que a la fecha no se haya aprobado la propuesta que enviara la Junta Directiva a la Autoridad Presupuestaria, contenida en el Acuerdo nº 2479, inciso a), referente a la



procedencia del 65% y el estudio técnico solicitado por la Junta Directiva, para definir el salario base de dicho personal (Vid. Prueba nº 5). Por su parte, la Autoridad en respuesta, mediante oficio STAP-0166-04 del 17 de febrero, informa que rechaza la propuesta, en los siguientes términos: (...)

“...Del acuerdo anterior, se desprende que la administración cuando definió el salario total o único de los funcionarios de la auditoría de planta, consideró implícito el incentivo de la prohibición; no obstante, ante un recurso de revocatoria la Junta Directiva dispuso acoger parcialmente el recurso planteado mediante acuerdo 2512 bis; de manera que de conformidad con el inciso f) de dicho acuerdo, se estableció como salario base de referencia para el reconocimiento de la prohibición para dichos funcionarios, el salario devengado por un auditor profesional en el Servicio Civil, quedando para los auditores de la siguiente manera: salario base ¢294.266,00 -Prohibición ¢132.772,90- Salario total ¢337.038,90. Agrega que con asiento a lo anterior, la Autoridad Presupuestaria considera que la propuesta presentada conlleva a un incremento salarial, lo cual no es concordante con lo indicado en el oficio STAP-1785-03, en el que se solicitó el desglose del salario total, pues de acuerdo con la información presentada, el salario al 30 de junio de 2003 de los trabajadores de planta en aquel entonces era de ¢303.223,65, mientras que en la propuesta el salario total superaría dicho monto en ¢33.815,25 (Vid. Prueba nº 6). De lo que se colige que al no aprobarse la propuesta, no podrían dar como cierto, como lo afirman los actores, que el aumento aprobado fuera de ¢33.000,00, cuando lo cierto, es que, tal evento en la práctica nunca se dio. Refirió que la Junta Directiva no ha creado un salario base artificial, como se alega, pues lo cierto es que para llegar a la fijación de un salario base, se efectuaron los estudios técnicos de rigor, el cual por disposición de ley, se utiliza como base para determinar el monto correspondiente a la compensación del 65% (Vid. Misma prueba nº 3). Asimismo, que no es cierto que la empresa negara el pago de la compensación, sino que el mismo se encontraba implícito en el salario, evitando con ello caer en un doble pago. Señaló que los auditores que venían de CORTEL, cuando se les estableció el salario único y a los efectos de no perjudicarlos, la empresa para los fines de fijarles el salario único, tomó en cuenta los pluses que venían disfrutando cuando eran empleados públicos; no así a los auditores que contrató Correos de Costa Rica, a los cuales se les fijó un salario único de ¢250.000,00 mensuales, aunque posteriormente se les equiparara el salario. Respecto a la diferencia de salarios entre la señora Salazar Valenzuela y Mena González, explicó que se debe a que la primera tenía 11 anualidades, mientras que el segundo, 23, por lo que no es cierto que su salario disminuyera (folios 128 a 145). El Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, en sentencia nº 3401 de las 10:07 horas del 17 de agosto de 2006, declaró con lugar la demanda. Obligó a la empresa demandada a cancelar a los actores, el 65% de prohibición, estipulado en el párrafo final de la Ley nº 8292, o Ley General de Control Interno, pero tomando como base el cálculo denominado salario único percibido, que es el equivalente material al salario base o de categoría profesional en la empresa demandada, correspondiente a los accionantes en sus funciones o labores, retroactivo a la fecha de implementación de tal ley en la sociedad accionada, incluyéndose las diferencias que pudieran existir en los aguinaldos, fondos de pensiones, Asociación Solidarista y otros, ponderados sobre una base de cálculo errónea, tal y como se determinó, considerando los montos y porcentajes que por tal concepto ya fueron girados a los accionantes, realizando la correspondiente imputación, al menos parcial; intereses legales que se generen sobre los montos y saldos fijados, a partir de la exigibilidad de cada uno de los derechos aprobados y hasta el efectivo pago, que serán liquidados en la etapa de ejecución de sentencia, correspondiente a los daños y perjuicios irrogados a los accionantes, por tratarse de una obligación dineraria; y ambas costas del proceso, fijando las personales en el 18% de la condenatoria (folios 338 a 356). El apoderado generalísimo sin límite de suma de la sociedad accionada formuló recurso de apelación (folios 365 a 374). El Tribunal de Trabajo, Sección Segunda del mismo circuito judicial, en voto nº 2033 de las 11:20 horas del 21 de diciembre de 2007, confirmó la sentencia recurrida (folios 402 a 413).



II.- AGRAVIOS: El apoderado especial judicial de la sociedad demandada se muestra inconforme con lo resuelto en la instancia precedente. En concreto, los extremos que se impugnan son: a) CONSIDERANDO IV. PRIMERO. a- Pagar la prohibición sobre el salario único y total que devengan los demandantes. Como se observa en las dos instancias, se resolvió que la prohibición debía de pagarse sobre el salario único, que devengan los demandantes. Su representada ha venido apoyando su defensa y lo hace también el recurso, con el argumento de que su actuación se basó en lo que ordena el artículo 34 de la Ley de Control Interno, la cual dispone que la prohibición se pagará sobre un salario base y no sobre un salario único. Tan es así, que se presentó en este juicio, un estudio técnico tratando en lo máximo posible de reestructurar o desmenuzar el salario de los auditores regidos por el Código de Trabajo y normas anexas de sus diversos componentes, y de esa forma extraer el “salario base” similar al que perciben los demás auditores en la categoría del puesto correspondiente. El estudio en cuestión fue debidamente acreditado en autos, más sin embargo, tanto en la sentencia de primera y segunda instancia, le restaron valor probatorio, es decir, no lo consideraron y por ende, se inaplicó. Por otra parte, si se compara el “salario base” que le acredita el tribunal a los auditores de Correos de Costa Rica, y se coteja con los demás auditores en la categoría del puesto correspondiente, se nota que están muy por encima de aquellos. El hecho de que la sentencia de primera y segunda instancia, no considerarán el estudio técnico en cuestión y, por ende lo inaplicó, es el quid de este asunto. Acusa que el tribunal comete un error, toda vez, que echa de menos que la Junta Directiva de Correos de Costa Rica está plenamente facultada, según el artículo 8°, inciso g) de la Ley nº 7768, para definir las políticas en materia de personal. De este modo al quedar excluida Correos de Costa Rica del Servicio Civil, se diseñó un sistema o estructura salarial, a través de la cual se creó un Manual de Puestos, que fijó un salario único para cada puesto, incluido desde luego el de los auditores de planta. No omito manifestar que los estudios técnicos, para la creación del Sistema o Estructura Salarial, así como el Manual, fueron realizados por una consultoría externa, contratada para dichos efectos. Esta estructura salarial, es la que se ha venido aplicando, y se aplica a todos los empleados de Correos de Costa Rica, desde que entró a regir la Ley nº 7768 (28 de agosto de 1998), la cual por su parte, ha sido respetada por la Autoridad Presupuestaria, desde que entró a regir la Ley 8131, en virtud de la irretroactividad de la ley. Lo mismo acontece con la Procuraduría General de la República, cuando ha tratado el tema de la relación laboral de los empleados de Correos de Costa Rica que, en lo interesa ha señalado: “Dichas disposiciones no implican, sin embargo, que el sistema o estructura salarial que se reconoce a los empleados de la empresa en cuestión, deba sufrir variación alguna. Únicamente la supeditación a que quedan afectos respecto a los lineamientos y directrices tantas veces mencionadas”. Se estima que el error es de apreciación, porque el yerro consistió en desconocer y desaplicar el sistema o estructura salarial, que regula las relaciones con todos los servidores de Correos de Costa Rica S.A., de tal manera, que en dicho instrumento se determinan los salarios de los empleados que trabajan para esta empresa. Asimismo, el tribunal echó de menos el sistema o estructura salarial que funciona en Correos de Costa Rica, omisión que considera sumamente grave, debido a que según la sentencia, afecta la estructura salarial creada, y por ende quebranta el principio de igualdad salarial del resto de los trabajadores; ya que no había razón para darles a los actores un trato distinto. Reitera que Correos de Costa Rica tiene un régimen salarial propio, muy diferente al que rige para los servidores públicos. Debido a lo anterior, es un hecho innegable que sus empleados, en su relación laboral se rigen por disposiciones del Derecho Laboral común y, no por normas del Derecho Público. En cuanto a la desaplicación de normativa especial, el ad quem opta -en forma errónea- por desconocer e inaplicar la estructura salarial imperante, que es violatorio al principio de irretroactividad de la ley. Siguiendo las reglas de la lógica, supone como principio, la estructura salarial. En abono a lo anterior, es inadmisibles que no se les comunicara a los trabajadores como lo



señala la sentencia -incluyendo a los auditores- que por los servicios prestados se les pagaría un salario único. Aquí es interesante reflejar la situación fáctica de los demandantes antes de que entrara en vigencia la Ley de Control Interno. Desde dicha perspectiva, estos trabajadores ejercían su profesión liberal, sin restricción alguna, puesto que, conocían de antemano que no se les reconocía ningún plus salarial, solamente el incremento por costo de vida, que recoge la Convención Colectiva vigente, en su artículo 47 que dice: “Los ajustes de salarios para los empleados de Correos de Costa Rica S.A, corresponde recibirlos de acuerdo al incremento salarial que acuerde el Consejo Nacional de Salarios”. Ahora bien, después de promulgada la Ley de Control Interno, entró a regir la prohibición que cubre a este grupo de trabajadores, a partir del 4 de setiembre del dos mil dos. Debido a lo anterior, no es cierto que su representada, no les comunicara a los actores las condiciones laborales, en que fueron contratados, tal y como se afirma en la sentencia recurrida. b- Otro aspecto que no se comparte de la sentencia, se relaciona con la entrada en vigencia de la Ley General de Control Interno, cuando se dice que es partir de la misma, que a los auditores internos la demandada les fijó un salario único, cuyo cálculo lo estableció tomando en cuenta solamente los salarios bases. Aquí se reitera el argumento supra indicado, en el acápite precedente. Nótese que la estructura salarial, por la que se rigen los empleados de Correos de Costa Rica, data del 28 de agosto de 1998, cuando entra en vigencia la Ley de Correos. Lo anterior significa que la Ley General de Control Interno; es posterior a la Ley 7768; por lo que no se podría afirmar, como lo hace la sentencia, que a los auditores se les fijó un salario único a partir de la Ley de Control Interno, por las razones expuestas. Por otra parte, no se fundamenta cuáles fueron los motivos que incidieron, para llegar a semejante conclusión. c- El tribunal vuelve a cometer otro error, cuando dice que todos los auditores provenían de la antigua Dirección Nacional de Comunicaciones y, que al transformarse dicha entidad en Correos de Costa Rica, recibieron una indemnización sobre derechos adquiridos. En cuanto a este punto, basta remitirse a la prueba documental, en donde se demuestra que no todos ellos provenían de la extinta Dirección Nacional de Comunicaciones, lo que desvirtúa su aserto. d- Por último, en lo referente a los comprobantes de pago que estipula “salario base”, es cuestión de compararlo con el resto de los auditores que laboran en otras instituciones, para llegar a la conclusión de que son muy superiores, tal y como, se demuestra en el estudio técnico aportado en autos. El desacuerdo del tribunal se da en la esfera objetiva de la prueba. Solicita entonces modificar en lo conducente la sentencia de alzada. **CONSIDERANDO IV. SEGUNDO.** I- En este apartado se reprocha los argumentos ahí esbozados, bajo el argumento de que Correos de Costa Rica, se negara a reconocerles la prohibición. Sobre este particular, lo que sucedió en un primer momento fue el de tener cuidado que no se les efectuara un doble pago por prohibición, tal y como lo estatuye la Ley de Control Interno. Desde dicha perspectiva, se tomaron las providencias del caso, y después de un análisis pormenorizado, se concluyó que efectivamente la prohibición no estaba incluida en el salario único. Ahora, como la prohibición debía de pagarse sobre un salario base, -posición que no comparte el tribunal-, se les fijó un salario base sobre el cual se pagaría la prohibición y no sobre el salario único tal como lo resolvió el tribunal. El afirmar que no se expuso ningún razonamiento para tomar tal decisión, no lo comparte, puesto que, se efectuó el estudio técnico tratando en lo máximo posible reestructurar o desmenuzar el salario de los auditores regidos por el Código de Trabajo y normas anexas de sus diversos componentes, y de esa forma extraer el “salario base” similar al que perciben los demás auditores en la categoría del puesto correspondiente, tesis que no comparte el Tribunal de Alzada. II- Se dice que esas (...) “determinaciones son contrarias porque no se demostró que el salario único de los actores es diferente a lo que se conoce jurisprudencial y doctrinariamente como salario base...”. Se reprocha lo resuelto, por cuanto, en nuestro criterio en este proceso, no se discutía por el fondo el tema del salario único, sino que por el contrario, se ha discutido el tema del salario base, sobre el cual se pagaría la prohibición. Se resalta que no existe ninguna relación, entre un salario base y un salario único. Esa Sala en lo que interesa señaló: (...) “El salario base es un elemento del salario total de los trabajadores del Sector Público, mientras



que el salario total es un concepto que comprende no sólo el salario base (salario de clase más aumentos por costo de vida), sino que engloba todos aquellos pluses salariales que, por otros conceptos percibe el trabajador”. Por su parte el salario único, es un esquema remunerativo que se utiliza en la Administración Pública, en el cual no se reconoce el pago de pluses salariales. Es importante señalar que este esquema viene funcionando desde el 18 de agosto de 1998. Parece ilógico que se pretenda tomar como parámetro la Ley de Salarios de la Administración Pública, que rige para los trabajadores del Sector Público y aplicarla sin ningún sentido jurídico a Correos de Costa Rica, en contraposición a lo que prescribe la Ley de Correos. Existe reiterada jurisprudencia a nivel jurisdiccional y administrativa de que la relación laboral de los empleados de Correos de Costa Rica, se rige por disposiciones del Código de Trabajo, sin hacer distingo alguno como si lo hace la sentencia recurrida. Es claro entonces que, el “salario único global”, no admite la existencia de pluses salariales, salvo el reconocimiento semestral por costo de vida, mientras que el tribunal lo entiende como una base, a la que se debe agregar cualquier plus salarial. Como punto final, la Ley 7768, faculta a la empresa en materia de personal, para la toma de decisiones en asuntos concretos, por lo tanto la sentencia recurrida no analiza esta situación jurídica y, por el contrario aplica disposiciones de Derecho Público. Es un hecho que esta litis, se supedita al pago del 65% de prohibición sobre un salario base, mas sin embargo y, en contravención a las normas del Derecho Laboral, concluye que el salario único equivale a un “salario base”. Que a tenor de lo expresado, no se comparte la tesis del tribunal, cuando señala que no se demostró que el salario único de los actores es diferente a lo que se conoce jurisprudencial y doctrinariamente como salario base. Es lógico suponer, que al estar frente a un esquema salarial, diferente al que se aplica a los servidores públicos, el cual si define el salario base y el salario total, no se encuentra sustento jurídico, como para aplicarlo a Correos de Costa Rica. Por otra parte, es menester traer a colación, el tema del salario único en el siguiente sentido: cuando se adoptó por la creación del salario único, se tomaron en cuenta una serie de parámetros objetivos tales como: naturaleza y complejidad de las funciones que desempeña el trabajador, grados de responsabilidad e importancia del trabajo, atestados académicos y profesionales, experiencia del empleado en otros puestos similares o de características parecidas etc. La idea fue, el de que, el salario único de los trabajadores respondiera a la realidad de la empresa del mercado y le permitiera a la empresa tener funcionarios competentes y altamente calificados. Desde esta perspectiva, los salarios debían ser competitivos, de forma tal que Correos de Costa Rica estuviera en posición de contratar mejores profesionales del mercado y, de esa forma llevar a la empresa a niveles de rentabilidad óptimos en un mundo de competencia. Pensar de otra forma, sería privar a Estado, sus instituciones y sus empresas, de personal más calificado, hecho que no resulta ni racional ni conveniente para el interés público. Es cierto que a los auditores se les esté reconociendo un 4.092% por prohibición, debido a lo ordenado por la Autoridad Presupuestaria. Situación que no comparte la sentencia recurrida, al señalar que en ese orden de ideas, no es aceptable la solicitud de su representada ante la Autoridad Presupuestaria, pidiendo tener por aprobado el pago de la prohibición. A este respecto, es importante acotar que, Correos de Costa Rica, por Ley 8131 queda afecta a los lineamientos y directrices de la Autoridad Presupuestaria, por tanto, era un deber contar con la aprobación de dicho ente. Aquí el asunto fue que los actores no estuvieron de acuerdo con el porcentaje aprobado por dicha Autoridad, recurriendo a la vía jurisdiccional a hacer valer sus derechos, dándoles la razón de que debía reconocérseles el 65% por concepto de prohibición sobre el salario único y no sobre un salario base como lo ordena la Ley de repetida cita. Rechaza el argumento de que sea conforme al artículo 34 de la Ley de Control Interno, que corresponde al pago del 65%, en concepto de prohibición que es vinculante para la parte patronal, fundamentándose para ello en el principio de legalidad del artículo 11 de la Constitución Política, desarrollado en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública a lo que están sujetas todas las actividades de la Administración Pública, comprendidas entre ellas las de la empresa demandada como ente de interés público independiente de la erogación que deba de realizar. Este argumento no lo comparte,



por las siguientes razones: En primer lugar no se está ante un caso regido por un régimen estatutario y por ende, no es de aplicación el Derecho Público y sus principios, claro está en materia laboral. Esa sala en la sentencia n° 154 de las 10:30 horas del 1° de marzo del 2005, en lo que interesa dijo: (...) “De esta manera, sus actuaciones, para ser consideradas legítimas y exigibles, deben estar sustentadas en el ordenamiento jurídico, tomando en cuenta, por supuesto, la legislación particular del ente que rige las relaciones de servicio, la que será complementada en todo aquello que sea omisa por otras normas del ordenamiento jurídico que regulen, en forma general, las relaciones de servicio en el sector público”. De acuerdo a lo anterior, su representada no desconoció, en los términos que aduce la sentencia, el principio de legalidad, pues no ignoró la normativa general que regula el tema de la prohibición. Lo que realmente ocurrió fue que hubo que fijar un salario base, como se indicó antes, y con ello se respetó el principio de legalidad. Pareciera que quien vulneró el principio de legalidad, fue el tribunal al darle a la norma un sentido mucho más amplio, que lo que prescribe, habida cuenta de que por vía de integración consideró que el salario único es igual al “salario base”. En este punto disentimos de lo resuelto en la sentencia impugnada, por cuanto Correos de Costa Rica resolvió este asunto apegado a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, y también, por la Autoridad Presupuestaria y la opinión jurídica de la Procuraduría General de la República. IV- Sobre el tema del salario básico y el salario total, señala que para comprender por qué el salario único por la demandada no corresponde a este último, se cita el voto n° 309 de esta sala de las 10:00 horas del 3 de diciembre de 1997, el cual por el fondo define aspectos relacionados con el salario base y el salario total que rige para el Sector Público. En primer lugar no podemos dejar de puntualizar que ese voto, no se refiere a un caso como el que se discute en el sub-lite. Así el mismo, define el salario base como un elemento del salario total de los trabajadores del sector público. El salario total, por su parte, es un concepto que comprende no sólo el salario base, sino que engloba el total de las remuneraciones que por otros conceptos percibe el trabajador. Más bien por el contrario, debe acotarse que el salario único es un esquema remunerativo, que entra en vigencia cuando nace a la vida jurídica “Correos de Costa Rica S.A.”, el cual por su propia naturaleza es muy diferente a la escala utilizada en el Sector Público, por ende, no es dable su aplicación. Se señala además (...) “Como se observa en el caso subjúdice que la empleadora no ha determinado el plus salarial que reclaman los demandantes según corresponde en una empresa de interés público, sujeta el Derecho Público, según el apartado 2 del artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública, que establece en forma clara que los entes públicos aunque en la actividad se consideren empresas públicas están sujetos en su organización al Derecho Público y no al Privado, concluyendo que al regirse la actividad de la demandada por el Derecho Privado, el régimen de empleo es de Derecho Común en cuanto a lo disciplinario, despidos, vacaciones y otros, pero sujeta al Derecho Público en cuanto a las regulaciones y directrices del Poder Ejecutivo relacionadas con la materia de gobierno, formando parte de ésta lo relativo a inversión, endeudamientos, salarios y empleo, entendiéndose el último elemento distinto al disciplinario y, por ende, también sujeta a la Autoridad Presupuestaria, según el inciso c) del artículo 1° de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos...”. Equivoca su análisis el tribunal en su aseveración: a) Porque, en cuanto a que Correos de Costa Rica, su régimen es de Derecho Común, en cuanto a lo disciplinario, despidos, vacaciones y otros, pero sujeta al Derecho Público en cuanto a regulaciones y directrices del Poder Ejecutivo relacionadas con la materia de gobierno, no compartimos la tesis esbozada. Eso no es así, por cuanto, dado el carácter mixto que se le reconoce al régimen jurídico que se aplica, es dable enfatizar que en la empresa prevalece la legislación laboral para normar las relaciones con sus empleados, siempre y cuando no se vea desplazada por disposiciones de orden superior propias del Derecho Público, que resultan ser las del artículo 1°, inciso c) de la Ley 8131. Dichas disposiciones no implican, sin embargo, que el sistema o estructura salarial que se reconoce a los empleados de Correos de Costa Rica, deba sufrir variación alguna. Únicamente la supeditación a que quedan afectos respecto a los lineamientos y directrices de la Autoridad Presupuestaria. Por



otra parte, los Tribunales de la República, dicen lo contrario. Así tenemos que esa sala en su resolución n° 370 de las 15:00 hrs. del 11 de noviembre de 1994, en resumen señala (...) “Todos esos entes tendrán su particular régimen y, en el caso del las empresas del Estado, el mismo es de índole privado, en vista de las exigencias de su giro”. La Sala Constitucional en cuanto a la relación laboral de los empleados de Correos de Costa Rica, señaló: (...) “Por medio de la promulgación de la Ley 7768, la Dirección Nacional de Comunicaciones desapareció como órgano de la Administración Pública, naciendo a la vida jurídica una sociedad anónima estatal, con una naturaleza jurídica

distinta a la que poseía la anterior Dirección Nacional de Comunicaciones y, por ende, regida en cuanto a la relación laboral de sus empleados, por las normas comunes de la contratación privada. Tan es así, que el artículo 3 de dicha ley, y en cuanto a las normas aplicables, remite al Código de Trabajo y leyes conexas, tratándose de situaciones de índole laboral. En razón de ello, las disposiciones contenidas en el artículo 192 de la Carta Magna, no alcanza más a los funcionarios contratados por la empresa Correos de Costa Rica S.A, ya que los puestos que ocupan por accesión, fueron excluidos del Servicio Civil, por cuanto dicha empresa dejó de ser pública y su régimen contractual es completamente privada”. (Vid. Res. 2002-08883 de las 8:45 horas del 13 de setiembre del dos mil dos de la Sala Constitucional. (En el mismo sentido Res. 2004-09326 de las 9:38 horas del veintisiete de agosto del 2004). Como se colige de las jurisprudencias transcritas, ninguna de ellas, con respecto a su relación laboral, se refiere al Derecho Público, como sí lo hace la sentencia recurrida, agregando que además, no hacen ningún distingo en cuanto a la aplicación del Derecho Laboral Común, como ciertamente lo hace la sentencia de alzada. b) Para sustentar la tesis de que Correos de Costa Rica, es una empresa de interés público, sujeta al Derecho Público, se apoya en el apartado 2 del artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública, que establece según la sentencia, en forma clara que los entes públicos aunque en la actividad se consideren empresas públicas están sujetos en su organización al Derecho Público y no al Privado. Por considerar una errónea interpretación, rechaza lo resuelto por el Tribunal de Alzada. Con la cita anterior concluye que al regirse la actividad de la demandada por el Derecho Privado, el régimen de empleo es de Derecho Común en cuanto a lo disciplinario, despidos, vacaciones y otros, pero sujeta al Derecho Público en cuanto a las regulaciones y directrices del Poder Ejecutivo relacionadas con la materia de gobierno. Sustenta su tesis en la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos n° 8131. No se comparte lo resuelto por el tribunal, por los siguientes motivos: Análisis del apartado 2 del artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública: La interaplicación del derecho público y del derecho privado: En general, la Ley establece que a los sujetos de derecho público no sólo se les aplica el derecho público, sino también, el derecho privado; y ello lo hace en varias normas. En primer lugar, el artículo 1° de la Ley, al definir los entes que forman parte de la Administración Pública, como sujetos de derecho, precisa que cada uno tiene su personalidad jurídica, “y capacidad de derecho público y privado “cuándo se aplica en uno u otro, está definido en el artículo 3° de la Ley, así: 1- El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario. 2- El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro pueden estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes”. De esa norma se deduce lo siguiente: los entes públicos se rigen por el derecho público tanto en su organización como en su actividad, salvo norma expresa en contrario. Sin embargo, cuando estos entes públicos realicen actividades industriales y comerciales (empresas públicas), también le será aplicable el derecho privado, y decimos “también” pues no sólo se rigen por el derecho público. En el mundo contemporáneo ya no existe la distinción matemática en la aplicación de las ramas del derecho público o privado a los sujetos del derecho público, sino que, en realidad, hay siempre una interaplicación de las mismas a dichos entes públicos, con preponderancia de uno u otro, según la naturaleza de su actividad. Aquí nos surge el interrogante: ¿Qué debe entenderse por ente público



en la expresión del artículo 2° de la Ley? ¿Sólo los entes descentralizados con forma de derecho público o también la Ley abarca los entes descentralizados con forma de derecho privado y creados por el Estado por la vía del derecho privado? La intención global de la Ley, pareciera ser la primera alternativa, por lo que las empresas del Estado creadas por las vías ordinarias del derecho mercantil, no serían “entes públicos”, sino entes descentralizados con forma de derecho privado, recogidos íntegramente por el derecho mercantil. Así las cosas, nótese que el apartado 2 del Artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública, no establece como se afirma en la sentencia, que en forma clara los entes públicos aunque en la actividad se consideren empresas públicas, están sujetos en su organización al Derecho Público y no al Derecho Privado. Aquí se confunde el tribunal, porque fundamenta su tesis, citando el apartado 2 del Artículo 3 de la Ley supra indicada, cuando lo cierto es que, ese apartado se aplica a las empresas públicas, según se analizó anteriormente, es un yerro que hay que resaltar. Más bien, pareciera que entrelaza un apartado con el otro. La precisión de normas que regulan con exclusividad algunos sujetos de derecho: Por otra parte, la ley establece un sistema de normas destinadas a regular exclusivamente a los sujetos de derecho sometidos a sus regulaciones, en la siguiente forma: las normas que regulan la actividad administrativa del Estado sólo se aplican supletoriamente a los entes descentralizados; y las que regulan estos entes, no se aplican a la Administración del Estado. En efecto, la Ley General, en su artículo 2° establece lo siguiente: 1- Las reglas de esta Ley que regulan la actividad del Estado se aplicarán también a los otros entes públicos, en ausencia de norma especial para esto. 2- Las reglas que regulan a los otros entes públicos no se aplicarán al Estado, salvo que la naturaleza de la situación requiera lo contrario”. En todo caso, el artículo 2° al definir el ámbito de aplicación de la Ley General, señala su aplicación a la actividad administrativa del Estado, y en ausencia de normas especiales, se aplica también a los entes públicos descentralizados. En cambio, las reglas especiales que regulan estos entes públicos, no se aplican a la actividad administrativa del Estado”, salvo que la naturaleza de la situación requiera lo contrario. Como un argumento más, se agrega que Correos de Costa Rica como empresa pública, está sometida excepcionalmente al derecho público en el ejercicio de su actividad como concesionario de un servicio público. En esta materia, en el tanto el servicio continúa siendo público, a pesar del ropaje de que goce, es que deben entenderse en beneficio del público, a las sujeciones y cargas especiales que regulan todos los servicios públicos, por el echo de ser tales, para garantizar la plena satisfacción de la necesidad que intenta llenar. Las reglas de Derecho Público que condicionan el funcionamiento de su representada, son los grandes principios fundamentales del derecho público, continuidad, eficiencia, adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen, e igualdad de trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios. (Artículos 3.1 y 4° de la Ley General de la Administración Pública). De donde resulta que en el caso en estudio, solo estaría exclusivamente dentro del ámbito de esta jurisdicción, los actos emanados de sus relaciones con el administrado, con ocasión de la prestación de ese servicio público. Que en virtud de ese ejercicio privado de funciones públicas, le son igualmente aplicables las disposiciones del Capítulo II, del Libro III, artículo 57 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Constitucional, relativo al amparo contra sujetos de derecho privado, cuando actúen o deban actuar en ejercicio de aquellas funciones o potestades públicas. De allí que la Sala Constitucional en alguna oportunidad haya declarado con lugar recursos de amparo contra Correos de Costa Rica, por violación al derecho de petición. (Sent. 2000-01163 de 8:54 horas de 04 de febrero). La Administración Pública es una organización compleja, situada ante el Derecho Público en una posición especial, de modo que solo puede actuar cuando la ley lo habilita para ello y en los términos precisos de esa habilitación. En su dimensión positiva, el artículo 3° de la Ley n° 7768, define el ámbito normativo por el que se gobierna Correos de Costa Rica, la que se rige por esa ley, su reglamento, el Código de Comercio, el Código Civil, el Código de Trabajo y las leyes conexas. Esto denota que su representada se organiza y rige por el Derecho Privado, en atención a su elasticidad, flexibilidad y sencillez, y no por el Derecho Administrativo. En materia de empleo,



por ejemplo, la Sala Constitucional tiene establecido que su régimen contractual es completamente privado (Cfr. sentencias 6599-98, 9769-99 y 7509-2000). CONSIDERANDO IV - TERCERO: Con relación, al apartado que señala: “Tampoco prima el principio de primacía de la realidad que echa de menos el impugnante, por cuanto en este asunto lo que se debe de acatar en forma estricta es el principio de legalidad, por ser la demandada una empresa de interés público y como tal, como se ha indicado ut supra. Aclarando que tal principio resultaría aplicable a otros aspectos propios de la relación obrero patronal que se regula por el Código de Trabajo, como vacaciones, despidos, jornadas de trabajo, entre otros, no en cuanto a éste que tiene una normativa de orden público concreta por ser un aspecto de índole Laboral, incluido en lo que es materia de gobierno”. No se comparte la tesis del Tribunal, por los siguientes motivos: el ámbito de aplicación de la Ley n° 8232, se encuentra regulado en su primer artículo, el cual dispone: “Artículo 1°----Contenido y ámbito de aplicación. Esta Ley establece los criterios mínimos que deberán observar la Contraloría General de la República y los entes sujetos a su fiscalización, en el establecimiento, funcionamiento, mantenimiento, perfeccionamiento y evaluación de sus sistema de control interno”. La norma es clara en el sentido de que la Ley General de Control Interno es aplicable tanto a la Contraloría General de la República, como a los órganos y entes sujetos a su fiscalización. En el caso de Correos de Costa Rica S.A., el artículo 16 de la Ley de Correos (n° 7768 de 24 de abril de 1998) señala en lo que interesa: “Correos de Costa Rica estará sujeta únicamente a los controles de aprobación, fiscalización de ejecución y liquidación de ejecución y liquidación presupuestaria ejercida por la Contraloría General de la República. Además, el ente (sic) contralor revisará por lo menos una vez al año o cuando lo considere pertinente, todos los actos y la gestión. Al analizar los alcances de la disposición transcrita, la Sala Constitucional ha indicado: “...el artículo 16 de la Ley de Correos hace referencia expresa a la sumisión de la sociedad a la supervisión que ejerce la Contraloría sobre la Hacienda Pública en general. Permite controles de aprobación y fiscalización de la ejecución y liquidación presupuestaria. Asimismo, contempla un control anual, como mínimo y la posibilidad de vigilar todos los actos y gestión de la empresa. La amplitud de las facultades que se conceden a la Contraloría General, contrario al dicho de la promovente -según el cual significa una fiscalización débil-, fortalecen su posición respecto a la empresa, pues le facilitan adaptarse a su acción en cualquier momento y el uso de cualquiera de los instrumentos de vigilancia con que cuenta” (Sala Constitucional, sentencia n° 517-1-98 de las 14:32 horas, del 26 de agosto de 1998). Sin necesidad de profundizar en este asunto, resulta claro que la Ley de Control Interno sí es aplicable a Correos de Costa Rica, y por tanto, el personal de auditoría interna que cumpla los requisitos necesarios para ejercer liberalmente una profesión, tienen derecho al pago de la prohibición, en los términos que prescribe el artículo 34, inciso c) de la Ley 8292. En lo tocante al principio de primacía de la realidad, es claro que no se aplica a los funcionarios públicos, debido a su propia naturaleza, que no es el caso de su representada, porque la relación laboral de los trabajadores de Correos de Costa Rica, se rige por disposiciones de la legislación laboral, aunque se afirme lo contrario, por tanto, el citado principio sí cubre a los empleados. CONSIDERANDO VI.- En lo tocante a la condenatoria de costas, solicita se revoque la sentencia, al estimar que se ha procedido conforme a la luz del principio de legalidad. Si es cierto que el artículo 221 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en esta materia, establece como regla general que la parte vencida debe correr con el pago de las costas. El numeral siguiente prevé la potestad de quien juzga de eximir a la parte vencida de esos gastos en los supuestos expresos ahí contemplados. Si se interpreta su planeamiento de que se ha procedido con evidente buena fe procesal, habría que analizar el trasfondo del asunto, dado que Correos de Costa Rica actuó en este caso conforme a los lineamientos de la Autoridad Presupuestaria y a la opinión jurídica de la Procuraduría General de la República y por ese motivo es factible la exoneración. Lo que realmente se debe considerar es el propósito del legislador, de aquellos trabajadores que los afecte, a partir de ese momento la prohibición se les indemnice con un reconocimiento de un 65% sobre su salario base. Con base en lo anterior, fue como actuó Correos de Costa Rica, por lo que, considera no se infringió el principio



de legalidad. El hecho de que el tribunal, no le haya dado al estudio técnico la validez requerida, no significa que no se haya actuado conforme al ordenamiento jurídico. A MANERA DE CONCLUSIÓN, indica lo siguiente: La empresa estableció para sus trabajadores un salario único respetando el monto del salario total de los demandantes. 1) Correos de Costa Rica S.A., empresa pública regida por el Derecho Laboral Privado o Común, lo cual ha sido plenamente corroborado por la Sala Constitucional. (“(...) Según se desprende del texto del artículo transcrito, por medio de la promulgación de la Ley 7768, la Dirección Nacional de Comunicaciones desapareció como órgano de la Administración Pública, naciendo a la vida jurídica una sociedad anónima estatal, con una naturaleza jurídica distinta a la que poseía la anterior Dirección Nacional de Comunicaciones y, por ende, regida -en cuanto a la relación laboral de sus empleados- por las normas comunes de la contratación laboral privada. Tanto es así, que el artículo 3 de dicha ley, y en cuanto a las normas aplicables, remite al Código de Trabajo y leyes conexas, entratándose de situaciones de índole laboral. En razón de ello, las disposiciones contenidas en el artículo 192 de la Constitución Política, no alcanzan más a los funcionarios contratados por la empresa Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, ya que los puestos que ocupan, por acesión, fueron excluidos del servicio civil, por cuanto dicha sociedad dejó de ser pública y su régimen contractual es completamente privado. (...) “Voto # 2004-09326). 2) Con la promulgación de la Ley de Control Interno, 4 años después de la creación de Correos, se fija en ella un plus salarial propio del sector público, es decir se le aplica a Correos (entidad privada para efectos laborales) una normativa pública; y se crea un pago de prohibición a los demandantes sobre un “salario base”, indicando dicha Ley de manera textual lo siguiente: “Artículo 34. Prohibiciones. (...) Por las prohibiciones contempladas en esta Ley se les pagará un sesenta y cinco por ciento sobre el salario base”. 3) En este sentido la Ley de naturaleza pública aplicada a una entidad de naturaleza privada, obligó a Correos, a fijar un salario base de referencia para poder ejecutar la normativa pública o su estructura de salarios de índole privada. Lo anterior incluso coincidiendo con criterios de la Procuraduría General de la República y de la Autoridad Presupuestaria. Veamos: La Procuraduría en el criterio OJ-1 77-2003, señaló: “(...) De acuerdo con las atribuciones que le encomienda el artículo 8 inciso g de la Ley 7768 de reiterada cita, a la Junta Directiva de Correos de Costa Rica, S.A. le incumbiría establecer el parámetro a partir del cual se calcularía la compensación económica de análisis, tratando en lo máximo posible reestructurar o desmenuzar el salario de los auditores regidos por el Código de Trabajo y normas anexas en sus diversos componentes, y de esa forma extraer un “salario base”, similar al que perciben los demás auditores en la categoría del puesto correspondiente. Lo anterior, únicamente para los efectos prácticos de lo que aquí atañe”. Y la Autoridad Presupuestaria mediante STAP-0166-04, señaló: “(...) En virtud de lo anterior, la propuesta presentada no es procedente; lo que esa entidad debe realizar -tal como se solicitó- es el desglose del salario total, considerando los acuerdos de Junta Directiva señalados”. 4) En este sentido el tribunal comete un error al ordenar aplicar el pago de la prohibición sobre un salario total o único (propio de Correos como entidad regida por Derecho Privado) cuando la Ley de Control Interno (normativa pública) establece claramente que el pago debe hacerse sobre un salario base (propio de entidades públicas). El ejercicio de determinar ese salario base de referencia en Correos resulta imperativo, porque considerar dicho salario base igual al salario único es provocar un enriquecimiento sin causa a los demandantes, tal y como lo ha ordenado el A-quo en la resolución que mediante este recurso se impugna. Al haberse equiparado el salario único a los demandantes, como si se tratara de un salario base, se estaría creando ilegítimas rupturas y, van en perjuicio de Correos de Costa Rica. En consecuencia, solicita se revoque o modifique el fallo recurrido en lo que es objeto este recurso, y consecuentemente se declare sin lugar la demanda en todos sus extremos (folios 421 a 440).

III.- La parte actora pretende se obligue a Correos de Costa Rica S.A., al pago de la suma



equivalente al 65% por sobre el salario único y total que devengan, conforme lo establece el numeral 34 de la Ley General de Control Interno, n° 8292, publicada en La Gaceta n° 169 de 4 de setiembre de 2002, y no sobre el salario base de referencia que artificialmente se les impuso. En esa normativa se establece:

“Artículo 1.- Contenido y ámbito de aplicación. Esta Ley establece los criterios mínimos que deberán observar la Contraloría General de la República y los entes u órganos sujetos a su fiscalización, en el establecimiento, funcionamiento, mantenimiento, perfeccionamiento y evaluación de sus sistemas de control interno.

Artículo 9.- Órganos del sistema de control interno. La administración activa y la auditoría interna de los entes y órganos sujetos a esta Ley, serán los componentes orgánicos del sistema de control interno establecido e integrarán el Sistema de Fiscalización Superior de la Hacienda Pública a que se refiere la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Artículo 24.- Dependencia orgánica y regulaciones administrativas aplicables. El auditor y el subauditor internos de los entes y órganos sujetos a esta Ley dependerán orgánicamente del máximo jerarca, quien los nombrará y establecerá las regulaciones de tipo administrativo que les serán aplicables a dichos funcionarios. Los demás funcionarios de la auditoría interna estarán sujetos a las disposiciones administrativas aplicables al resto del personal; sin embargo, el nombramiento, traslado, la suspensión, remoción, concesión de licencias y demás movimientos de personal, deberán contar con la autorización del auditor interno; todo de acuerdo con el marco jurídico que rige para el ente u órgano.

Las regulaciones de tipo administrativo mencionadas no deberán afectar negativamente la actividad de auditoría interna, la independencia funcional y de criterio del auditor y el subauditor interno y su personal; en caso de duda, la Contraloría General dispondrá lo correspondiente.

Artículo 34.- Prohibiciones. El auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna, tendrán las siguientes prohibiciones:

- a) Realizar funciones y actuaciones de administración activa, salvo las necesarias para cumplir su competencia.
- b) Formar parte de un órgano director de un procedimiento administrativo.
- c) Ejercer profesiones liberales fuera del cargo, salvo en asuntos estrictamente personales, en los de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad y afinidad hasta tercer grado, o bien, cuando la jornada no sea de tiempo completo, excepto que exista impedimento por la existencia de un interés directo o indirecto del propio ente u órgano. De esta prohibición se exceptúa la docencia, siempre que sea fuera de la jornada laboral.
- d) Participar en actividades político-electorales, salvo la emisión del voto en las elecciones nacionales y municipales.
- e) Revelar información sobre las auditorías o los estudios especiales de auditoría que se estén realizando y sobre aquello que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los funcionarios de los entes y órganos sujetos a esta Ley.



Por las prohibiciones contempladas en esta Ley se les pagará un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base...”

De forma tal que esta normativa dispuso un régimen de prohibición para el auditor interno, subauditor interno, y demás funcionarios de la auditoría interna de todos aquellos entes sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, y para compensarlo, estableció el pago de un 65% sobre el salario base, como pago de la restricción al ejercicio liberal de la profesión; no sobre el salario único como lo pretenden los actores; ya que uno y otro son distintos, pues el salario total comprende los pluses salariales, mientras que el salario base constituye un elemento de éste.

IV.- La naturaleza jurídica de Correos de Costa Rica, S.A., es de sociedad anónima; su patrimonio y capital social le pertenecerán íntegramente al Estado (artículo 2° de la Ley de Correos), por lo que se considera una empresa pública. En su dimensión positiva, el artículo 3° de la Ley de Correos, n° 7768 de 24 de abril de 1998, define el ámbito normativo por el que se gobierna la sociedad demandada, la que se rige por esa Ley, su reglamento, el Código de Comercio, el Código Civil, el Código de Trabajo y las normas conexas. Esto denota que la demandada se organiza y rige en principio por el Derecho Privado, en atención a su elasticidad, flexibilidad y sencillez, y no por el Derecho Administrativo. La Sala Constitucional tiene establecido que el régimen laboral que regula las relaciones entre los empleados y Correos de Costa Rica, Sociedad Anónima, varió, es en principio, privada, pues se excluyeron los puestos del Régimen de Servicio Civil, y se trasladó lo relacionado con los derechos laborales, al ámbito legal común u ordinario (sentencias 6599-98, 9769- 99, 7509-2000 y 314-2002). Referente a los controles -y visto desde una perspectiva negativa- que la demandada no está sujeta a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa, de Planificación Nacional, Libro II de la Ley General de la Administración Pública, Ley que creó la Autoridad Presupuestaria, Estatuto de Servicio Civil, y Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público, estando sujeta únicamente a los controles de aprobación, fiscalización de ejecución y liquidación presupuestaria ejercidos por la Contraloría General de la República (artículo 16). Asimismo, Correos de Costa Rica, Sociedad Anónima, sigue siendo una empresa pública, sometida excepcionalmente al Derecho Público, en el ejercicio de su actividad como concesionaria de un servicio público, por lo que debe someterse en beneficio del público, a las sujeciones y cargas especiales que regulan los servicios públicos: continuidad, eficiencia, adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen, e igualdad de trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios (artículos 3.1 y 4° de la Ley General de la Administración Pública), para garantizar la plena satisfacción de la necesidad que intenta llenar.

V.- En este sentido se observa que en oficio GG-04-231-03 de fecha 4 de agosto de 2003, Correos de Costa Rica, S.A. solicitó criterio técnico jurídico a la Procuraduría, en cuanto: “PRIMERO: Se sirvan indicarnos si procede el pago de la prohibición establecida en el artículo 34 de la Ley de Control Interno al resto de los auditores, a pesar de que esa Procuraduría establece que no son funcionarios públicos, sino trabajadores regidos por el Derecho Laboral común (según Dictamen C-278-98)?” “SEGUNDO: Para el caso de que el dictamen sea positivo, definir sobre qué salario se aplica (salario único o salario base), sin afectar los derechos consolidados o adquiridos de que gozan los trabajadores de la Auditoría Interna, en el entendido de que la ley expresamente señala que dicha prohibición debe ser reconocida sobre el salario base, cuando lo cierto es que en Correos de Costa Rica S.A., lo que se paga es un salario único?” En respuesta, en el OJ-177-2003



del 24 de setiembre de 2003, la Procuraduría General de la República dio una opinión jurídica carente de fuerza vinculante, en los siguientes términos: "...1.- En virtud del artículo 34 in fine de la Ley General de Control Interno, es procedente el pago de la compensación económica por prohibición del ejercicio liberal de la profesión, a los auditores de la Auditoría Interna de Correos de Costa Rica S.A., que se encuentran regulados por el Derecho Privado, habida cuenta de que su labor se integra, naturalmente, dentro de los objetivos y finalidades que dicha Ley persigue; y, por supuesto, bajo las exigencias que allí se establecen. 2.- De acuerdo con las atribuciones que le encomienda el artículo 8, inciso g) de la Ley n° 7768 de reiterada cita, a la Junta Directiva de Correos de Costa Rica, S.A. le incumbiría establecer el parámetro a partir del cual se calcularía la compensación económica de análisis, tratando en lo máximo posible reestructurar o desmenuzar el salario de los auditores regidos por el Código de Trabajo y normas anexas en sus diversos componentes, y de esa forma extraer un "salario base", similar al que perciben los demás auditores en la categoría del puesto correspondiente. Lo anterior, únicamente, para los efectos prácticos de lo que aquí atañe..." (folios 57 a 66). Interesa señalar que la Procuraduría justificó que la opinión jurídica que daba era sin fuerza vinculante, porque tuvo conocimiento de que lo planteado se encontraba pendiente de estudio y aprobación por parte del Poder Ejecutivo (toda vez que se trata de regular en un proyecto de reglamento a la Ley General de Control Interno que se propone dictar), por lo que se encontraba imposibilitada para externar un criterio vinculante, entre otras razones, en virtud de lo que dispone el artículo 44 de la citada legislación: "Reglamentación: El Poder Ejecutivo reglamentará esta Ley en un plazo máximo de tres meses a partir de su publicación. El proyecto de reglamento será emitido en consulta a la Contraloría General de la República". Por ello, se estimó a contrario sensu que si se pronunciaba sobre el tema, estaría sustituyendo en Administración activa, en flagrante trasgresión a todas las disposiciones mencionadas, y en consecuencia, contra el principio de legalidad que rige la actuación de todo órgano público, según los artículos 11 de la Carta Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública. Siguiendo este lineamiento, en Acuerdo 2398 de la Sesión 444 -Ordinaria-, celebrada el 7 de octubre de 2003, la Junta Directiva de Correos de Costa Rica, S.A. dispuso que se encargaba a la Administración, por medio de la Dirección de Recursos Humanos, realizar un estudio técnico para definir el salario base del personal de la Auditoría Interna, tomando en consideración los salarios del Sector Público (folio 68). En memorando GAF-1635-03 del 17 de noviembre de 2003, la Gerencia de Administración y Finanzas de Correos de Costa Rica, a solicitud de la Junta Directiva, amplió el oficio GAF-1534-03 de fecha 29 de octubre, relativo al estudio técnico que contiene los cuatro escenarios para definir el salario base del personal de la Auditoría Interna, a efecto de aplicar el 65% de prohibición para dicho personal, de conformidad con la Ley General de Control Interno n° 8292 y el pronunciamiento de la Procuraduría. Se utilizaron parámetros con el fin de determinar un salario base, tales como grado académico, experiencia, responsabilidad, consecuencia del error y supervisión de tareas especializadas en relación con el trabajo de campo, entre otros, además de que en otras instituciones a algunos profesionales se les reconoce el 65% de prohibición por el ejercicio de una carrera en particular, razón por la que se hace necesario para fundamentar la recomendación final, que los requisitos solicitados para los profesionales en Auditoría de Correos de Costa Rica, son similares a los que se solicitan a otros profesionales en algunas de las instituciones adscritas a la Dirección General del Servicio Civil. Se recalcó que para el estudio comparativo no se consideraron los denominados pluses salariales (carrera profesional y anualidades, entre otros), así como que su no inclusión no genera ningún perjuicio en el salario global de los mismos. Se recomendó la fijación de un salario base de ₡204.266,00 más el porcentaje del 65%, para un salario total de ₡337.038,90, haciendo resaltar que dicha propuesta conlleva un incremento mensual de ₡33.815,25 en relación con el salario que actualmente devengan (₡303.223,85) (folios 80 a 83). En sesión 466 -ordinaria- celebrada el 5 de enero de 2004, la Junta Directiva de Correos de Costa Rica, en Acuerdo 2512 bis, al conocer recurso de revocatoria, dispuso entre otros aspectos, hacer efectivo el pago de la



prohibición de conformidad con el artículo 34 de la Ley General de Control Interno sobre un salario base de referencia de acuerdo al ajuste que deberá hacer la Administración de la empresa, según los criterios que se indican. De conformidad con la recomendación de la Procuraduría, emitida mediante la opinión jurídica, según oficio OJ-177-2003, tratar en lo máximo posible de reestructurar o desmenuzar el salario de los auditores regidos por el Código de Trabajo, en sus diversos componentes y extraer un salario base similar al que perciben los demás auditores en la categoría del puesto correspondiente; y con base en el criterio y recomendación técnicas emitidos por la Gerencia de Administración y Finanzas de la empresa, según oficios GAF-1534-03 y GAF-1635-03, establecer como salario base de referencia para el pago de la prohibición, el salario devengado por un auditor profesional en el Servicio Civil. Asimismo, se dispuso que en virtud de que el presente acuerdo implica una erogación en el presupuesto de la empresa, que tiene carácter retroactivo desde el 4 de setiembre de 2002, se instruye a la Administración a realizar las gestiones necesarias para hacer efectivo el pago que corresponda de acuerdo a la Ley citada y de conformidad con el salario base de referencia fijado; para lo cual deberá previamente elevar en consulta y aprobación ante la Contraloría, el presente acuerdo junto con el número 2481 (folios 92 y 93). En oficio STAP-0166-04 del Ministerio de Hacienda, Secretaría Técnica Autoridad Presupuestaria, en que se refiere a los memorandos GAF-1701-03 y GAF- 072-04, mediante los cuales se remite el desglose de salario de los funcionarios de fiscalización superior y de la Auditoría Interna, solicitados en el oficio STAP-1785-03, se indicó que del acuerdo n° 2479 se desprende que la Administración cuando definió el salario total o único a los funcionarios de auditoría de planta, consideró implícito el incentivo de la prohibición; no obstante, ante un recurso de revocatoria, la Junta Directiva dispuso acoger parcialmente el recurso, mediante acuerdo n° 2512 bis; de manera que de conformidad con el inciso f) de dicho acuerdo, se estableció como salario base de referencia para el reconocimiento de la prohibición para dichos funcionarios, el salario devengado por un auditor profesional en el Servicio Civil, quedando el salario para los auditores de la siguiente manera: salario base: ₡204.266,00; prohibición: ₡132.772,90; y salario total: ₡337.038,90. No obstante, la propuesta conlleva un incremento salarial, lo que no es concordante con lo indicado en el oficio STAP-1785-03, en el que se solicitó el desglose del salario total, pues de acuerdo con la información presentada, el salario al 30 de junio de 2003 de los trabajadores de planta es de ₡303.223,65, mientras que en la propuesta indicada, el salario total superaría dicho monto en ₡33.815,25. En virtud de ello, la propuesta no es procedente; lo que debe realizar es el desglose del salario total, considerando lo estipulado en los acuerdos de Junta Directiva señalados, siendo lo procedente presentar la información en los términos solicitados en el oficio STAP-1785-03 (folios 99 y 100). En oficio STAP-1345-05 del 9 de agosto de 2005, la Directora Ejecutiva de la Secretaría Técnica Autoridad Presupuestaria informó a la Gerente General de Correos de Costa Rica, S.A.: "...me permito indicarle que una vez realizadas las revisiones pertinentes, consideramos que con la información aportada en el oficio GAF-431-05 se cumple con los requerimientos planteados en los oficios STAP-092-05 y STAP-0221-05, para determinar el monto correspondiente de prohibición para los auditores de planta de Correos. Por lo tanto, la Institución debe proceder a realizar los ajustes que correspondan a efectos de poner la situación a derecho, de manera que se reconozca un 4.0929% para completar el 65% de prohibición..." (folio 210). Asimismo, con base a resolución de la Autoridad Presupuestaria, realizada mediante oficio STAP-1345-05, a partir de la segunda quincena de setiembre de 2005, se procedió a cancelar a los trabajadores ubicados en el puesto de Auditor de planta, el reconocimiento de un 4.0929%, como complemento del 65% por concepto de prohibición, según lo establecido en la Ley de Control Interno; el que comprende un retroactivo del 7 de setiembre del 2002 al 15 de setiembre de 2005, modificándose el salario base para esta categoría a partir del 30 de setiembre (folio 223). La sala estima que lo actuado por Correos de Costa Rica, S.A., se ajusta a derecho. Tratándose de fondos que integran un patrimonio estatal, no es posible actuar libremente en materia de salarios. Por el contrario, debe procederse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido es razonable emplear tablas como parámetros



de referencia para determinar el salario base de los funcionarios de Auditoría Interna, y sobre estos calcular la prohibición de comentario.

VI.- En consecuencia, se debe revocar el fallo impugnado. En su lugar, se debe declarar sin lugar la demanda, y acoger las excepciones de falta de derecho y la genérica de sine actione agit. Por tratarse de un aspecto precluido, se omite pronunciamiento acerca de la de prescripción. Por estimar que la parte actora ha actuado con evidencia buena fe, y en la creencia de que le asistía derecho, este asunto se resuelve sin especial condenatoria en costas.

Por tanto:

Se revoca la sentencia recurrida. En su lugar, se desestima la demanda, se acogen las excepciones de falta de derecho y la genérica de sine actione agit; y se omite pronunciamiento acerca de la de prescripción. No hay condenatoria en costas.

Orlando Aguirre Gómez

Julia Varela Araya Rolando Vega Robert

María Alexandra Bogantes Rodríguez Eva María Camacho Vargas

Los suscritos, magistrada Bogantes Rodríguez y magistrado Aguirre Gómez, nos apartamos del voto de mayoría y lo emitimos de la siguiente manera:

Considerando:

No compartimos el voto suscrito por los compañeros de mayoría en cuanto revocan el fallo del Tribunal y desestiman la demanda, al considerar que, por tratarse de fondos públicos, resulta razonable acudir a parámetros de referencia para reestructurar o descomponer el salario único que perciben los funcionarios de la Auditoría Interna de la accionada y, con base en ello, determinar el salario base, sobre el cual se debe realizar el cálculo de la prohibición discutida en el presente asunto. Ahora bien, debe tomarse en cuenta que no fue sino con la entrada en vigencia de la Ley n° 8292 (Ley de Control Interno) que se introdujo un nuevo régimen jurídico, al contemplarse el pago por prohibición para los auditores, con una fecha de rige a partir del 4 de septiembre del 2002. Antes de esa data, la entidad demandada no reconocía el pago de prohibición en el salario de los auditores, por lo que estos podían ejercer liberalmente su profesión a lo externo de la institución, ya que dicho sobresueldo no estaba comprendido en su salario. Según la posición de los representantes de la demandada, a efecto de realizar el cálculo de la prohibición -cuyo reconocimiento vino a exigir la Ley de Control Interno- se debe partir de un salario base, el cual debe extraerse del salario único percibido actualmente por esos funcionarios, para lo cual se han sustentado en un pronunciamiento de la Procuraduría General de la República y en estudios técnicos realizados por la propia institución. Es importante aclarar también que algunas de las personas que figuran como actores en el presente proceso, comenzaron a trabajar con la demandada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley n° 7768 (Ley de Correos), publicada el 29 de mayo de 1998, cuya vigencia rige desde el mes de agosto de 1998; tal es el caso de los señores Lino Barboza Díaz y Miguel Umaña Hernández. Incluso, a este último se le

nombró por cuenta de la partida de "Cargos Fijos" en el puesto de Auditor a partir del 16 de octubre del 2002, es decir, después de la entrada en vigencia de la referida Ley de Control Interno. (Folios 174-175). Por otra parte, la nueva escala salarial entró a regir el 1° de enero del 2000 con la condición de que cada tr reciente ingreso como los antiguos) reciben el mismo salario. (Folios 162-164). Como complemento de lo anterior, al folio 67 del expediente también consta una certificación emitida por la Gerencia de Administración y Finanzas de la Dirección de Recursos Humanos de la accionada, mediante la cual se acredita que a partir de la aprobación de la Ley de Correos n° 7768 y la Ley General de Control Interno n° 8292, a los profesionales en Contaduría Pública que laboran para la Auditoría Interna de Correos de Costa Rica S.A. no se les ha pagado ningún monto por concepto de prohibición para el ejercicio externo de su profesión. Precisamente, por su naturaleza de salario único, dicho salario no comprende el pago de pluses o sobresueldos, sino que se trata de un único ingreso. De ahí que los suscritos no compartimos la tesis de que para el cálculo de la prohibición se deba partir de un supuesto ficticio como lo es que el salario único se pueda descomponer para determinar un salario base menor, con el fin de calcular la prohibición, pues en este, por tratarse de una única e íntegra retribución, no existen componentes de ningún tipo. Consecuentemente, estimamos que, es sobre este salario único, en su totalidad, que debe realizarse el cálculo del pago de la prohibición. En consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

b) Aspectos relacionados al cálculo del salario

[TRIBUNAL DE TRABAJO]³

Voto N° 2033

TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN SEGUNDA , SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, a las once horas veinte minutos del veintiuno de diciembre del dos mil siete .-

Ordinario seguido ante el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José por Angélica Porras Chacón, mayor, casada, vecina de Desamparados, Eugenia Méndez Sandí, mayor, soltera, vecina de San Antonio de Coronado, Lidiette Cruz Rodríguez, mayor, casada, vecina de San Juan de Dios de Desamparados, Lino Barboza Díaz, mayor, soltero, vecino de Goicoechea, Lizbeth Salazar Valenzuela, mayor, soltera, vecina de San José, Miguel Umaña Hernández, mayor, soltero, vecino de San Rafael de Montes de Oca, todos Auditores contra Correos de Costa Rica Sociedad Anónima , representado por su Gerente General con facultades de Apoderado Generalísimo sin límite de suma Alvaro Coghi Gómez , mayor, casado, Abogado, vecino de Cartago .- Figura como Apoderado Especial Judicial de la parte actora el Licenciado Fabián Volio Echeverría , mayor, Abogado, demás calidades desconocidas .-

RESULTANDO:



1.-Solicita la parte actora que en sentencia se declare con lugar la demanda y en consecuencia se obligue a Correos de Costa Rica a cancelar el 65% sobre el salario único y no sobre el salario base de referencia, al pago de las sumas proporcionales correspondientes al aguinaldo, al fondo de pensiones, asociación solidarista y otros, así como los intereses, las costas procesales y personales y los daños y perjuicios causados .-

2.-El representante del ente demandado contestó en forma negativa la acción, y opuso las excepciones de falta de derecho, prescripción y la genérica de sine actione agit. Solicita que se declare sin lugar la demanda en todos sus extremos y que se condene a los actores al pago de las costas personales y procesales de este juicio.-

3.-El A-quo en sentencia de las diez horas siete minutos del diecisiete de agosto del dos mil seis, resolvió el asunto así: "De conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución, citas de ley y jurisprudencia invocadas, así como lo estipulado en el numeral cuatrocientos noventa y tres del Código de Trabajo, se rechazan las defensas procesales de Falta de Derecho, la denominada Genérica o Sine Actione Agit, y la de Prescripción, interpuestas por la parte demandada al contestar esta acción, y se declara con lugar el presente Proceso Ordinario Laboral establecido por Lidiette Cruz Rodríguez, Lino Barboza Díaz, Miguel Umaña Hernández, Angélica Porras Chacón, Lizbeth Salazar Valenzuela, y Eugenia Méndez Sandí en contra de Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, por lo que, se condena a esta última empresa a cancelarle a los actores lo correspondiente al sesenta y cinco por ciento de prohibición, estipulado en el párrafo final de la Ley N° 8292, o Ley General de Control Interno, pero tomando como base de cálculo el denominado salario único percibido, que es el equivalente material al salario base o de categoría profesional en la empresa demandada, y correspondiente a estos accionantes en sus funciones o labores, debiendo ser este pago retroactivo a la fecha de implementación de tal ley en la sociedad demandada, incluyéndose las diferencias que pudiesen existir en los aguinaldos, fondo de pensiones, asociación solidarista, y otros, ponderados sobre una base de cálculo errónea, tal y como se determinó, considerando eso sí los montos y porcentajes que por tal concepto ya fueron girados a los accionantes, realizando la correspondiente imputación, al menos parcial. Asimismo, se condena al accionado Correos de Costa Rica Sociedad Anónima al pago de los intereses legales que se generen sobre los montos y saldo fijados, sean los correspondientes a los depósitos a seis meses plazo, del Banco Nacional de Costa Rica, y a partir de la exigibilidad de cada uno de los derechos aprobados, y hasta el efectivo pago de lo debido, mismos que serán liquidados en etapa de ejecución de sentencia, correspondiendo este pago a lo correspondiente a los daños y perjuicios irrogados a los accionantes, por tratarse de una obligación dineraria, a tenor del artículo setecientos seis del Código Civil. Igualmente, se condena a la empresa accionada al pago de ambas costas, fijando las personales en un dieciocho por ciento de la condenatoria. Se advierte a las partes que, esta sentencia admite el recurso de apelación, el cual deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de tres días. En ese mismo lapso y ante este órgano jurisdiccional también se deberán exponer, en forma verbal o escrita, los motivos de hecho o de derecho en que la parte recurrente apoya su inconformidad; bajo el apercibimiento de declarar inatendible el recurso (artículos 500 y 501 incisos c) y d); Votos de la Sala Constitucional números 5798, de las dieciséis horas veintiún minutos del once de Agosto de mil novecientos noventa y ocho y 1306 de las dieciséis horas veintisiete minutos del veintitrés de Febrero de mil novecientos noventa y nueve y Voto de la Sala Segunda número 386, de las catorce horas veinte minutos del diez de Diciembre de mil novecientos noventa" .-



4.-Conoce este Tribunal de ese fallo en apelación presentada por la parte demandada .-

Redacta la Jueza SALAS CHAVARRÍA ; y,

CONSIDERANDO:

I.-Por ser fiel reflejo de los autos, se acoge la lista de hechos demostrados y no probados que contiene el fallo de primera instancia.-

II.-Conoce este Tribunal del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, no encontrando vicios que puedan causar nulidad o indefensión a las mismas.-

III.-El Licenciado Álvaro Coghi Gómez, en su condición de Gerente General, con facultades de Apoderado Generalísimo sin límite suma de la Sociedad demandada, en escrito de folios 365 a 374 como motivos de agravio en términos generales, expresa: PRIMERO: Argumenta que el A quo ordena que a los actores se les debe pagar la suma equivalente al sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario único y total que devengan, lo que impugna porque se debe tomar para todos los efectos el salario base conforme a la escala salarial del Servicio Civil, según consta de la prueba documental que demuestra que su representada cumplió a cabalidad con el requisito que exige la ley, relacionado al salario base. Agrega que resolver lo contrario como efectivamente ocurrió, asimilando el salario único a un salario base, es a todas luces contrario a derecho y que a su vez se pondere el cálculo sobre una base de un salario base y nunca sobre el salario único. Además, manifiesta que al ser representada una empresa estatal sujeta a la Autoridad Presupuestaria, las variaciones en las escalas salariales tienen que pasar por instancias superiores administrativas y es por ahí donde se buscó ante la ausencia de un salario base. También, manifiesta que hacerlo como lo determinó el juzgador de instancia, significa para la demandada erogar grandes cantidades de dinero que la ponen en un gran riesgo financiero. El recurrente a la vez se apoya en el Voto 84 de las diez horas treinta minutos del veintiocho de julio del dos mil seis del Tribunal Civil y de Trabajo de Cartago, manifestando que ese órgano colegiado en un caso similar decidió que el pago de la prohibición de un auditor de la accionada debía hacerse según el salario básico de un auditor profesional del Servicio Civil. SEGUNDO: Alega que Correos de Costa Rica fue condenada a pagar intereses a título de daños y perjuicios al tenor del artículo 706 del Código Civil. Considera el recurrente que no han existido daños y perjuicios y que la sentencia únicamente cita ese artículo, sin fundamentar en qué consisten los citados daños y perjuicios, para poder rebatirlo. Estima que existe una indefensión para su representada y solicita se revoque dicha condenatoria. TERCERO: Expresa el impugnante que en cuanto a las costas el A quo confunde para su condenatoria, que se actuó de mala fe, por el hecho de haberse escogido, según su decir un escenario menos oneroso a los intereses de los actores, cuando lo cierto es que se escogió el mismo, tratando de no pagar sumas exorbitantes, en detrimento del estado financiero de la demandada. Solicita se les exima de su pago dada la complejidad del asunto, donde se ha recurrido a la interpretación y aplicación de distintos elementos normativos desde su posición y estima que la actuación en el litigio ha sido de buena fe. Cita el aforismo que dice "cuando la ley no distingue, tampoco nos incumbe distinguir".



Solicita la revocatoria de la sentencia.-

IV.-Analizados el fallo en estudio y los motivos de agravio, de la representación del empleador, este Tribunal concluye que no lleva razón el recurrente, por los siguientes razonamientos: PRIMERO: El A quo en la sentencia venida en alzada, analiza en forma amplia el caso y la normativa aplicable, para llegar a la conclusión de que la accionada debe cancelarle a los actores la suma equivalente al sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario único y total que devengan, porque ese estipendio resulta ser básico, pues a los demandantes no se le informó ni se les pagó suma alguna por prohibición para que se comprometieran con la demandada a no ejercer en forma liberal la profesión. Además, con la entrada en vigencia de la Ley Número 8292 conocida como Ley General de Control Interno del treinta y uno de julio de dos mil dos y veinte a partir del cuatro de setiembre de dos mil dos, a los accionantes como auditores internos, la demandada les fijó un salario único, cuyo cálculo lo estableció tomando en cuenta solamente los salarios base. También es claro que ese sueldo es una única compensación salarial, sin contemplar ningún tipo de pluses como antigüedad, carrera profesional, prohibición, o dedicación exclusiva, dado que se dieron después de que los demandantes cesaron en sus contrataciones laborales con el Estado, y se sustituyeron por contratos de carácter privado, suscritos con la empresa demandada, recibiendo la indemnización correspondiente sobre anteriores derechos adquiridos, al pasar la Dirección Nacional de Correos de Costa Rica Sociedad Anónima a ser una empresa privada regida por el Código de Trabajo, sin que se contemple en ese cuerpo normativo el pago de la mencionada prohibición. Por ello, la afirmación de la parte patronal de que el salario único de los actores ya incluía el aparte de prohibición, carece de fundamentación. Por otro lado, la propia administración de la accionada admite que a los actores nunca se les ha incluido por concepto de pago por prohibición ningún porcentaje en el salario, lo que es contradictorio con lo argumentado en este proceso. También se observa en los comprobantes de pago emitidos por la demandada que, el sueldo de los actores está expresamente definido y estipulado como "salario base" y es el mismo monto para cada uno de ellos, no obstante las diferencias en el plazo de labores, casos concretos el de las Licenciadas: Salazar Valenzuela, quien ingresó a la Auditoría de la empleadora en el año mil novecientos noventa y Méndez Sandí, quien ingresó a ese mismo Departamento en el año mil novecientos noventa y nueve, según se observa a los folios 41 y 42, tienen el mismo estipendio. SEGUNDO: El sueldo base percibido por los actores aun cuando se le denomine "único" sigue siendo básico, es decir el cambio de terminología no transforma lo fundamental, que es un salario básico y de el no se derivan posibles derechos adquiridos en carácter de pluses, muy propios de las relaciones de empleo, en el Sector Público. Dadas esas condiciones, la empleadora debió haber calculado el mencionado porcentaje del sesenta y cinco por ciento (65%), en carácter de prohibición conforme al numeral 34 de la Ley N° 8292 conocida como Ley General de Control Interno, de acuerdo con el denominado salario base o único, pues esta parte no comprobó que en el mismo estuviese incluido un monto o porcentaje por algún plus o derecho laboral adquirido, como lo afirma el recurrente. Véase al respecto que, según se observa en el comunicado JD-400-2003 (folios 84 y 148), de la Junta Directiva de la empresa demandada a la Autoridad Presupuestaria, ante requerimiento de la segunda, el salario de los empleados de la demandada no es susceptible de descomponer o sea, separar las diversas partes que lo componen por ser único. No obstante, y teniendo tales características el salario de los auditores internos de Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, el mencionado estudio de salarios del año dos mil tres, a pesar de reconocer la existencia de un salario determinado para el rango profesional aludido, recomendó utilizar la misma metodología del promedio de los salarios bases de la Dirección General de Servicio Civil, sin exponer ningún razonamiento técnico para tomar tal decisión, según se observa al folio 83, simplemente, se decidió de esa forma por considerar ser el parecido una vez aplicado el

sesenta y cinco por ciento (65%) de prohibición a la estructura del estipendio vigente. También considerando no causar un impacto económico para las erogaciones que debe hacer la accionada. Esas determinaciones son contrarias porque no se demostró que el salario único de los actores es diferente a lo que se conoce jurisprudencial y doctrinariamente como salario base, a efectos de tener un parámetro de acción, ante una eventual incertidumbre, o bien si se hubiera demostrado que el "salario único" es un agregado de salario base más algún tipo de plus, lo que no fue demostrado. A pesar de lo anterior, y sin mediar tampoco un razonamiento lógico legal de fondo, la Junta Directiva de la demandada, por medio del comunicado JD-005bis-2004, acogió la recomendación externada en el estudio de salarios referido, según se observa al folio 177, conservando esta decisión, por cuanto a través de los comunicados JD-207 bis-2004, y JD-204-2005, la Junta Directiva de la accionada rechaza en última instancia administrativa, el reclamo de los aquí actores, dando por agotada la vía correspondiente (folios 114 y 235) y más bien, se comprueba que a partir de la segunda quincena de setiembre del dos mil cinco, a los actores se les canceló un 4.0929% como un supuesto complemento del 65% por concepto de prohibición –según el modelo del Servicio Civil recomendado y escogido–, siendo retroactivo desde el siete de setiembre del dos mil dos, y hasta el quince de setiembre del dos mil cinco (folio 220). En ese orden de ideas, no es aceptable la solicitud de la empleadora ante la Autoridad Presupuestaria pidiendo tener por aprobado el pago de la prohibición, cuando solamente está modificando en forma parcial el pago del "salario único" de éstos. Menos aun es de recibo el argumento de que sea conforme a lo ordenado en el artículo 34 de la Ley de Control Interno de repetida cita, que corresponde al pago del sesenta y cinco por ciento de prohibición (65%) en concepto de prohibición, que es vinculante para la parte patronal, según el principio de legalidad consagrado constitucionalmente en el artículo 11 y ha sido desarrollado en su homólogo de la Ley de General de la Administración Pública, a que están sujetas todas las actividades de la Administración Pública, comprendidas entre ellas las de la empresa demandada como ente de interés público independientemente de la erogación que deba de realizar. Por lo que no podía la empleadora soslayar la aplicación en forma correcta del referido plus salarial a los trabajadores demandantes. Sobre el tema del salario básico y el salario total, para comprender por qué el denominado salario único por la demandada, no corresponde a este último, resulta importante transcribir lo que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto al respecto, en su Voto Número 309 de las diez horas del tres de diciembre de mil novecientos noventa y siete, que en lo que interesa expresa:

"El salario base es un elemento del salario total de los trabajadores del Sector Público y está concebido fundamentalmente en función de las políticas presupuestarias, manejadas a través de escalas salariales, con categorías de puestos establecidos, precisamente, en esa Ley de Salarios de la Administración Pública. Para cada categoría de puesto existe un salario -salario de clase-, al cual deben sumarse los aumentos decretados por el Poder Ejecutivo, por concepto de elevación en el costo de la vida. Esos aumentos, tienen como objeto restablecer el valor adquisitivo de la remuneración de los trabajadores, a fin de mantenerlos, en la medida de las posibilidades macroeconómicas del país, equiparados con la inflación y así, por razones de equidad y de justicia distributiva, procurar el bienestar y la existencia digna de los trabajadores. Por su parte, el salario total, es un concepto que comprende no sólo el salario base (salario de clase más aumentos por costo de la vida), sino que engloba todos aquellos "pluses salariales" que, por otros conceptos, percibe el trabajador; v. gr. el zonaje, la prohibición o la dedicación exclusiva. La voz francesa "plus", siguiendo la jurisprudencia de la antigua Sala de Casación (véase el Voto No. 10, de las 16:00 horas, del 21 de enero de 1975), es una acepción gramatical y semántica que significa "más", y es aceptada como un galicismo jurídico. El Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas define "plus" como "... sobresueldo o bonificación" que se da a las tropas en campaña por servicios especiales. Cualquier pago suplementario; como gratificaciones, dietas, viáticos, primas, premios, etc. ...". Con fundamento en esa definición, se afirmó que el "plus salarial", se funda en



otro "servicio especial" a remunerar, extendiéndose a cualquier pago suplementario, como los indicados. Pérez Botija...en su Manual de Derecho de Trabajo los define también como "emolumentos que se agregan a la retribución base para compensar trabajos generales o especiales...". Esa compensación, entonces, no es gratuita ni general; es especial, directa y personal, o sea, se funda en la compensación por la relación laboral particular de cada trabajador. Constituyen pluses los aumentos por antigüedad que se le hace al trabajador en reconocimiento de los años de servicio, a su buen desempeño y a la mayor experiencia adquirida en sus labores, como también lo que percibe por zonaje, puesto que con este rubro se compensan los mayores desembolsos que debe hacer el trabajador que tiene que ejecutar sus labores en lugares distintos al centro de trabajo."

Como se observa, en el caso subjuídice la empleadora no ha determinado el plus salarial que reclaman los demandantes según corresponde en una empresa de interés público, sujeta al Derecho Público, según el aparte 2 del artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública, que establece en forma clara que los entes públicos aunque en la actividad se consideren empresas públicas están sujetos en su organización al Derecho Público y no al Privado. En consecuencia, al regirse la actividad de la demandada por el Derecho Privado, el régimen de empleo es de Derecho Común en cuanto a lo disciplinario - despidos, vacaciones y otros-, pero sujeta al Derecho Público en cuanto a las regulaciones y directrices del Poder Ejecutivo relacionadas con la materia de gobierno, formando parte de ésta lo relativo a inversión, endeudamiento salarios y empleo, entendiéndose el último elemento distinto al disciplinario y, por ende, también sujeta a la Autoridad Presupuestaria, según el inciso c) del artículo 1° de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos Número 8131 del dieciocho de setiembre del dos mil uno. Tampoco resultan atendibles las manifestaciones del recurrente en el sentido de que es acorde al presente caso, la decisión que tomó el Tribunal Civil y de Trabajo de Cartago en el Voto 84 de las diez horas treinta minutos del veintiocho de julio del dos mil seis, en un asunto similar en que declaró que el pago de la prohibición de un auditor de la accionada debía hacerse según el salario básico de un auditor profesional del Servicio Civil. Primero, porque esa jurisprudencia no resulta vinculante para este Tribunal, y además, la empleadora no está sujeta al Régimen de Servicio Civil, aparte de que el pago del plus de los actores ésta lo realizó considerando como salario total al salario denominado único, sin incluir ni desglosar ningún tipo de plus salarial, como se ha indicado ut supra. TERCERO: Tampoco prima el principio de primacía de la realidad que echa de menos el impugnante, por cuanto en este asunto lo que se debe de acatar en forma estricta es el principio de legalidad, por ser la demandada una empresa de interés público y como tal, debe acatarlo como se ha indicado ut supra. En ese orden de ideas, tal principio resultaría aplicable en otros aspectos propios de la relación obrero patronal que se regulan por el Código de Trabajo, como vacaciones, despidos, jornadas de trabajo, entre otros, no en cuanto a éste que tiene una normativa de orden público concreta por ser un aspecto de índole salarial, incluido en lo que es materia de gobierno.

V.-En cuanto impugna la condenatoria en intereses a título de daños y perjuicios al tenor del artículo 706 del Código Civil, aduciendo que no explica en qué consisten los citados daños y perjuicios, para poder rebatirlo y que por ello existe una indefensión para su representada, no le asiste razón al recurrente, toda vez que el Aquo explica que se otorgan: "por tratarse de una obligación dineraria, a tenor del artículo setecientos seis del Código Civil", según se observa al folio 355 línea (la negrita y la cursiva no corresponden al original). Con esa explicación, aparte de que el referido numeral 706 del Código Civil, de aplicación supletoria en esta materia por remisión del

artículo 15 del Código de Trabajo, es muy claro, en concordancia con el numeral 702 de aquel cuerpo normativo, en el sentido de que si la obligación es de pagar una suma dineraria, los daños y perjuicios se traducen en intereses sobre la suma debida. Entonces, de la simple lectura de esos artículos, en relación con la explicación expuesta por el juzgador de instancia, este Tribunal tiene claro que la sentencia en tal sentido es diáfana y no contiene ninguna omisión capaz de causar indefensión a la parte demandada, como en forma inconsistente e impertinente lo afirma el recurrente. En consecuencia, se rechaza el reproche.-

VI.-En lo tocante a la condenatoria en costas, debe de tener claro el recurrente, que esta obedece a que su representado resultó vencido en el presente proceso. En nuestra legislación, el artículo 221 del Código Procesal Civil, aplicable en derecho laboral por disposición expresa del numeral 452 del Código de Trabajo, dispone que el vencido en litigio debe ser condenado al pago de costas. Esta norma está sujeta a algunas excepciones taxativamente señaladas en el artículo 222 del Código de rito, a saber: 1. Cuando se haya litigado con evidente buena fe. 2. Cuando la demanda o contrademanda comprenda pretensiones exageradas. 3. Cuando el fallo admita defensas de importancia invocadas por el vencido. 4. Cuando haya vencimiento recíproco. Por su parte el numeral 494 del Código de Trabajo también faculta a quien juzga a exonerar en costas cuando estima que la parte perdidosa ha litigado de buena fe. En el caso que se analiza no se está ante ninguno de los supuestos de excepción para no condenar en costas. No es cierto que la demandada ha litigado de buena fe, como lo expresa el Licenciado Coghi Gómez, dado que obligó a los trabajadores a entablar la demanda para hacer valer los derechos laborales, que su empleador les denegó, incurriendo éstos en gastos judiciales. La buena fe procesal implica la convicción de la parte, de que su pretensión es legítima y de que, el derecho que reclama, sin duda, le corresponde, lo que se da en este proceso, pero de parte de los actores, no de la demandada.

VII.-Conforme a lo expuesto, lo que se impone es confirmar el fallo en lo que ha sido objeto de recurso.-

POR TANTO:

Se declara que en el presente proceso no existen vicios implicativos de nulidad o indefensión. Se confirma el fallo recurrido en lo que ha sido objeto del recurso.

c)Análisis respecto al inciso e) del artículo 34 de la Ley General de Control Interno.

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]⁴

Voto No. 30-2009-SVII.



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, SECCIÓN SÉPTIMA, Segundo Circuito Judicial de San José, a las catorce horas cincuenta minutos del veintisiete de febrero de dos mil nueve.

Conoce este Tribunal del Recurso de Apelación interpuesto por la parte actora, dentro del Proceso Ordinario establecido por AGENCIA DE VAPORES DEL PACÍFICO S.R.L. , con cédula de persona jurídica número 3-102-103671, representada por su Gerente General señor Eladio Céspedes Cuza, cédula de identidad número 7-013-206, quien es mayor de edad, viudo, empresario, vecino de Puntarenas, contra el INSTITUTO COSTARRICENSE DE PUERTOS DEL PACÍFICO , cédula de persona jurídica 4-00042140 representado por su Gerente General, en la persona del señor Urias Ugalde Varela, cédula de identidad número 1-367-750, quien es mayor de edad, casado, Ingeniero, vecino de Santa Ana.-

RESULTANDO

1.-Que establecida la cuantía de este asunto en la suma de cien millones de colones (folio 116), la demanda es para que en sentencia: “se anulen los actos administrativos número CDC-063; del 31 de marzo de 2003, CDC-366 de fecha 23 de mayo de 2003, CDC-537 y CDC-538, ambos de fecha 20 de agosto de 2003 del departamento de contabilidad del INCOP.- Los actos contenidos en las resoluciones de las 9:30 horas del 16 de julio de 2003 y de las 9:30 horas del 13 de agosto de 2003, ambas de la Gerencia General de INCOP, suscritas por el ingeniero Urias Ugalde Varela. El acto contenido en el acuerdo número 8 de la Junta Directiva tomado en la sesión número: 3187 celebrada el 14 de agosto de 2003, por ser manifiestamente arbitrarios, ilegales, y nulos por contener vicios de arbitrariedad, abusos de poder, desviación de poder, falta de motivación y falta de derecho, amén de estar prescritos los cobros que se ejecutan con base en esos actos. Pido se condene al INCOP POR EL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, pues es evidente la lesión moral producida dado que somos agentes navierosn (sic) que otorgamos un servicio que se basa en al (sic) confianza además del daño producido se condene también al INCOP al pago de ambas costas de la presente litis y al pago de los honorarios del abogado.” (folio 59).

2- Que la representación del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico contestó negativamente la demanda y opuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimación ad procesum activa, caducidad y prescripción, falta de derecho, falta de causa, falta de interés actual y la genérica sine actione agit (folios 64 a 67).-

3- Que mediante voto 79-2008 de las 10 horas 10 minutos del 31 de enero de 2008, fueron conocidas interlocutoriamente las defensas previas de Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa, Falta de Legitimación Ad procesum Activa, Caducidad de la Acción, y la Prescripción. En la parte dispositiva de la referida resolución se indicó: “Se rechazan las defensas previas de: falta de agotamiento de la vía administrativa, y falta de legitimación ad procesum activa entendida como la falta de capacidad o defectuosa representación. Se reservan las defensas de caducidad y prescripción para ser conocidas en sentencia definitiva. Sin especial condenatoria en costas”. (folios 105 y 106 del expediente principal).-

4- El Juzgador de instancia Lic. Felipe Córdoba Ramírez, mediante sentencia N° 1509-2006 de las 10 horas del 22 de diciembre de 2006, al resolver la acción dispuso: “En relación con la excepción de caducidad interpuesta por la demandada se acoge la misma. En consecuencia se declara inadmisibile la acción. Por innecesario se omite pronunciamiento respecto a las demás defensas

previas. Se condena al actor al pago de las costas procesales y personales de este proceso.-

Notifíquese.” (folios 138 a 164 del expediente principal).

5- En los procedimientos se han observado las prescripciones de rigor y no se notan causales de nulidad capaces de invalidar lo actuado. Esta sentencia se dicta previo las deliberaciones de ley.

Redacta el Juez Leiva Poveda; y,

CONSIDERANDO

I.-Hechos Probados: Por ser fiel reflejo de los autos, este Tribunal prohíba el cuadro fáctico tenido por acreditado por parte del A-quo, empero, se ha estimado necesario hacer las siguientes modificaciones al elenco de hechos probados: En el hecho probado número 8) debe modificarse la fecha del acuerdo allí mencionado para que en lo que a este respecto se refiere se indique “14 de agosto de 2003” . Por otra parte, es importante agregar a las referencias a los elementos de juicio que dan sustento a los hechos 1), 2) y 10), que éstos son hechos no controvertidos. Adicionalmente se ha estimado necesario incluir el siguiente hecho probado: 12) Que la parte actora interpuso la presente acción contenciosa-administrativa el día 26 de marzo de 2004 (folio 2 del expediente principal).

II.-Del agravio relativo a la violación del debido proceso en la tramitación del cobro administrativo por parte del INCOP: En su deducción de la demanda, la parte actora señaló una serie de presuntas violaciones al debido procedimiento, de las que supuestamente fue objeto el trámite de cobro administrativo. Sobre este particular en la sentencia recurrida el A-quo indicó en el considerando IV: “ a) En relación con la observancia debido proceso y derecho de defensa, desviación y abuso de poder: En lo que se relaciona con los informes de las auditorías internas, no lleva razón la actora en cuanto a que debió contarse con audiencia en su favor y participación de conformidad con el principio del debido proceso, pues los mismos no requieren de su participación como lo es este caso, particularmente si los mismos involucran investigaciones internas relacionadas con posibles irregularidades que eventualmente generen responsabilidad de los servidores, por lo que no es de recibo. La Sala Constitucional se ha referido, en el siguiente sentido: "(...) En este sentido, los párrafos segundo y tercero del artículo 6 de la Ley General de Control Interno número 8292 del 31 de julio de 2002, establecen que “la información, documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúan las auditorías internas, la administración y la Contraloría General, cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo. Una vez notificado el informe correspondiente y hasta la resolución final del procedimiento administrativo, la información contenida en el expediente será calificada como información confidencial, excepto para las partes involucradas, las cuales tendrán libre acceso a todos los documentos y las pruebas que obren en el expediente administrativo. Para todos los casos, la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de las facultades contenidas en el inciso 23) del artículo 121 de la Constitución Política, podrá acceder a los informes, la documentación y las pruebas que obren en poder de las auditorías internas, la administración o la Contraloría General de la República”. Tal deber de confidencialidad está también dispuesto en el artículo 32 inciso f) de la Ley General de Control Interno, que estatuye la obligación de los funcionarios de la Auditoría



Interna de guardar la confidencialidad del caso sobre la información a la que tengan acceso, y en el numeral 34 inciso e), que le impide a tales servidores revelar información sobre las auditorías o los estudios especiales de auditoría que se estén realizando y sobre aquello que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los funcionarios de los entes y órganos sujetos al citado cuerpo normativo. Asimismo, el artículo 8 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, ley número 8422 del 6 de octubre de 2004, estatuye que la “Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, guardarán confidencialidad respecto de la identidad de los ciudadanos que, de buena fe, presenten ante sus oficinas denuncias por actos de corrupción. La información, la documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúen las auditorías internas, la Administración y la Contraloría General de la República, cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo. (...)” (Voto 2007-015540 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia). Por otro lado, en tratándose de materia cobratoria ya ha sido tratado el punto en oportunidades anteriores, por la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su voto N° 2003-03899, de las 15:29hrs. del 13 de mayo del 2003, justamente en conocimiento de recurso de amparo en contra del INCOP por el cobro de servicios indicó: “(...) el recurrente también alega la violación al derecho de la amparada a un debido proceso, pues para efectuar el cobro en cuestión considera que se debía seguir un procedimiento ordinario pues se trata de una medida que suprime derechos subjetivos. Al respecto, difiere esta Sala del criterio del recurrente pues es claro que estamos frente a un supuesto de mera constatación donde no es necesario la realización del procedimiento ordinario regulado en la Ley de la Administración Pública. Lo anterior, por cuanto en realidad no se trata de un proceso sancionador, sino que la Administración se está asegurando el cobro por servicio prestado como lo es la utilización del muelle por parte de una embarcación. Así las cosas, basta la constatación de los días en muelle por la embarcación para que la autoridad recurrida cobre el monto correspondiente, quedando la posibilidad de discutir en la vía ordinaria cualquier discrepancia existente en cuanto al monto o la forma de cobro, tal como se indicó en el considerando anterior. (...)” En nuestro criterio lo externado por la Sala Constitucional resulta aplicable a este caso, debe observar la actora, que efectivamente las gestiones o actuaciones dirigidas al cobro de servicios como lo es este caso, no son de naturaleza sancionatoria ni se pueden enmarcar dentro de los supuestos bajo los que la verificación previa del procedimiento administrativo resulta de obligado al amparo de la ley y la Constitución, consecuencia de lo cual no es de recibo su argumento en cuanto a la violación del debido proceso. Ahora bien, en lo tocante a este mismo tema, obsérvese que el INCOP, particularmente mediante el oficio CDC-218, le indicó a la actora su derecho de hacer uso de los instrumentos y recursos procesales disponibles para una efectiva defensa, instrumentos que en el caso concreto fueron utilizados y resueltos por parte de la Administración, hasta agotarlos, y en ejercicio de los mismos contó con la oportunidad para realizar manifestaciones y los alegatos pertinentes, tanto como para aportar la prueba si fuese del caso respecto de la procedencia o no del cobro. Téngase en cuenta además, que los informes de auditoría solamente tienen efectos a lo interno de la institución, no son susceptibles de recurso alguno por los administrados y este tipo de investigaciones internas, máxime si no retrata de temas sancionatorios correctivos, no requieren ni deben observar la participación de terceros en su proceso de formulación y conocimiento por parte de la Administración. Consecuencia de todo lo anterior, no observa este despacho violación alguna ni a las reglas del debido proceso ni a las del derecho de defensa, como tampoco desviación o abuso de poder. b) En relación con el cobro propiamente dicho: Es criterio de este juzgador, que sobre el cobro que realiza el INCOP, tal actuación responde, -por no haberse acreditado lo contrario-, al resultado de un estudio de auditoría y al control y verificación de las bitácoras y registros llevado en puerto, en los que se consignan los servicios que son prestados a los barcos a los que se les dirigen, así como el Agente Naviero que hace requerimiento de los mismos, acciones de control y autotutela sobre las



actuaciones de la administración, así como sobre los recursos públicos, dados en administración al INCOP, que resultan de mera constatación. Así las cosas, establecida la legitimidad del INCOP, para proceder con las acciones procedentes, para hacer cumplir estas obligaciones dinerarias, sea, en contra del naviero, armador o su agente naviero, si se aduce la no correspondencia de tales cobros con servicios que efectivamente se habrían prestado, lo correcto, lo habría sido dar prueba de ello, en contraposición con los registros en bitácora por defectos en las mismas, aspecto éste que es dejado de lado en la presente acción, no existiendo elementos probatorios en el expediente que permitan inferir la no correspondencia o falta de ella, entre los servicios que en la realidad hayan sido o no prestados, y los registros en que se fundamenta al cobro, en orden a lo cual lo que resulta procedente es el rechazo de este alegato. Así las cosas, estima este despacho que una vez realizado el análisis de los aspectos supra indicados, no se encuentra en las actuaciones realizadas por el INCOP, los vicios de nulidad absoluta que refieren su demanda la actora, por lo que, tal y como referimos en el punto 1, de este apartado sobre el fondo del asunto, se debe proceder a la determinación de si ha operado la caducidad o prescripción de la acción en el presente caso o no lo cual se referirá adelante.” Sobre este particular, en su escrito de apelación la parte actora argumenta: “En el caso que nos ocupa se persigue el restablecimiento de la legalidad violentada por una actuación material arbitraria de la Administración Pública, pues es evidente que no se observó la norma o procedimiento señalado por la ley, pues al emitir las facturas hechizas posteriormente a que la administración, dentro de su competencia, y bajo su entera responsabilidad le otorgó el zarpe a los vapores, y se dio por satisfecha con el pago por esos usuarios del muelle, viene varios años después a emitir unas facturas hechizas, sin seguir el procedimiento de ley para demostrar que el servicio se había otorgado, sin dar oportunidad de desvirtuar el informe de la auditoría, a mi representada, sino que de manera manifiesta efectúa el cobro, sin otorgarnos audiencia en cuanto al monto, sin permitirnos demostrar si ese servicio se otorgó o no. (...) que además del vicio anteriormente expuesto conllevan el vicio de falta al debido proceso, pues no se siguieron los procedimientos administrativos existentes para con mi representada por parte de la administración, negándole así su derecho a defensa. Don Eduardo Ortiz dice: “la falta o el defecto de las formalidades sustanciales produce la nulidad absoluta del acto cuando estas son decisivas para asegurar el cumplimiento del fin o de los derechos del particular.” (Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II Editorial Strademan S. A. San José, 2000 pág 442). En el asunto en examen, conforme a la reiterada jurisprudencia no se siguió el procedimiento estipulado al efecto para este tipo de cobros. Nótese que estamos ante un servicio público, conforme a lo estipulado en el artículo 5 de la ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos número 7593, inciso G, por ende era menester seguir el procedimiento estipulado en el libro II de la Ley General de la Administración Pública, en especial el artículo 308 y siguientes, pues se trataba de establecer la responsabilidad de Agencia de Vapores del Pacífico SRL, en hechos investigados por la auditoría años después de que se había otorgado el servicio, y que al vapor se le había concedido el zarpe, por la autoridad portuaria, en lo que se supone debió establecerse la responsabilidad de quienes fueran responsables de que ese servicio presuntamente dado no se facturara, deberán establecerse la responsabilidad penal y administrativa de los funcionarios presuntamente involucrados y de otros entes, 2) eso no se ha probado, pues no se siguió el debido proceso, imposibilitando el derecho de defensa garantizado en el artículo 39 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA y por consiguiente el del debido proceso contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Magna, es el derecho de contradicción que consiste en A) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; B) Derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y ofrecer las pruebas que sean pertinentes; C) Oportunidad para el administrado de preparar su alegación; lo que incluye necesariamente el derecho a la información y de los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; D) Derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; E) Notificación adecuada de la decisión final que dicta la administración y los motivos



en que ella se funde y; E) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada. Este procedimiento rige para cualquier procedimiento administrativo que lleve a cabo la administración pública. En el caso que nos ocupa, ello no ocurrió, sino que sin previa investigación de responsabilidades se sanciona a mi representada, inclusive suspendiéndole su actividad en los puertos administrados por el INCOP, y pretendiendo que pague una suma millonaria por presuntos servicios en los cuales no se ha comprobado su responsabilidad (...). Este Tribunal considera que: A partir de lo anterior, es claro para esta Sección que respecto de los alegatos atinentes a presuntas violaciones al debido procedimiento por parte del ente demandado, la parte recurrente no efectúa ningún reparo o cuestionamiento al análisis jurídico ni a la relación de normas hechas por el Juzgador de instancia, tampoco acusa la inaplicabilidad de los precedentes jurisprudenciales citados por el A-quo y aplicados al caso concreto. En razón de lo anterior, analizados que fueran los autos, esta Sección entiende necesario destacar que se comparten plenamente la ratio decidendi utilizada por el juzgador de instancia para resolver este extremo de la demanda. A lo anterior, es menester indicar que dado que en el escrito de apelación, según se indicó supra, únicamente se ofrece una reiteración de los argumentos ya analizados en la resolución recurrida, misma en la que se expone un amplio análisis respecto a la inexistencia de las violaciones al debido proceso señaladas por la parte actora, entre las que se pueden indicar: la comunicación de los actos preparatorios en el procedimiento efectuado por la Auditoria del ente demandado y, la improcedencia de aplicación a su caso de los preceptos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, los cuales regulan el Procedimiento Ordinario, el agravio que es objeto de estudio en el presente considerando, no puede ser de recibo pues, como bien lo expuso el A-quo, las conductas administrativas desarrolladas por el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico, sí se ajustaron al Bloque de Legalidad, el cual es comprensivo no sólo de las normas escritas, sino también de las normas no escritas. Dicha aclaración reviste especial importancia en el presente asunto pues, el A-quo utiliza como uno de los pilares de la resolución recurrida, un precedente jurisprudencial de la Sala Constitucional en los que se analiza específicamente los alcances y contenido del debido procedimiento de cobro de la demandada, que no producen la indefensión acusada por el actor y no se logró acreditar en el presente caso. Por las razones expuestas debe indefectiblemente rechazarse este extremo del recurso de apelación.

III.-Del agravio relativo a la presunta nulidad absoluta de las conductas administrativas del INCOP, dirigidas a efectuar el cobro administrativo a la empresa actora: Respecto de este extremo del recurso la parte actora indicó en su escrito de apelación: “En la administración portuaria, en el presente caso INCOP, la autoridad administrativa que debía comprobar y facturar antes de autorizar el zarpe de los buques, los servicios que hubiera otorgado, los cuales escapan de la función de agente naviero, quien es la persona física o jurídica que actúa como intermediario independiente en nombre y por cuenta del naviero o armador que lo ha contratado, mientras el buque se encuentra en la terminal; (...) lo que pretende el señor Juez A – quo es trasladar esa responsabilidad al agente naviero que lo único que hace es solicitar servicios por cuenta y riesgo del Naviero o armador, pues estos son los usuarios dentro del puerto y los llamados a pagar los servicios, es por ello que la autoridad portuaria es la que otorga el zarpe (...), en el caso del INCOP, como entidad portuaria, debe comprobar el T. R. B (tonelaje de Registro Bruto) que viene en los documentos que tiene el capitán del Barco, a fin de definir cuales son los servicios que requiere el buque, principalmente el remolque. Esa no es responsabilidad del agente naviero como pretende el señor Juez Contencioso administrativo. La responsabilidad es desde que atraca hasta que se marcha el buque por orden de la autoridad portuaria, esta misma realiza la operación, controla los servicios portuarios y con base en ello emite la factura por servicios portuarios que son aquellas actividades de prestación que tienden a la consecución de los fines para la que está establecida la



autoridad. Las actividades y responsabilidades de un agente naviero son: 1- Prestar servicio y atención al buque y a la tripulación. 2 - Realizar por cuenta del armador o naviero las gestiones de carácter administrativo y técnico relacionadas con la estancia del buque, pero no implica ejercicio de autoridad. Cabe aclarar que con antelación a la llegada del buque el agente naviero elabora la factura proforma con base en la información concreta que el armador o naviero le remite y la presenta a la autoridad portuaria. El capitán del barco es el que lleva consigo la documentación que posteriormente entrega a la autoridad portuaria en la visita oficial a fin de que esta corrobore la información. No debe confundirse el agente naviero (mandatario del armador o el naviero) con el consignatario de la mercadería (aquel a quien la mercadería va dirigida). La autoridad portuaria, en este caso es el INCOP, que es un ente autónomo de derecho público, por ende con personería jurídica, goza de plena capacidad de obrar y le corresponde el control de toda la operación durante la estadía del buque y emite la factura final con los servicios que le otorgan a la nave y una vez comprobados los servicios y emitida la factura final da el zarpe para que el barco continúe el viaje, el naviero responde por los gastos portuarios y el costo del manejo de las mercaderías, por ende es responsable por todos los problemas resultantes de la operación del buque y de la operación portuaria. La empresa naviera que pareciera no tiene claro el señor Juez, es la persona física o jurídica que utilizando buques mercantes propios o ajenos se dedica a la explotación de los mismos. El agente naviero, como es el caso de mi representada, da asistencia al buque durante su estadía en el puerto, y recibe los pagos del naviero conforme de la factura final que emite la autoridad portuaria. Es menester señalar que en el momento que ocurrieron los presuntos hechos los servicios de manifestación de la carga, estiba, remolque eran proporcionados por Incop, ente que tenía que controlar que se dieran, pues además es quien lo cobraba. El capitán es el representante del naviero. El naviero es el comerciante marítimo. El agente naviero actúa por cuenta y riesgo del naviero. (...) Se da además el vicio de desviación de poder pues además de que el otro tiene un fin antijurídico y no previsto por el ordenamiento jurídico, pues se pretende cobrar a mi representada AGENCIA DE VAPORES DEL PACÍFICO S.R.L. un supuesto adeudo que no debe, pues no se demostró que sea su responsabilidad sino más bien de ser cierto, obedece a deficiencias administrativas de la misma autoridad portuaria, que encuentra muy fácil trasladar a un tercero, que lo único que hizo, conforme a la ley, fue representar durante la estancia de un vapor de un naviero, por cuenta y riesgo de ese naviero. Es evidente la falta de legitimación pasiva pues mi representada no adeuda absolutamente nada, si existiera algún adeudo el cobro debe dirigirse al naviero o al funcionario negligente que permitió esto, otorgando una factura final y autorizando el zarpe del buque. (...) Amén de ello es evidente que el pago de marras no procede contra mi representada, por cuanto actuó como agente Naviero, órgano que representa al naviero en los trámites y operaciones de desembarque y despacho de mercaderías, mientras el buque está en las instalaciones portuarias, una vez que el buque zarpa, por cuanto la administración portuaria lo autoriza porque se da por satisfecha del pago que se ha efectuado por el Naviero, cesa toda representación, es por esta circunstancia que la administración portuaria es la que decide el zarpe. (ver artículo 375 del Código de Comercio. Debe entender el Tribunal Contencioso que el mandato que ostenta el Agente Naviero se limita al ejercicio de su gestión como agente únicamente para cumplir el encargo, que son las actividades para que se le contrata, zarpado el barco ya no existe responsabilidad alguna del agente naviero, pretender lo contrario es arbitrario, ilegítimo, ilógico, con evidente desvío de poder y conlleva vías de hecho, por lo cual es evidente la falta de legitimación pasiva para este cobro en cuanto al agente Naviero. (...) Tome nota el ad quen (sic) que la administración portuaria procedió muchos años después a confeccionar las facturas presuntamente por servicios que otorgaron otrora y que no se cobraron y endereza el cobro contra el agente Naviero cuando ya ha cesado su gestión. Los actos jurídicos que como agente Naviero le correspondieron han cesado, por ende, ya no puede responder por la actuación del naviero, toda vez que lo representa únicamente en lo relacionado con la atención del buque y mientras el mismo se encuentra en las instalaciones portuarias". De lo anterior, es claro que la parte actora pretende



la declaratoria de la nulidad absoluta de conductas administrativas del INCOP, fundamentada en su carácter de mandatario por ser un agente naviero que no está actuando a nombre y por cuenta propia. Sobre este particular, el Juzgador de instancia señaló en la resolución recurrida: “Se tiene de lo anterior que una cosa es ser naviero o armador, y otra muy distinta es ser agente naviero de buques. Las funciones son distintas y también lo son los servicios que se prestan así como las remuneraciones que se reciben. El naviero se dedica a efectuar transportes, tiene el control del transporte y de la mercancía desde que la recibe en el puerto de carga hasta que la entrega en el lugar pactado, y durante todo el transporte. El agente, en atención a su relación con el naviero, se limita a una serie de gestiones de tipo administrativo en el puerto donde se encuentran sus oficinas, no interviene para nada en la ejecución del transporte, no tiene el control de las mercancías durante el mismo ni directamente ni a través de empleados, no tiene poder de decisión alguno en cuanto a la ruta a efectuar, el tipo de mercancía a transportar, tripulación a emplear, los buques que consigna no son suyos ni están fletados por él. Por último no cobra por realizar transporte alguno puesto que no lo realiza, sino que simplemente cobra una suma por sus servicios. Aunado a lo anterior téngase claro que efectivamente se trata de un mandato, y en principio no existe responsabilidad departe del agente naviero respecto a terceros que no sean su cliente directo, pese a lo cual, en punto a la responsabilidad del Agente Naviero, nuestro ordenamiento jurídico existe norma que contempla este tipo de relaciones comerciales, contenida en el artículo 233 del Código de Comercio, sobre la representación de empresas y sociedades extranjeras, de aplicación al presente caso por lo que se dirá. Reza el artículo de cita: “Artículo 233.-

El que en nombre de una persona o sociedad extranjera anuncie o haga negocios como agente o representante, sin estar provisto de los documentos que lo acrediten como apoderado, incurrirá en responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas y que deban cumplirse en el país , sin perjuicio de la responsabilidad penal que le tocara si hubiere mediado dolo.” El artículo en mención cubre las actividades que entre otras razones, por la costumbre o la naturaleza dinámica de la actividad comercial, -en donde en materia de servicios portuarios como aeroportuarios en general involucrados con el transporte de mercancías, la facilitación es un componente crítico-, se realizan por representación de manera informal, pero de buena fe, sin mediar acreditación de instrumento documental jurídico válido y eficaz de mandato o poder, que como en el caso del agente naviero no es de uso, o no es necesario, bastando el dicho del agente autorizado para que la Administración tenga como existente o presuma la relación entre éste, y el buque a ser servido, sea el naviero o armador. El numeral de cita presenta una solución a la necesidad de que para alguna serie de actividades comerciales se tenga como condición insalvable, el deber de acreditar la representación, mediante la formalización y presentación de los instrumentos jurídicos que de conformidad con la ley sean procedentes y se estilen, a efecto de dar fe de la existencia de tal representación, lo cual puede representar un obstáculo al flujo comercial, eximiendo de tal requerimiento, en pro, o con el objeto de agilizar el comercio y no producir trabas al mismo, con la simple expresión de tal circunstancia, ofreciendo como solución eso sí, que la responsabilidad de cualquier obligación asumida en el país, sea atribuible en forma solidaria al mandatario o representante , que aduce actuar en nombre de un tercero. Se provee así, de un marco de protección a terceros que se relacionan con este agente, de forma que la no exigencia de tal acreditación no genere un obstáculo a la actividad comercial, de tal suerte que la responsabilidad de los propietarios de los buques, naviero o armador, al ser representados por el decir de su mandatario, extiende su responsabilidad a éste, con lo que se evita la formalización de trámites adicionales. Obviamente una cosa es ser naviero y otra muy distinta ser agente o consignatario de buques. El naviero se dedica a efectuar transportes, tiene el control del transporte y de la mercancía desde que la recibe en el puerto de carga hasta que la entrega en el lugar



pactado y durante todo el transporte, el consignatario de buques por el contrario, se limita a una serie de gestiones de tipo administrativo en el puerto donde se encuentran sus oficinas y no interviene para nada en la ejecución del transporte, los buques que representa no son suyos ni están fletados por él y desde luego no puede venderlos o abandonarlos. Por último no cobra por realizar transporte alguno puesto que no lo realiza sino que simplemente cobra una suma en concepto de pago por los servicios de representación y gestión que presta. Más por otro lado, en cuanto a su responsabilidad ante la Administración, la disposición del artículo 233 del Código de Comercio como se observó, dispone la responsabilidad de este tipo de agentes que sustituyen por completo al naviero o armador en el puerto. De esta manera y bajo las circunstancias en las que se desarrollan este tipo de actividades portuarias, Agencia de Vapores del Pacífico S.R.L., es responsable solidario con sus representados, en su condición de agente ante la Administración, por las obligaciones que deban cumplirse en el país, entre otras, las generadas por las obligaciones derivadas de la prestación de los servicios que en representación de sus clientes requieren como consecuencia de las operaciones navieras en el sitio, no siendo de recibo la tesis esgrimida por la actora en el sentido de que sus actividades, por tratarse de un mandato de representación, -lo cual se tiene por demostrado-, no generan responsabilidad de su parte ante el INCOP por estos conceptos, sino que la misma corresponde exclusivamente a las empresas navieras, o armadores. Quedan por demás, las fórmulas contractuales bajo las que el agente naviero y sus representados establezcan las condiciones bajo las que operan sus relaciones comerciales, a fin de prever este tipo de circunstancias, asunto que no es objeto de este instrumento por lo que el vicio de nulidad absoluta en cuanto a este punto no se presenta.” A partir de todo lo anterior, estima este Tribunal que no es de recibo este extremo del recurso de apelación por cuanto, no obstante está fuera de toda discusión la condición jurídica del actor y la naturaleza de sus actuaciones, mismas que intrínsecamente son típicas de una relación de mandato, es lo cierto que lleva razón el A-quo, en cuanto a la aplicación en el sublite del canon 233 del Código de Comercio, precepto que por disposición expresa del legislador, consagra expresamente una responsabilidad solidaria de los agentes, que es el caso de la empresa actora. Por su parte, el cuestionamiento puntual hecho también en el libelo de apelación, en cuanto a que en el proceso de marras debió aplicarse en canon 375 del Código de Comercio, no es de recibo por dos circunstancias, en primer término dicho ordinal fue derogado mediante Ley General de Aduanas, Ley N° 7557 de fecha 20 de octubre de 1995, y en consecuencia no estaba vigente al momento en que ocurrieron los hechos. En segundo lugar, tampoco resultaría aplicable dicho argumento, pues aún si este estuviese vigente, la referida norma hacía referencia a agentes o corredores de aduana, función que no se ajusta a las realizadas por la empresa actora. Por último, en lo relativo al señalamiento hecho por la parte actora, respecto de la presunta existencia de una Desviación de Poder por el INCOP, dado que dicho ente procedió a perseguir un fin antijurídico al efectuar en su perjuicio el cobro supra indicado, es menester indicar que el inciso 3 del artículo 131 de la Ley General de la Administración Pública, al referirse a dicho instituto estipula: "La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder". Sobre este particular, esta Sección considera que tal reparo deviene en improcedente pues, a partir de lo expuesto respecto de las particularidades de la situación jurídica de la empresa actora, todos los elementos atinentes a la validez de las conductas administrativas, incluso el elemento "fin" desplegadas por el INCOP, están plenamente ajustadas al Bloque de Legalidad. En razón de lo anterior, y por ajustarse al Bloque de Legalidad lo resuelto en primera instancia, debe rechazarse este extremo del recurso de apelación.

IV.-Del agravio relativo al acogimiento de la excepción de la caducidad de la acción. En relación con este extremo del recurso la parte actora indicó en su libelo de apelación que: " No lleva razón el Juzgado en cuanto a la caducidad (Considerando IV sobre el fondo del asunto) toda vez que en el



caso concreto mi representada alegó la nulidad de pleno derecho de los actos impugnados (ver escritos de Agencia de Vapores del Pacífico) por ende corre el plazo de caducidad de cuatro años. El pronunciamiento que el juez debe emitir versa sobre el fondo, sea la eventual nulidad de un acto administrativo, que es lo que perseguía mi representada en la presente litis. Además conforme al artículo 984 del Código de Comercio, aplicable a la especie, el plazo de prescripción es de cuatro años. Ahora bien, la caducidad es una sanción a la inactividad de las partes, hecho que no ocurrió en el presente caso. Pues mi representada estaba atenta al asunto.” En esta misma dirección la parte actora argumentó en su escrito de expresión de agravios, lo siguiente: “En el caso concreto, como repito, como se infiere de los escritos de interposición como en el de formalización de la demanda, se alega, la nulidad absoluta. Sea estamos ante la impugnación de actos calificados por Agencia de Vapores del Pacífico como nulos de pleno derecho, tanto por la forma, por cuanto NO se le dio audiencia sobre el Informe de la auditoría, a mi representada, que dio pie al cobro mediante facturas hechizas y antefechadas, lo cual le causo indefensión, violando el derecho de defensa, así como también por cuanto el cobro se hizo “manumilitari”, sea sin que existiera un acto fundado y muchos años después de otorgado el servicio y sin que se hubiera advertido oportunamente que no se recibía el pago a satisfacción, habiendo otorgado, precisamente el zarpe, por cuanto se dio por satisfecha la administración portuaria con el pago.” Revisados los autos se tiene que en la tramitación del proceso en instancia se conocieron y se resolvieron algunas defensas previas, reservándose la de caducidad de la acción para sentencia, momento procesal en el que una vez determinada la regularidad jurídica de las conductas administrativas cuya anulación se pretendía, se acogió la excepción de caducidad de la acción. Sobre este particular, estima esta Sección que, dado que en el tanto en un proceso se estén conociendo pretensiones relativas a la declaración de nulidades absolutas, debe darse curso al proceso para que éste sea conocido y resuelto por el fondo pues, será únicamente hasta dicho análisis por parte del juzgador, que se pueden determinar la existencia o no de vicios de tal gravedad que impliquen la nulidad absoluta de los actos impugnados, lo que conllevará a la ruptura del plazo de caducidad de la acción ordinario de dos meses y sean por tanto posible la anulación del o los actos atacados. En cuanto a la determinación preliminar del apuntado término de caducidad, ya la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que: “XVII.-

Sobre lo referido, es menester apuntar lo siguiente. Esta Sala, desde épocas pretéritas, ha reconocido la posibilidad de que el administrado, además de pretender la declaratoria de nulidad absoluta de un acto administrativo, reclame el pago de los daños y perjuicios irrogados por su aplicación dentro del plazo cuatrienal previsto en el artículo 175 de la Ley General de la Administración Pública. Ello por cuanto, dicho numeral, respecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, amén de ser posterior, resulta ser norma especial, tocante a la impugnación de los actos absolutamente nulos, en particular, respecto al plazo de caducidad para formular los recursos administrativos y la acción contencioso administrativa. Por ende, los plazos normales señalados en este cuerpo normativo y, en otras disposiciones de la propia Ley General de la Administración Pública, no resultan de aplicación cuando lo alegado es la nulidad absoluta del acto .” (El original no está destacado en negrita) Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 810-2003 de las 9 horas 45 minutos del 3 de diciembre de 2003. No obstante lo referido, en aquellos casos en que ha sido alegada la excepción de caducidad de la acción, una vez que el juzgador ha efectuado el análisis respecto de la concurrencia o no de la nulidad absoluta de los actos presuntamente nulos, y se ha determinado su conformidad con el Bloque de Legalidad, o incluso, únicamente han sido acreditados vicios atinentes a una nulidad relativa, es menester pronunciarse respecto de la caducidad de la acción, pudiendo en tal caso decretarse ésta incluso en sentencia. En esta dirección la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:



“XIV .-

Análisis sobre la existencia y tipo de nulidad. Caducidad de la acción. En su sexto cargo, la casacionista recrimina la lesión del precepto 175 de la Ley General de la Administración Pública, al haberse aplicado el plazo de caducidad de dos meses que estatuye el canon 37 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para declarar la caducidad de la acción. En relación cabe indicar que según lo dispuesto por el artículo 175 invocado, la potestad del administrado para impugnar el acto administrativo que padezca de nulidad absoluta, será de cuatro años. Cuando la nulidad sea relativa o bien se discuta el acto en esa jurisdicción por otros aspectos no asociados a la nulidad absoluta, el plazo para formular la acción será de dos meses contados a partir del agotamiento de la vía administrativa en el caso de actos expresos, según se desprende del numeral 37 de la ley de cita. El juez contencioso puede declarar la inadmisibilidad de la acción o de la demanda en tres momentos procesales, primero; en la fase de interposición conforme a lo dispuesto por el numeral 41 de la Ley Reguladora, segundo; ante la interposición de las defensas previas en los términos de los ordinales 50 y 60 ibidem, y tercero; en la sentencia final, acorde a lo indicado por el numeral 60 de la ley en cuestión. En este último supuesto, una de las causas que da cabida a esta declaratoria es la presentación extemporánea de la acción. En la especie ha quedado acreditado que sobre los actos impugnados no pesaban vicios de nulidad severa (absoluta), y que más bien, del todo no existía irregularidad alguna ni en su trámite ni en su contenido. Desde este plano, al socaire del precepto aludido (canon 37), el plazo para formular la demanda era de dos meses, que al momento en que la actora ejercitó la acción, se encontraban en demasía vencidos, ergo, la caducidad de su acción era inminente. Por ende, no existe desafuero alguno al haberse acogido la excepción de caducidad formulada por la representación del Estado, pues en virtud de lo expuesto, era esto lo procedente dentro del cuadro fáctico particular de este litigio. De este modo, no se observa infracción a las normas citadas, lo que conlleva al rechazo del cargo.” Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 907-2006 de las 9 horas 50 minutos del 17 de noviembre de 2006. En razón de lo anterior, y siendo que a partir de lo referido en los considerandos anteriores, este Tribunal no cuenta con elementos de juicio suficientes que le permitan estimar que alguno de los actos recurridos es sustancialmente disconforme con el Bloque de Legalidad, al punto de configurarse una nulidad absoluta, debe indefectiblemente rechazarse este extremo del recurso de apelación, pues la declaratoria de caducidad está plenamente ajustada a derecho.

V.-De los demás aspectos contenidos en el recurso de apelación. De la lectura de los escritos de apelación y de expresión de agravios, se ha determinado que la parte actora ofrece una serie de argumentos no discutidos en instancia relativos a: la falta de requisitos formales de las facturas utilizadas por título ejecutivo por el ente demandado, la inadecuación de las conductas administrativas del INCOP a los Principios Constitucionales de la razonabilidad y de la proporcionalidad, el relativo a la imposición de sanciones vía reglamento, la existencia de vías de hecho por parte del INCOP y por último la lesión a sus intereses por cuanto se aplicó de forma retroactiva el reglamento que utilizó la institución demandada para hacer el cobro del adeudo. No siendo este el momento procesal oportuno para el planteamiento de nuevos alegatos no discutidos en instancia, éstos deben rechazarse de plano por improcedentes. Respecto de este punto hay que aclarar que, de conformidad con el inciso 1 del artículo 24 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, este Tribunal tiene limitado su conocimiento a las pretensiones y a las alegaciones deducidas para fundamentar la acción y la oposición de la demanda, por lo que los argumentos recién citados contenidos en los libelos de apelación y de expresión de agravios, no

formaron parte de lo debatido en instancia. En igual sentido el artículo 313 del Código Procesal Civil que es de aplicación supletoria en el proceso contencioso según lo dispone el artículo 103 de la misma Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece que únicamente se admite la ampliación de pretensiones hasta antes de la contestación de la demanda. En consecuencia, no podría la actora pretender en esta fase procesal, esgrimir los motivos recién indicados para dar nuevo sustento a sus pretensiones, y de hechos antes del dictado de la sentencia de primera instancia. Por las razones expuestas el recurso de apelación debe indefectiblemente rechazarse, como en efecto se hace.

Por tanto

Se declara sin lugar el recurso de apelación en todos sus extremos. En consecuencia se confirma la sentencia impugnada.

d) Análisis del plus salarial por concepto de prohibición

¶⁵

Resolución: 2006-00793

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del dieciocho de agosto de dos mil seis.

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo del Primer Circuito Judicial de Alajuela, por MARÍA EUGENIA CARVAJAL CHAVES, auditora interna, contra MUNICIPALIDAD DE ALAJUELA, representada por su alcalde licenciado Fabio Molina Rojas, casado, abogado. Ambos mayores y vecinos de Alajuela.

RESULTANDO:

1.- La actora, en escrito fechado siete de marzo de dos mil dos, promovió la presente acción para que en sentencia se condene a la demandada al pago del 65% de su salario base por concepto de prohibición en forma retroactiva con base en la ley número 5867, diferencias en vacaciones, aguinaldos, salarios escolares y lo cancelado por incapacidades, que de tal reconocimiento se derive, que las sumas adeudadas se le paguen según el valor actual, intereses y costas de la presente acción.

2.- El representante de la demandada contestó la acción en los términos que indicó en el memorial de fecha veintitrés de abril de dos mil dos y opuso las excepciones de falta de derecho, falta de



interés actual, prescripción y falta de legitimación activa y pasiva.

3.- El juez, licenciado Mario Soto Álvarez, por sentencia de las once horas del treinta de abril de dos mil cuatro, dispuso: “Por las razones expuestas, artículos 1, 2, 4, 461, 494 del Código de Trabajo, artículos 2, 4, 17, 68 del Código Municipal, Ley Número 5867 y sus reformas, se declara sin lugar las defensas de falta de legitimación activa y pasiva, prescripción, y falta de interés actual. La defensa de falta de derecho, se declara con lugar únicamente sobre la pretensión de la demanda marcada con la letra F. Y sin lugar la defensa de falta de derecho, sobre las restantes pretensiones de la demanda. Se declara con lugar la demanda establecida por MARÍA EUGENIA CARVAJAL CHAVES contra MUNICIPALIDAD DE ALAJUELA, teniéndose por denegada en lo que no sea de pronunciamiento expreso así: Se condena a la Municipalidad de Alajuela, a pagarle a la actora, por concepto de prohibición a partir del 27 de diciembre de 1975 y hasta el 3 de setiembre del año dos mil dos, cuando ya se le incorporó a su salario el pago de prohibición. Dicho pago se fija en los siguientes términos, cuyo monto se determinará en ejecución de sentencia. 1) A partir del 27 de diciembre de 1975 y hasta el 2 de setiembre de 1985. Se le reconoce a la actora el pago de prohibición sobre un 30 por ciento del salario base, de los salarios devengados en ese período. Lo anterior porque en esa época, el plus salarial de la prohibición se reconocía con un adicional del treinta por ciento del salario base. 2) A partir del 3 de setiembre de 1985 y hasta el 24 de agosto de 1999, se le pagará a la actora por concepto de prohibición un monto adicional al 50 por ciento del salario base. Tal y como fue modificado por la Ley N° 60999 del 3 de setiembre de 1985. 3) A partir del 25 de agosto de 1999 y hasta el 3 de setiembre del año 2002, se le pagará a la actora por concepto de prohibición el equivalente a un sesenta y cinco por ciento adicional, sobre el salario base. Tal y como fue modificado por la Ley N° 7896 publicada en La Gaceta N° 165 del 25 de agosto de 1999. Para la fijación de estos montos de dinero, no se utiliza el dictamen pericial de folios 126 a 134, porque el señor perito, realizó su estudio e informe pericial sobre la base de un sesenta y cinco por ciento de los salarios devengados por la actora. Y la sentencia está otorgando porcentajes diferentes. 4) Sobre los montos otorgados, se condena a la entidad demandada, a pagar intereses al tipo legal, contados a partir del reclamo administrativo: 10 de noviembre del año 2000 y hasta su efectivo pago. Porque a partir de esa fecha, la actora presentó un reclamo formal ante la Municipalidad. 5) Además debe pagar la entidad demandada, las diferencias dejadas de pagar por concepto de prohibición, en los rubros correspondientes a vacaciones, aguinaldos, salario escolar e incapacidades a partir de la vigencia de la Ley N° 5867. 6) Los extremos concedidos en esta sentencia, deberá pagarlos en entidad demandada, una vez que exista suma líquida y determinada, en un plazo racional que el suscrito fija en 6 meses. Porque al ser una institución pública, la entidad condenada, la misma está sujeta a una serie de limitaciones y autorizaciones presupuestarias que debe de respetar. 7) Se rechaza la pretensión marcada con la letra F) en la petitoria de la demanda. SOBRE COSTAS: Con fundamento en los artículos 221 del Código Procesal Civil y 494 del Código de Trabajo, se condena a la parte demandada al pago de ambas costas del proceso, por resultar parte vencida. Se fijan los honorarios de abogado en un quince por ciento de la condenatoria”.

4.- Ambas partes apelaron y el Tribunal del Primer Circuito Judicial de Alajuela, integrado por los licenciados Carlos E. Alfaro Muñoz, Marta Alfaro Ovando y Alejandro Araya Rojas, por sentencia de las diez horas del doce de diciembre de dos mil cinco, resolvió: “No se observan errores u omisiones que causen nulidad o indefensión. En lo apelado, se confirma la sentencia recurrida, modificándose el porcentaje sobre el que se calcula el pago por concepto de prohibición, que se fija de la siguiente manera: a) un quince por ciento sobre el salario base devengado en el período comprendido entre el veintisiete de diciembre de mil novecientos setenta y cinco y el veinte de diciembre de mil novecientos setenta y nueve; y, b) un veinticinco por ciento sobre el salario base devengado en el lapso que va del veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y nueve al tres



de setiembre de dos mil dos”.

5.- Ambas partes formularon recurso, para ante esta Sala, en memoriales de data diez y trece de febrero de dos mil seis, los cuales se fundamentan en los motivos que se dirán en la parte considerativa.

6.- En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado van der Laat Echeverría; y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES: La actora planteó la demanda para que, con base en la ley número 5.867 del 15 de diciembre de 1975, se condenara a la Municipalidad accionada a pagarle el 65% de su salario base por prohibición, en forma retroactiva, desde la vigencia de dicha ley. Solicitó que también se le condenara a pagarle las diferencias que de tal reconocimiento derivaban en los derechos de vacaciones, aguinaldos, salarios escolares y lo que se le hubiere cancelado por incapacidades. Pidió que las sumas adeudadas se le pagaran según el valor actual y que se condenara a la demandada a pagarle intereses y costas (folios 44-48). La demanda fue contestada negativamente por la representación de la Municipalidad de Alajuela, oponiéndose las excepciones de prescripción, falta de derecho, falta de interés y falta de legitimación. Se argumentó que la demandante no cumplía el requisito académico indispensable para poderle otorgar el derecho reclamado (folios 53-59). En primera instancia se acogieron parcialmente las pretensiones de la actora y se condenó a la entidad demandada a pagarle lo correspondiente por prohibición, desde el 27 de diciembre de 1975 y hasta el 3 de setiembre del 2002, pues a partir de esta última fecha se le reconoció administrativamente el derecho reclamado, pero con base en una normativa distinta. Los porcentajes por dicho plus se fijaron de la siguiente manera: del 27 de diciembre de 1975 al 2 de setiembre de 1985 en un 30%; del 3 de setiembre de 1985 al 24 de agosto de 1999 en un 50%; y, del 25 de agosto de 1999 al 3 de setiembre del 2002 en un 65%. Se concedieron las diferencias reclamadas en las sumas pagadas por vacaciones, aguinaldos, salarios escolares y subsidios por incapacidad. Los intereses se otorgaron a partir de la fecha del reclamo administrativo -10 de noviembre del 2000-. El pago de las costas se le impuso a la parte perdedora y las personales se fijaron en el quince por ciento de la condenatoria (folios 166-175). Lo resuelto fue apelado por ambas partes (folios 178-182 y 224-225) y el Tribunal de Alajuela acogió parcialmente el recurso de la Municipalidad, al considerar que sus estudios no podían equipararse al del grado de licenciatura, por lo que dispuso modificar los porcentajes concedidos, para fijarlos en el 15% en el período comprendido entre el 27 de diciembre de 1975 y el 20 de diciembre de 1979; y en el 25% del 21 de diciembre de 1979 al 3 de setiembre del 2002. En todo lo demás confirmó la sentencia de primera instancia (folios 239-246).



II.- LOS AGRAVIOS DE LOS RECURRENTE: Ambas partes muestran disconformidad con lo fallado por el órgano de segunda instancia. a) Recurso de la actora: Acusa una indebida valoración de los elementos probatorios que constan en los autos y la violación del artículo 330 del Código Procesal Civil. Considera que no se tomó en cuenta el voto firme del Tribunal de Alajuela, número 358-96, por el cual se ordenó que la Municipalidad debe pagarle el salario mínimo correspondiente al de un contador público. Señala que el plus por disponibilidad debe serle cancelado con base en el salario del cargo que como auditora ocupa en propiedad. A su juicio, la aplicación del original inciso d) de la ley 5.867 relacionada, no resulta procedente y tampoco la decisión de no equiparar sus estudios a los del grado académico de licenciatura, por el hecho de haber estudiado en una escuela de comercio y no en un centro universitario. Considera que la aplicación hecha conlleva un error de interpretación y un desconocimiento de los reiterados criterios jurisprudenciales y los de la Procuraduría General de la República, que han reconocido el pago de disponibilidad con base en el artículo 113 (actual 118) del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, en atención al puesto desempeñado y no con base en el grado académico que se ostente. Considera que si se desempeña como auditora y se le paga como tal, no se le puede rebajar su salario, en perjuicio de derechos adquiridos. Estima que lo resuelto violenta el transitorio único de la ley 5.867. Con base en esos argumentos pretende que se revoque lo fallado y se resuelva conforme a derecho (folios 255-257). b) Recurso de la parte demandada: El representante de la Municipalidad demandada también muestra disconformidad en cuanto el Tribunal rechazó los argumentos de la apelación, señalando que no habían sido debatidos oportunamente. Sostiene que el asunto pretende determinar si la actora tiene o no derecho al pago de la prohibición y desde cuando debe reconocerse dicho plus. Considera que debió determinarse si la actora cumple o no las condiciones establecidas en las normas para disfrutar de ese derecho. A su juicio, el derecho que se otorga a la accionante encuentra sustento en la ley 5.867 del 15 de setiembre de 1975, por la cual se creó la compensación relativa a la prohibición establecida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que en relación con el numeral 99 solo es aplicable a las dependencias que conforman la administración tributaria, carácter que adquirió la Municipalidad a partir e la vigencia del actual Código Municipal, pues antes no mediaba norma alguna que le diera a las municipalidades naturaleza de administraciones tributarias, por lo que señala que el pago pretendido no puede concederse sino a partir de la fecha del rige de dicha normativa. Con base en esos argumentos, solicita la revocatoria de lo fallado y que se declare sin lugar la demanda (folios 271-275).

III.- DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR EL IMPEDIMENTO DE EJERCER PRIVADAMENTE LA PROFESIÓN Y ANÁLISIS DEL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA: El 15 de diciembre de 1975 se promulgó la ley número 5.867, vigente a partir del 27 de diciembre siguiente, denominada Ley de compensación por pago de prohibición. En el numeral 1° de esa normativa, el cual ha sufrido reiteradas reformas que para resolver el caso no interesa invocar, se reguló lo siguiente:

“Se establece la siguiente compensación económica sobre el salario base de la Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública, para el personal de la Administración Tributaria que se encuentre sujeto, en razón de sus cargos, a la prohibición contenida en el artículo 113 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios; con excepción de los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo.

- a) De un 30% para los profesionales a nivel de licenciatura en el área específica de actividad;
- b) De un 25% para los egresados;
- c) De un 20% para quienes hayan aprobado el cuarto año de la respectiva carrera; y
- d) De un 15% para los que tienen aprobado el tercer año o bien tengan una combinación académica equivalente; en todos los casos dentro de la disciplina antes citada.” (La negrita y el subrayado no constan en el original).

El entonces artículo 113 (actual 118) al que se refería dicha norma señalaba:

“Prohibición para el personal de la Administración Tributaria. Los Directores Generales, los Subdirectores, los Jefes o Subjefes de Departamento y de Sección de las dependencias de la Administración Tributaria, así como los miembros propietarios del Tribunal Fiscal Administrativo y sus suplentes en funciones, no pueden ejercer otros puestos públicos o privados, con o sin relación de dependencia, excepción hecha de la docencia o de funciones públicas desempeñadas en representación de su respectivo superior jerárquico, cuyos cargos estén sólo remunerados con dietas./ En general queda especialmente prohibido al personal de los entes precedentemente citados, con la única excepción de la docencia, desempeñar en la empresa privada actividades relativas a materias tributarias o cargos directivos u otros que impliquen la participación en la asistencia técnica o en las decisiones de la empresa. Asimismo está prohibido a dicho personal hacer reclamos a favor de los contribuyentes o asesorarlos en sus alegatos o presentaciones en cualquiera de las instancias, salvo que se trate de sus intereses personales, de sus padres, los de su cónyuge o de sus hijos. / En los casos de excepción a que se refiere el artículo, para acogerse a ellos, debe comunicarse al jefe de la dependencia su decisión de hacer uso de las excepciones previstas en este Código.” (La negrita y el subrayado son del redactor).

Ambas normas hacían referencia al “personal de la Administración Tributaria”, la que el artículo 105 del citado Código que estaba vigente cuando la ley 5.867 entró a regir (actual 99), definía como el “...órgano administrativo que tenga a su cargo la percepción y fiscalización de los tributos, ya se trate del Fisco o de otros entes públicos que sean sujetos activos, conforme a los artículos 11 y 14 del presente Código.”, donde se definía al “sujeto activo” como al ente acreedor del tributo. El derecho de los funcionarios municipales a percibir el plus por prohibición, aunque no en su generalidad, tal y como se dejó claramente establecido en la reciente sentencia número 17, de las 10:00 horas del 25 de enero del 2006, deriva precisamente del hecho de que las municipalidades se enmarcan dentro del concepto de administración tributaria, pues se conciben como un “sujeto activo” en los términos de la norma transcrita, dado que está claro que dichas entidades son acreedoras de tributos. El apoderado de la demandada considera que el derecho de la actora solo le podría ser concedido a partir de la vigencia del actual Código Municipal (ley número 7.794, de 30 de abril de 1998, vigente a partir del 18 de mayo siguiente), pues fue hasta ese momento en que se concibió a las municipalidades como parte integrante de la administración tributaria, según lo indicado expresamente en los incisos d) y e) del artículo 4, que en el orden citado establecen, entre otras atribuciones de las municipalidades, las de “d) Aprobar las tasas, los precios y las contribuciones municipales, y proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales; y e) Percibir y administrar, en su carácter de administración tributaria, los tributos y demás ingresos municipales.” El agravio así planteado, que también fue sometido a conocimiento del Tribunal, resultaba plenamente admisible, por la forma en que resolvió el juzgador de primera instancia y



lleva razón el recurrente en cuanto muestra disconformidad con lo indicado por los integrantes del órgano de alzada, en el sentido de que se trataba de un argumento nuevo, no debatido. Se trataba de la impugnación que la parte demandada hizo respecto de la fecha a partir de la cual el juez había concedido el derecho; pues se estimaba que se había hecho una incorrecta aplicación de la normativa aplicable, sin que tales argumentos pudieran considerarse como novedosos o fuera del debate. Sin embargo, por la forma en que se resuelve, se considera innecesario disponer la nulidad del fallo recurrido, para que el Tribunal se pronuncie sobre este aspecto. El argumento del recurrente resulta improcedente, en el tanto en que no puede considerarse que solo a partir de la vigencia de ese nuevo Código puede concebirse a las municipalidades como parte integrante de la administración tributaria, en los términos expuestos. La condición de sujeto activo, es decir de acreedora de tributos, la tienen las municipalidades por disposición constitucional (artículos 170 y 121 inciso 13) y así también estaba concebida desde el Código Municipal (ley N° 4.574) que estuvo vigente a partir del 1° de enero de 1971. En efecto, ya en el artículo 4 de dicha normativa se establecía la competencia de las municipalidades para administrar los servicios e intereses locales, y se incluían dentro de sus potestades las de acordar los ingresos necesarios para el cumplimiento de sus cometidos y disponer sobre su distribución y empleo (artículo 7, inciso b)). De igual forma, el artículo 21 se establecía, como competencia del Concejo Municipal, entre otras, la de acordar los presupuestos, fijar las contribuciones y tasas y proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales a la Asamblea Legislativa. Sobre el tema, también resulta de interés lo señalado por la Sala Constitucional en la sentencia número 1.631, de las 15:15 horas del 21 de agosto de 1991, en cuanto ahí se indicó:

“Dispone el artículo 170 de la Constitución Política que las corporaciones municipales son autónomas. De esa autonomía se deriva, por principio la potestad impositiva de que gozan los gobiernos municipales, en cuanto son verdaderos gobiernos locales, por la que la iniciativa para la creación, modificación o extinción de los impuestos municipales corresponden a esos entes, ello sujeto a la autorización legislativa establecida en el artículo 121 inciso 13) de la Constitución Política, la cual es, por su naturaleza, más bien un acto de aprobación, pero ambos casos, tanto la autorización como la aprobación, se tratan de una actividad tutelar, como se dirá.- / ... / V.- La autorización de los impuestos municipales que establece el inciso 13) del artículo 121 constitucional, aunque emanada del Poder Legislativo, no es sino un acto de autorización típicamente tutelar, consistente en la mera remoción de un obstáculo legal para que la persona u órgano autorizado realice la actividad autorizada, actividad de que es titular ese órgano autorizado y no el autorizante. La Asamblea tiene potestad únicamente para autorizar los impuestos municipales. Autorizar implica que el acto objeto de esa autorización es originado en el órgano autorizado y es propio de la competencia de ese mismo órgano. De ahí que constitucionalmente no es posible que la Asamblea Legislativa tenga un papel creador de los impuestos municipales, en cuanto que son las corporaciones las que crean esas obligaciones impositivas locales, en ejercicio de la autonomía consagrada en el artículo 170 de la Constitución y por su naturaleza de entidades territoriales corporativas, es decir de base asociativa, capaz de generar un interés autónomo distinto del Estado, y las someten a la aprobación legislativa que condiciona su eficacia.- / VI.- Autorizar no conlleva potestad alguna de reformar ni imponer programas o criterios de oportunidad, salvo que la norma que exige la autorización expresamente disponga en contrario, lo que no ocurre en este caso con la respectiva norma constitucional (art. 121 inc. 13). Así las cosas, la Asamblea puede rechazar un nuevo impuesto municipal, pero no establecer uno distinto no originado en la voluntad municipal, ni introducir disposiciones como la aquí impugnada en la autorización de un impuesto municipal o sus modificaciones. Las Municipalidades no hacen a la Asamblea Legislativa una mera proposición, sino que deben poder someterle verdaderas fijaciones impositivas. Esto



significa que el acto impositivo municipal es terminal y definitivo, creador del impuesto en un procedimiento tributario abierto al efecto por cada municipalidad, no inicial en un presunto procedimiento legislativo con igual función, como si fuera simple proposición sujeta a la voluntad constitutiva y libre del legislador. Por consiguiente, la fijación tributaria municipal enmarca la materia del pronunciamiento legislativo, cuya función es tutelar y no constitutiva del impuesto municipal, y cuyo resultado consecuente sólo puede ser la autorización o desautorización de lo propuesto, no la sustitución de la voluntad municipal. Debe admitirse que, dado el silencio constitucional al respecto, los motivos de la autorización legislativa o de su denegación bien pueden ser de mérito u oportunidad y no meramente legales o constitucionales, pero aún así la disposición legislativa sólo puede ser una de esas dos, autorización o desautorización, y no creación del impuesto municipal en lugar y con suplantación de la municipalidad. Lo contrario es violación de la autonomía municipal constitucionalmente garantizada, que incluye la potestad de fijar impuestos para sostenimiento de la Municipalidad y que prohíbe -aunque la sujete a autorización legislativa- privar a ésta de tal potestad, para trasladarla, en último término, a la voluntad única y excluyente de la Asamblea Legislativa.- / VII.- La norma impugnada viola, además, el inciso 1) del artículo 121 de la Constitución Política, por cuanto el poder de legislar no es irrestricto, sino que, por el contrario, la Asamblea Legislativa, en la misma forma que los otros Supremos Poderes, está sujeta a los límites que la misma Constitución establece y que, sobre el particular, le impiden sustraer de la voluntad municipal la creación de tributos locales, como ha sido expuesto en los anteriores considerandos.”

De lo anterior se desprende entonces que la condición de administración tributaria de las municipalidades no surgió con la entrada en vigencia del actual Código Municipal, como lo alega el representante de la Municipalidad demandada; y, en consecuencia, la aplicación del pago compensatorio por la prohibición puede darse respecto de los servidores municipales involucrados en dicha administración tributaria, con base en la ley 5.867 y a partir de su vigencia. Al contestar la demanda, la representación de la Municipalidad se opuso a la pretensión, al considerar únicamente que la actora no cumplía el requisito académico para que le pudiera ser concedido el plus reclamado y aunque está claro que la compensación salarial por la prohibición de ejercer privadamente la profesión no puede serle concedida a todos los servidores municipales, sino solo a los que desempeñan labores estrechamente relacionadas con la materia tributaria, en el caso concreto no se argumentó que las labores de la actora no tenían esa naturaleza. En momento alguno se indicó que el puesto ocupado por la accionante no podía incluirse dentro de los relacionados con la administración tributaria y, por el contrario, se indicó que “...la actora se encuentra nombrada como Auditora Municipal, razón por la cual está imposibilitada para ejercer en forma privada funciones relacionadas con la materia contable.” (folios 54-55), indicándose que el plus salarial no se le reconocía por el hecho de que no contaba con el grado académico requerido, pues únicamente tenía el título de contadora privada y el de auditora a nivel de técnico profesional, requiriendo al menos el de diplomado o su equivalente en el área contable. En consecuencia, queda superada la constatación de si las actividades de la accionante están estrechamente vinculadas a las de la administración tributaria; pues, como se apuntó, se trató de un hecho no controvertido; razón por la cual, los argumentos implícitos que en el recurso se esbozan en este sentido no pueden ser acogidos, aparte de que la propia Municipalidad ha admitido, administrativamente, que el puesto de la actora debe estar sujeto a prohibición, pero el plus económico no se le paga por las razones apuntadas. Luego, no cabría revocar lo resuelto en atención a un eventual incumplimiento de la actora respecto del grado académico requerido, por cuanto tal cuestión no fue objeto de agravio por parte de la entidad demandada en esta tercera instancia rogada.



IV.- RECURSO DE LA PARTE ACTORA: Tal y como quedó expuesto en las consideraciones anteriores, en primera instancia se le concedió a la accionante el mayor porcentaje fijado en la ley; mientras que, los integrantes del órgano de alzada, en atención a sus atestados académicos, le fijaron su derecho con base en el porcentaje menor previsto. El primer agravio de la actora está relacionado con una supuesta indebida valoración de la prueba, respecto de un fallo firme, dictado en otro proceso, que ordena a la Municipalidad pagarle el salario mínimo fijado para el puesto de contador público. En cuanto a este reclamo, cabe señalar que la recurrente no expone las razones claras y precisas, a lo que estaba obligada por lo dispuesto en el artículo 557 inciso a) del Código de Trabajo. Tal circunstancia impide el análisis del agravio, pues de lo expuesto ante la Sala no puede ni siquiera extraerse en qué forma esa supuesta indebida valoración afecta lo resuelto en este proceso. De concederse el plus por prohibición, está claro que debe pagársele en atención al cargo de auditora que ella ocupa y según el salario base que devenga, sin que pueda concluirse que el Tribunal haya señalado algo distinto. En segundo lugar, la demandante muestra disconformidad en cuanto los integrantes del órgano de segunda instancia concluyeron que sus estudios no pueden equipararse al del grado de licenciatura universitaria y estima que medió una indebida interpretación y aplicación de la ley 5.867; por cuanto, mediante la norma transitoria de esa ley, se pretendió dar un trato igualitario a quienes no contaban con el grado académico de licenciatura, a pesar de que desempeñaban labores profesionales en esa condición, eximiéndola de cumplir el requisito académico. Así, considera que si ocupa el puesto de auditora, debe pagársele la prohibición con base en ese cargo, con independencia de su grado académico. Como quedó señalado, la ley 5.867 estableció una compensación económica por el impedimento de ejercer privadamente la profesión, pero lo hizo en distintos porcentajes, en relación con el grado académico del funcionario. Inicialmente, dicha ley, pues luego fue reformada, fijó un 30% para los profesionales a nivel de licenciatura; un 25% para los egresados universitarios; un 20% para los que hubieran aprobado el cuarto año de carrera universitaria, y un 15% para los que tuvieran aprobado el tercer año o una combinación académica equivalente. De eso se extrae que el solo hecho de ocupar el cargo de auditora no le daba derecho a la demandante a percibir el máximo porcentaje establecido, pues para ello requería ostentar el grado de licenciatura; dado que el grado académico es un requisito que necesariamente debe cumplirse para poder optar por la compensación económica, sin que baste la ocupación del cargo. Ahora bien, la norma transitoria de esa ley 5.867, en forma expresa señalaba: “Los no profesionales que tengan preparación equivalente y que ocupen puestos en propiedad enmarcada en el artículo 113 del Código Tributario, recibirán la misma compensación que los empleados profesionales, de acuerdo con la escala de salarios establecida en el artículo 1º.” De conformidad con esta norma, se eximía del cumplimiento de los requisitos académicos, a aquellos funcionarios que estuvieren nombrados en propiedad en puestos que ameritaran el pago de la prohibición (cual era la situación de la accionante), pero a cambio se exigía una “preparación equivalente”. De lo anterior se desprende que no fue que se les eximió de cumplir alguna condición académica en forma absoluta, sino que el porcentaje se les concedería en atención a su preparación equivalente. Este tema fue objeto de discusión en la Comisión Permanente de Asuntos Económicos que estudió el proyecto de ley, y luego en el plenario. El diputado Barboza Ruiz, en su oportunidad argumentaba: “...en el momento en que se contrató al personal, como no había personal califica (sic) ni profesionales, posiblemente ocuparan a personas sin título profesional, pero que tenían experiencia, esfuerzo y fueron escalando puestos dentro de la Tributación, hasta llegar a ser jefes de estos departamentos... como la compensación es para que dejen de trabajar sería injusto que recibieran una menor compensación estas personas que las que están graduadas, ... se trata de una cantidad de dinero que les vamos a dar para que dejen de trabajar. Quiere decir que lo mismo da prohibirle a los graduados que trabajen, que a los no graduados, y de acuerdo con la escala que nos presenta el Servicio Civil, hay una discriminación, lo que ocasiona un gran problema.” El diputado González Flores replicó: “... Es lógico pensar que la compensación también tiene su diferencia en el



momento en que ese individuo tiene la posibilidad de trabajar en la empresa privada, porque la empresa privada le pagará mayor salario al graduado que al no graduado, o sea que la compensación tendrá que ser mayor para aquel graduado, porque el salario que dejaría de percibir por esta prohibición, lógicamente sería mayor y se calcula en un 30%, no así al funcionario de otra categoría, al cual la empresa privada le va a pagar menor salario que a un profesional, eso es obvio. Yo creo que la compensación es en base de lo que un individuo se podría ganar en la empresa privada, y la empresa privada hará también las mismas diferencias, de acuerdo con los títulos que el individuo puede aportar.” Los diputados Barboza Ruiz y González Flores plantearon entonces la inclusión de la norma transitoria, con el mismo texto que luego fue aprobado, indicando, el segundo, lo siguiente: “La idea es esta: en el caso de que hayan jefes o subjefes de departamento o de sección, de acuerdo con el artículo 113, que están ocupando ya puestos en la Administración, que no sean profesionales, pero que tengan estudios equivalente y que tengan la plaza en propiedad, pueden disfrutar de la misma compensación que se le va a dar a los profesionales...” De ahí se extrae que si bien no se requería el rango profesional, se exigía una preparación equivalente. La moción para incluir el transitorio fue luego retirada e incluida posteriormente, con el mismo texto. La idea expuesta se refuerza con lo indicado en el dictamen afirmativo hecho por la Comisión, donde expresamente se indicó: “Finalmente, esta Comisión decidió acoger en todos sus extremos las sugerencias de la Dirección General de Servicio Civil, adicionándole al articulado del proyecto, un transitorio que ampara y beneficia a los no profesionales con dicha remuneración, siempre que tengan la preparación equivalente y estén nombrados en propiedad, todo de conformidad con la escala instaurada en el artículo 1°.” El requisito de la preparación equivalente, entonces se mantuvo para los no profesionales. Ya en el plenario, medió una moción donde se modificaba la redacción de la norma transitoria, eliminándose lo relacionado con la preparación equivalente, pues únicamente se requería el nombramiento en propiedad en un puesto que ameritara la prohibición y exigiera el cumplimiento de un requisito académico, pero fue desechada. La moción propugnaba la aprobación del siguiente texto: “Los no profesionales que estén enmarcados en el artículo 113 del Código Tributario y que ocupen puestos en propiedad, para los cuales se exige el título universitario correspondiente según el Manual Descriptivo de Puestos del Servicio Civil, recibirán la misma compensación que los empleados profesionales, de acuerdo con la escala establecida en el artículo 1°, inciso a)”, o sea, el porcentaje mayor fijado. También se presentó una moción para eliminar de todo la norma transitoria, pero tampoco fue acogida. De igual forma, se pretendió eliminar el transitorio e incluir a los no profesionales en el porcentaje menor pagado, sugerencia que corrió la misma suerte. Con base en lo expuesto, queda claro que la prohibición se pagaría a los no profesionales que en el momento de la promulgación de la ley ocuparan un puesto en propiedad, de los que requerían el pago de prohibición, siempre que tuvieran una preparación equivalente. En el caso concreto no se evacuó prueba tendente a demostrar si los estudios realizados por la accionante, en la Escuela Boston de Secretariado, de contadora privada (folio 41) y para obtener el título de auditora, en ese mismo centro educativo, pero para ese entonces denominado simplemente como Escuela Boston (folio 42), conllevaban una preparación equivalente al grado académico de licenciatura que exigía el original inciso a) del artículo 1 de la ley 5.867, para poder conceder el máximo porcentaje por prohibición, que es lo que la recurrente pretende. Por la misma razón, no podría determinarse si su condición podía equiparse a la de egresada, o a la de la aprobación de cuarto o tercer año de la carrera universitaria, a tenor de lo regulado en los otros incisos de ese numeral. Para determinar tal circunstancia se hubiera requerido de un informe técnico; sin embargo, en el caso concreto se estima que puede prescindirse de este, en el tanto en que del estudio de los antecedentes legislativos, se desprende que los estudios con los que contaba la actora podían equiparse, en aquel momento, a los de un estudiante universitario que hubiera aprobado el cuarto año de carrera universitaria. Al discutirse sobre la escala compensatoria recomendada por la Dirección General del Servicio Civil, que luego fue aprobada, se hizo referencia a los requisitos que se exigían para

ocupar distintos puestos de auditoría y se indicó: “Como decía el señor Viceministro, la proposición que hace el Servicio Civil, pretende otorgar más al que ya tiene su carrera universitaria o al que está cerca de lograrla. Sin embargo, en el fondo nosotros creemos que realmente inclusive dos escalas son suficientes con una pequeña diferencia. Un auditor 4 requiere ser licenciado, tiene un sueldo base de ₡4.000,00.

Un auditor 3 no requiere ser licenciado. Un auditor 2 es un muchacho de cuarto año de la Universidad o bien un auditor privado de cualquiera de las existentes en el país, más un número de años de experiencia en el puesto inmediato anterior...” (La negrita no consta en el original). Se desprende de lo evidenciado, que se hacía una equiparación entre quienes hubieren aprobado el cuarto año universitario y aquellas personas que contaran con el título de auditor privado, como es el caso de la accionante. Así, se estima adecuado fijar su derecho con base en ese parámetro.

V.- CONSIDERACIONES FINALES: De conformidad con las razones dadas, se estima que debe acogerse el recurso de la actora, no en cuanto pretende que se le conceda el plus por prohibición en el porcentaje correspondiente a un licenciado universitario, pero sí en el previsto para el de aprobación de cuarto año de carrera universitaria. En consecuencia el fallo debe ser modificado, para concederle el derecho a la actora de la siguiente manera: Con base en la original ley 5.867: del 27 de diciembre de 1975 al 2 de setiembre de 1985, con un 20% del salario base devengado. Por la reforma dispuesta mediante ley número 6.999: del 3 de setiembre de 1.985 al 24 de agosto de 1.999, con un 30% sobre la misma base de cálculo. Y, por último, por lo dispuesto en la ley número 7.896: del 25 de agosto de 1999 al 3 de setiembre del 2002, pues a partir del día 4 siguiente se le concedió dicho plus, pero con base en la Ley general de control interno (folio 117), también con un 30% sobre el salario base.

Por tanto:

Se modifican los porcentajes y las fechas fijadas en la sentencia recurrida en cuanto al plus por prohibición. Se declara el derecho de la actora de percibir un veinte por ciento sobre el salario base devengado en cada momento, del veintisiete de diciembre de mil novecientos setenta y cinco al dos de setiembre de mil novecientos ochenta y cinco; y de un treinta por ciento, sobre la misma base de cálculo, del tres de setiembre de mil novecientos ochenta y cinco al tres de setiembre del dos mil dos. En todo lo demás, se confirma el fallo impugnado.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 Asamblea Legislativa. Ley General de Control Interno. Ley : 8292 del 31/07/2002. Fecha de vigencia desde: 04/09/2002
- 2 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2008-000713. San José, a las diez horas diez minutos del veinticinco de agosto del dos mil ocho.
- 3 TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN SEGUNDA , SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Voto N° 2033. A las once horas veinte minutos del veintiuno de diciembre del dos mil siete
- 4 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, SECCIÓN SÉPTIMA, Voto No. 30-2009-SVII. Segundo Circuito Judicial de San José, a las catorce horas cincuenta minutos del veintisiete de febrero de dos mil nueve.
- 5 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2006-00793. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del dieciocho de agosto de dos mil seis.