



Los textos completos de los dictámenes y opiniones jurídicas que se ofrecen en esta publicación pueden consultarse directamente por Internet en la página <http://www.pgr.go.cr/scij> del Sistema Nacional de Legislación Vigente de la Procuraduría General de la República. Igualmente, en ese sitio encontrará la Constitución Política, convenios internacionales, leyes vigentes, decretos ejecutivos, reglamentos, acuerdos y cualquier otra norma de aplicación general publicados en La Gaceta, así como los informes sobre acciones de inconstitucionalidad presentadas ante la Sala Constitucional, todo ello de manera gratuita e ininterrumpida.

Además, como un nuevo servicio institucional y de soporte para la divulgación de la información jurídica, la Procuraduría General de la República ha creado la **Revista Electrónica** que contiene, entre otras novedades:

1. Los dictámenes y opiniones jurídicas más solicitados durante el trimestre.
2. Artículos y publicaciones jurídicas elaborados por funcionarios de la PGR.
3. Leyes, decretos y reglamentos de reciente publicación.

La Revista Electrónica se publica trimestralmente y puede consultarse por Internet.

Le invitamos a visitar nuestra página <http://www.pgr.go.cr> para mayores detalles sobre nuestros servicios.

CONTENIDO

DICTÁMENES

OPINIONES JURÍDICAS

Pág.
Nº

1

5

interés, antecedente que por su relevancia de frente a la situación planteada consideramos importante transcribir, en tanto se abordan los temas de:

- I.- Permisos y licencias: derechos laborales de los trabajadores.
- II.- El derecho fundamental a la conciliación de la vida laboral o profesional y de la vida familiar, en el contexto internacional.
- III.- Situación actual de Costa Rica frente a los permisos laborales remunerados para acompañar a los hijos a consulta médica. Prevalencia de normativa de rango superior.

DICTÁMENES

Dictamen: 164 - 2010 Fecha: 09-08-2010

Consultante: Floria V. Díaz Rivel

Cargo: Trabajadora Social

Informante: Andrea Calderón Gassmann

Temas: Licencia laboral. Permiso con goce de salario. Función consultiva de la Procuraduría General de la República. Inadmisibilidad. El gestionante consulta en condición de particular, aunque sea funcionario público. Antecedentes sobre el tema de permisos y licencias como derechos laborales.

La Sra. Floria V. Díaz Rivel, Trabajadora Social nos indica que labora como trabajadora social para el Patronato Nacional de la Infancia, en la sede de Nicoya. Solicita que le indiquemos cuál es la opinión jurídica de esta Procuraduría acerca de la posibilidad de otorgar permisos sin rebajo de salario cuando el funcionario debe acompañar a sus hijos menores de edad o a sus padres de edad avanzada a citas médicas, en hospitalizaciones o asumir las responsabilidades en el área de educación de los hijos.

Mediante nuestro dictamen N° C-164-2010 del 9 de agosto del 2010 suscrito por la Licda. Andrea Calderón Gassmann, Procuradora, indicamos que la consulta lamentablemente se encuentra planteada de forma improcedente, al haber sido formulada en condición de particular, al exponer su situación personal –y no realmente de modo oficial como funcionaria del PANI–, por lo que nos vemos imposibilitados para emitir el criterio jurídico solicitado, ya que de lo contrario estaríamos excediendo nuestras competencias legales.

Así las cosas, en vista de que en el presente asunto se incumple con tres de los requisitos de admisibilidad exigidos para acceder al trámite de las consultas, en tanto su persona gestiona en condición de particular y no oficialmente a nombre y por cuenta del PANI, ni ostenta la condición de jerarquía dentro de esa institución, además de que no se adjuntó a la consulta el criterio legal respectivo, nos vemos obligados a disponer el rechazo de la gestión.

Sin perjuicio de anterior, le señalamos que en nuestro dictamen N° C-166-2006 de 26 de abril del 2006 se desarrolla el criterio de este Órgano Asesor sobre los temas que resultan de su

Dictamen: 165 - 2010 Fecha: 09-08-2010

Consultante: Luis Guevara Rivas

Cargo: Auditor Interno

Institución: Operadora de Pensiones Complementarias y Capitalización de la CCSS

Informante: Luis Guillermo Bonilla Herrera

Temas: Empresa pública estatal. Pensión complementaria. Operadora de pensiones. Régimen de empleo mixto. Naturaleza jurídica de la Operadora de Pensiones Complementarias y de Capitalización Laboral de la Caja Costarricense de Seguro Social; Régimen jurídico mixto de empleo de sus trabajadores y servidores.

Por oficio N°AI-011-10, de fecha 11 de mayo de 2010 – recibido el 13 de mayo de 2010–, el Auditor Interno de la Operadora de Pensiones Complementarias y Capitalización Laboral de la Caja Costarricense de Seguro Social, expone una serie de inquietudes concernientes al régimen de empleo aplicable a los servidores que laboran en esa operadora de pensiones.

La Procuraduría General de la República, por su dictamen N° C-165-2010, de 9 de agosto de 2010, suscrito por el MSc. Luis Guillermo Bonilla Herrera, Procurador Adjunto, luego de exponer una serie de criterios jurídicos contenidos en nuestra abundante jurisprudencia administrativa, concernientes a la materia en consulta, concluye:

“(…) como ocurre en otras entidades que constituyen empresas públicas, podemos afirmar que en la Operadora de Pensiones Complementarias y de Capitalización Laboral de la Caja Costarricense de Seguro Social existe un régimen de empleo mixto; lo cual significa que mientras a unos empleados –aquellos que no participan de

la gestión pública- les es aplicable el derecho común, sea laboral o mercantil, otros funcionarios –que sí participan de la gestión pública- se rigen por el derecho público, como lo es el caso de puestos gerenciales, de dirección y de fiscalización superior.

Así que con base en la doctrina administrativa expuesta estimamos que tanto el órgano auditor consultante, como la propia Administración activa de la Caja Costarricense de Seguro Social, cuentan con los criterios hermenéuticos necesarios para encontrar; por sus propios medios, concretas respuestas a cada una de sus interrogantes y subsecuentemente, aplicar lo aquí interpretado a cada caso en concreto con el objeto de encontrarle una solución justa y acorde con el ordenamiento jurídico”.

C-166-2010 Fecha: 9 de agosto de 2010

Consultante: Luis Álvarez Soto

Cargo: Viceministro

Institución: Ministerio de Economía, Industria y Comercio

Informante: Luz Marina Gutiérrez Porras

Temas: Jornada laboral extraordinaria. Trabajador de confianza. Funcionarios de confianza con fiscalización superior inmediata. Procedencia del pago de la jornada extraordinaria. Derecho constitucional.

El Viceministro de Economía, Industria y Comercio, consulta mediante Oficio N°VMi-OF-111-10 de 06 de julio del 2010, “...sobre la procedencia del pago de la jornada extraordinaria a los funcionarios de la administración pública en puesto de confianza, refiriéndose en forma específica aquellos que laboran con fiscalización superior inmediata, dentro de la Institución, cumpliendo funciones continuas, para dichos efectos...”(Sic).

Luego del estudio correspondiente, la Procuradora Licda. Luz Marina Gutiérrez Porras, concluye mediante el Dictamen N° C-166-2010, de 09 de agosto del 2010, lo siguiente:

“... de conformidad con los artículos 58 constitucional, 139 y 143 del Código de Trabajo, es criterio de esta Procuraduría General, que resulta procedente el pago de la jornada extraordinaria de trabajo a los funcionarios que ocupan puestos de confianza en la Administración Pública, aun cuando laboran con fiscalización superior inmediata.

Debe enfatizarse que dicho pago procedería después de la jornada ordinaria de doce horas a que se encuentran sujetos a prestar sus servicios en la institución para la cual laboran.”

Dictamen: 167 - 2010 Fecha: 09-08-2010

Consultante: Rosibel Ramos Madrigal

Cargo: Alcaldesa

Institución: Municipalidad de Pérez Zeledón

Informante: Sandra Sánchez Hernández

Temas: Licencia de licores Licencia y autorización municipal. Compraventa de licores Ley de licores. Patente de licores. Venta de licores al por mayor. Actividad lucrativa. Licencia municipal

Mediante oficio N° OFI-1213-09-DAM de 3 de junio de 2010, suscrito por la Licda. Rosibel Ramos Madrigal, Alcaldesa de la Municipalidad de Pérez Zeledón, formula una consulta en relación al otorgamiento de licencias para la venta de licor al por mayor.

La Licda. Sandra Sánchez, mediante dictamen N° C-167-2010 de 09 de agosto de 2010, reitera el criterio vertido en el dictamen N° C-160-2010 de 6 de agosto de 2010.

Dictamen: 168 - 2010 Fecha: 11-08-2010

Consultante: José María Tijerino Pacheco

Cargo: Ministro

Institución: Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública

Informante: Magda Inés Rojas Chaves

Temas: Publicación en el Diario Oficial. Documento electrónico Publicidad en medios electrónicos. Gobierno. Electrónico. Administración electrónica. Publicación de las normas. Publicación electrónica. Diario oficial. Documento electrónico. Requisitos de autenticidad, integridad y conservación del documento electrónico.

El Sr. Ministro de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, en oficio N° 0540-2010 DM de 15 de junio 2010, por medio del cual solicita criterio sobre los siguientes puntos:

“1.-¿ Resulta jurídicamente posible sustituir y homologar la publicación por medio impreso del Diario Oficial La Gaceta, por una publicación realizada por medios electrónicos?

2.- ¿La publicación realizada por medios electrónicos podrá ostentar el mismo carácter oficial y auténtico así como surtir los mismos efectos previstos en nuestro ordenamiento jurídico que la publicación realizada por medios impresos?”.

La Dra. Magda Inés Rojas Chaves, en oficio N° C-168-2010 de 11 de agosto de 2010, concluye:

1) Nuestra Constitución establece el deber de publicar las normas jurídicas y dispone que esa publicación se hará en el Diario Oficial. Si bien se determina que debe existir un Diario Oficial, no se establece cómo debe ser publicado o editado ese Diario Oficial o quién debe editarlo. Aspectos que se han dejado a la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo. Es así como el Reglamento a La Gaceta permite una publicación electrónica de los Diarios Oficiales.

2) El Derecho Comparado nos muestra que el acceso y conocimiento del ordenamiento jurídico se garantiza, cada vez más, a través de publicaciones electrónicas de los diarios oficiales. Por lo que hoy en día la publicidad y el derecho de acceso al ordenamiento jurídico pueden ser alcanzados no solo con la publicación impresa sino también con la electrónica.

3) A partir del artículo 3 de la Ley de Firma Digital y Certificados Digitales, el ordenamiento costarricense claramente reconoce que existe equivalencia funcional entre documento físico o en papel y los documentos electrónicos o digitales. Dicho artículo obliga a interpretar cualquier norma jurídica en que se haga referencia a un documento, como comprensiva tanto al documento electrónico como al físico.

4) Corresponde al legislador establecer en qué casos no existe equivalencia funcional entre el documento impreso y el documento electrónico. Dado que entre los supuestos del artículo 5 de esa Ley no se encuentra la publicación electrónica de La Gaceta, puede sostenerse la equivalencia entre la publicación electrónica de dicho Diario Oficial y la publicación impresa.

5) A efecto de que se produzca la plena equivalencia entre la publicación electrónica y la publicación impresa se debe garantizar la autenticidad, integridad y conservación de La Gaceta como documento electrónico.

6) En la publicación electrónica de La Gaceta se deben adoptar las medidas de seguridad necesaria para garantizar estos aspectos y, en general, la inalterabilidad, la posibilidad de acceso y consulta por parte de toda persona en todo momento y espacio y la conservación por los medios que resulten pertinentes. Aspectos que son objeto de regulación por norma jurídica. Por lo que lo procedente es incluir en el Reglamento a La Gaceta o en una norma de rango superior las disposiciones necesarias en orden a la seguridad y accesibilidad de la referida publicación.

En consecuencia, se reconsidera el dictamen N° C-273-2005 antes citado en cuanto señala que la publicación solo puede ser realizada por medios impresos.

Dictamen: 169 - 2010 Fecha: 12-08-2010

Consultante: Nuria Montero Chinchilla y Ginette Castro Murillo

Cargo: Presidente y Secretaria respectivamente

Institución: Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica

Informante: Andrea Calderón Gassmann

Temas: Función consultiva de la Procuraduría General de la República. Competencia de la Contraloría General de la República Consultas. Participación de farmacias en contrataciones promovidas por la CCSS. Tema puntual de contratación administrativa es competencia de la Contraloría General.

La Presidente y la Secretaria del Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica nos consultan sobre la posibilidad de que establecimientos farmacéuticos tipo farmacia participen en calidad de importador-distribuidor de medicamentos en contrataciones administrativas promovidas por la Caja Costarricense de Seguro Social, otras instituciones del Estado, y en adquisiciones o compras de instituciones privadas.

Mediante nuestro dictamen N° C-169-2010 del 12 de agosto del 2010, suscrito por la Licda. Andrea Calderón Gassmann, Procuradora, indicamos que lo consultado se encuentra directamente relacionado con los procesos de contratación administrativa, materia en la que la Contraloría General de la República ejerce una competencia exclusiva y excluyente.

Señalamos que la consulta planteada se relaciona directa y puntualmente con la interpretación que debe darse al ordenamiento en relación con la posibilidad de que las farmacias participen en los diferentes procesos de contratación administrativa que promueve la CCSS o alguna otra institución estatal, todo ello en relación con el principio de libre participación, el principio de eficiencia, etc.

Es decir, no se trata sólo de la interpretación y aplicación de normas de la Ley General de Salud u otras normas como el Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos —que en otras oportunidades sí hemos entrado a interpretar como parte del ordenamiento administrativo, v. gr. en el dictamen N° C-172-2009 que se menciona en el criterio legal aportado— sino que en esta ocasión, la interrogante se formula directamente en relación con las eventuales restricciones que deben imponerse en materia de procedimientos concursales de contratación administrativa, materia en la cual, como quedó visto, ejerce una competencia exclusiva y excluyente la Contraloría General de la República.

Dictamen: 170 - 2010 Fecha: 12-08-2010

Consultante: Marvin Parrales Canales

Cargo: Presidente

Institución: Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur

Informante: Andrea Calderón Gassmann

Temas: Función consultiva de la Procuraduría General de la República. Competencia de la Contraloría General de la República Consultas. Admisibilidad. Contratación Administrativa Competencia de la Contraloría General.

El Presidente de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur (JUDESUR) nos plantea las siguientes interrogantes:

- “1.- ¿En qué términos se debe interpretar el artículo 14 bis, con respecto a los concesionarios que estaban bajo la ley anterior y que actualmente se encuentran en el Depósito y cuya concesión venció en el mes de abril de 2010?”
- 2.- ¿Se deben sacar a licitación nuevamente estas concesiones o se puede aplicar la prórroga por otros diez años, tomando en cuenta que la reforma eliminó la parte del artículo la cual establecía que la prórroga sería por una única vez?”

Mediante nuestro dictamen N° C-170-2010 del 12 de agosto del 2010 suscrito por la Licda. Andrea Calderón Gassmann, Procuradora, señalamos que lo consultado se encuentra directamente relacionado con los procesos de contratación administrativa, materia en la que la Contraloría General de la República ejerce una competencia exclusiva y excluyente.

Por lo anterior, debemos declinar nuestra competencia en favor del órgano contralor, toda vez que por imperativo legal esta Procuraduría General no puede emitir criterio respecto de asuntos propios de otros órganos administrativos.

Dictamen: 171 - 2010 Fecha: 13-08-2010

Consultante: Eduardo Doryan Garrón

Cargo: Presidente Ejecutivo

Institución: Instituto Costarricense de Electricidad

Informante: Luis Guillermo Bonilla Herrera

Temas: Honorarios de abogado Función consultiva de la Procuraduría General de la República Interpretación y aplicación del transitorio i del Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, Decreto Ejecutivo n° 32493. Incompetencia en razón de la materia de la PGR por jurisdicción especial de la Junta Directiva del Colegio de Abogados.

Por oficio N° 0060-0165-2010 de fecha 3 de agosto de 2010 el Sr. Eduardo Doryan Garrón, Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad, nos consulta una controversia relativa a la interpretación del Transitorio I del Arancel de Honorarios por servicios profesionales de Abogacía y Notariado, aprobado y conocido por el Colegio de Abogados en sesión N° 15 del 15 abril del 2004 y materializado en el Decreto Ejecutivo N° 32493.

En concreto la consulta es la siguiente:

“¿qué decreto reglamentario es aplicable en materia de honorarios, el Decreto Ejecutivo N° 20307 o el Decreto Ejecutivo N° 32493, en el evento de un proceso que inició antes del 5 de agosto de 2005, en el cual una de las partes intervino después de la fecha mencionada?”

La Procuraduría General de la República, por su dictamen N° C-171-2010, de 13 de agosto de 2010, suscrito por el MSc. Luis Guillermo Bonilla Herrera, Procurador Adjunto, indica a la Administración que conforme a nuestra jurisprudencia administrativa se ha reiterado que no son consultables asuntos concretos sobre los cuales se encuentre pendiente una decisión por parte de la Administración activa y que analizado el objeto de la gestión, la consulta hace referencia a temas relativos a la resolución de controversias que son propios de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica, que es la que tiene una jurisdicción especial, ya que en cuanto a la materia, prevalece y es excluyente su pronunciamiento de acatamiento obligatorio (arts. 12 y 10 de los Decretos Ejecutivos N°s 20307 y 32493, respectivamente. Razón por la cual no pueda ejercer su función consultiva vinculante y debe inhibirse de emitir el dictamen solicitado, concluyendo entonces que:

“1. Por las razones dadas, deviene improcedente entrar a conocer por el fondo su gestión. Y por ende, se deniega su trámite y se archiva.

2. En caso de persistir el interés institucional en obtener puntual respuesta a su interrogante, la consulta debe ser debidamente formulada por alguno de los jefes administrativos de esa entidad pública, pero esta vez ante la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica.”

Dictamen: 172 - 2010 Fecha: 16-08-2010

Consultante: Jovel Arias Ortega

Cargo: Alcalde

Institución: Municipalidad de Tilarán

Informante: Priscilla Piedra Campos

Temas: Licencia de licores. Licencia y autorización municipal. Importador, fabricante y distribuidor de bebidas alcohólicas. Ley de licores. Patente de licores. Venta de licores al por mayor. Actividad lucrativa. Licencia municipal

El Sr. Jovel Arias Ortega, Alcalde Municipal de Tilarán, solicita a la Procuraduría General de la República, dar respuesta a las siguientes interrogantes:

- “1. ¿Puede un establecimiento comercial autorizado para funcionar como Distribuidor de bienes, vender al POR MAYOR licores, sin contar con una PATENTE DE LICORES?”
2. ¿Qué cantidad podría considerarse como VENTA AL POR MAYOR?”
3. ¿La distribución de licores en establecimientos comerciales en el cantón de Tilarán, por parte de compañías importadoras, requiere de una PATENTE DE LICORES?”

Mediante pronunciamiento N° C-172-2010 del 16 de agosto del 2010, la Licda. Priscilla Piedra Campos, Procuradora del Área de Derecho Público, atiende la consulta planteada, concluyendo lo siguiente:

- A) La venta de licores, como actividad lucrativa que es, se encuentra bajo el ámbito de control de los gobiernos locales, ostentando éstos, el ejercicio del poder de policía sobre la misma
- B) De conformidad con lo regulado en los artículos 4 y 5 del Reglamento sobre el Horario y Permanencia de Menores en Expendios de Licores, Las Corporaciones Municipales son las competentes para otorgar la categorización prevista en el artículo 2 de la ley No. 7633 a los establecimientos que deseen expendir licor, siendo que en caso de duda, la clasificación se determinará con fundamento en los Registros de Patentes de la Municipalidad respectiva, en donde conste cual es la actividad o giro comercial principal del correspondiente negocio.

- C) Aquellos establecimientos comerciales que hayan sido categorizados por la Corporación Municipal como Casas Importadoras, Fabricantes, Almacenes o Distribuidores de licores al por mayor, siempre y cuando no realicen ventas de licores o cervezas al menudeo y cumplan con los demás requisitos establecidos por la legislación, no requieren contar con una patente de licores, en el tanto, según se establece en el artículo 3 de la Ley Sobre la Venta de Licores, la misma se requiere para la venta al menudeo.
- D) Según se establece en el artículo 3° de la Ley Sobre la Venta de Licores, siempre que las ventas sean menores de 4 litros en licores extranjeros, o de 8 litros en vinos, cervezas y licores importados en toneles o barricas y embotellados en el país, o de 8 litros en cerveza nacional vendida en barricas, sifones o botellas tapadas, o cuando la venta de licor nacional no la realice la Fábrica Nacional de Licores o alguna de sus agencias o sucursales, se debe de entender que nos encontramos en presencia de una venta al menudeo.
- E) Que el artículo 4 de la Ley sobre la Venta de Licores, prohíbe claramente que en los negocios en donde se autorice la venta de licores al por mayor, se pueda realizar ventas de licores o cervezas al menudeo.
- F) Ante la imposibilidad de exigirles a los negocios que vendan licores al por mayor el contar con una patente de licores, las Corporaciones Municipales se encuentran facultadas para exigirle a aquellos negocios que han clasificado como vendedores al por mayor, el contar con una patente de funcionamiento según lo establezca su propia ley de impuestos municipales.

Dictamen: 173 - 2010 Fecha: 16-08-2010

Consultante: Rolando Hidalgo Villegas

Cargo: Alcalde

Institución: Municipalidad de Santa Bárbara

Informante: Víctor Felipe Bulgarelli Céspedes

Temas: Coordinación administrativa institucional

Zonas naturales protegidas Permiso municipal de construcción Limitaciones a la propiedad zonas protectoras Protección acuífera Sanción municipal. Dominio público.- Nacientes.- Áreas de protección.- Permisos de construcción.- municipalidades.- Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados

El Ing. Rolando Hidalgo Villegas, Alcalde Municipal de Santa Bárbara, mediante Oficio No. OAMSB-033-2010 de 27 de enero de 2010, plantea diversas interrogantes y preocupaciones sobre el otorgamiento de permisos de construcción en áreas contiguas a nacientes.

El Lic. Víctor Bulgarelli Céspedes, Procurador Agrario, mediante dictamen N° C-173-2010 de 16 de agosto de 2010, contesta que, con fundamento en la jurisprudencia administrativa citada a lo largo del dictamen, la Municipalidad consultante cuenta con suficientes criterios hermenéuticos para dar respuesta por sí misma a las consultas planteadas; así como adoptar las decisiones que correspondan para atender de forma precisa cada uno de los casos concretos que se le presenten, y corregir las situaciones irregulares de que tenga conocimiento, sancionando, de ser el caso, a los eventuales infractores.

Dictamen: 174 - 2010 Fecha: 16-08-2010

Consultante: Libia María Figueroa Fernández

Cargo: Secretaria Municipal

Institución: Municipalidad de Alvarado

Informante: Andrea Calderón Gassmann

Temas: Responsabilidad penal del servidor Defensa técnica Honorarios de abogado Función consultiva de la Procuraduría General de la República Competencia de la Contraloría General de la República Contratación de abogados externos. Defensa de funcionarios en causas penales. Condiciones y requisitos. Pago de honorarios.

La Municipalidad de Alvarado (Pacayas, Cartago) nos consulta cuál es el procedimiento a seguir para efectuar el pago de honorarios profesionales al abogado xxx.

Lo anterior, por cuanto –según se nos indica – hace seis años el sr. Alcalde se vio involucrado como imputado en un proceso penal por lesiones culposas, a raíz de un accidente de tránsito que

ocasionó cuando conducía un vehículo municipal, proceso en el cual designó como su abogado defensor al Lic. xxx, pero sin que se hubiera tramitado de previo una contratación por parte de esa municipalidad, y ahora el Lic. xxx está planteando un reclamo ante ese gobierno local a fin de que se le cancelen sus honorarios, situación que ha motivado la consulta que ahí nos ocupa.

Mediante dictamen N° C-174-2010 del 16 de agosto del 2010, suscrito por la Licda. Andrea Calderón Gassmann, Procuradora, evacuamos la consulta, arribando a las siguientes conclusiones:

1. La Contraloría General de la República ha dispuesto que existe la posibilidad, en casos excepcionales, de que se contraten los servicios de abogados penalistas externos para la defensa de funcionarios públicos, cuando se cumpla con las siguientes condiciones: a) que el servidor público haya actuado en el ejercicio de sus funciones, b) que se vislumbre la existencia de un peligro real para los intereses institucionales y resulte menos oneroso costear la defensa que enfrentar una eventual responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación del funcionario, c) que el presunto delito no se haya cometido en contra de la Administración y d) que la entidad se asegure de que, en caso de el funcionario sea condenado, éste asuma los costos de la defensa.
2. Es obligación y responsabilidad de la Administración utilizar dicho mecanismo de forma restrictiva, de tal suerte que una contratación de esta naturaleza se autorice únicamente cuando exista una apropiada justificación y se compruebe que es indispensable para la adecuada defensa de los intereses institucionales, de frente a una eventual condenatoria civil a raíz de la responsabilidad penal que pudiera imponerse al funcionario.
3. La interpretación de la normativa de contratación administrativa sobre la posibilidad de hacer excepciones a los procedimientos de concurso, así como la procedencia o improcedencia del reclamo sobre honorarios que está planteando el abogado defensor que contrató por su cuenta el señor Alcalde, constituyen temas que resultan de competencia exclusiva y excluyente de la Contraloría General de la República, la que deberá pronunciarse al respecto con fundamento en la consulta que concomitantemente ya le ha sido presentada.

Dictamen: 175 - 2010 Fecha: 17-08-2010

Consultante: Ricardo Jiménez Godínez

Cargo: Auditor Interno

Institución: Consejo de Transporte Público

Informante: Magda Inés Rojas Chaves

Temas: Concesión de transporte público. Transporte remunerado de personas. Servicio de transporte público automotor. Servicio público. Concesión. Carácter intuito personae de la concesión. Intransferibilidad de la concesión. Contratación de vehículos a terceros.

El Auditor Interno del Consejo de Transporte Público, en oficio N° AI-10-252 de 6 de mayo 2010, consulta a la Procuraduría General:

“¿Puede el Consejo de Transporte Público, (sic) autorizar el arrendamiento, fideicomiso, leasing de vehículos de transporte público automotor, a los concesionarios y permissionarios del servicio público de transporte remunerado de personas en vehículos automotores?

De considerarse pertinente la regulación de dicha actividad por parte del Consejo de Transporte Público, cuál sería el porcentaje de vehículos automotores que en cada concesión o permiso podría ser permitido arrendar, fideicomiso, leasing, etc?

¿Cuál sería la responsabilidad de la arrendataria (concesionario o permissionario) y el arrendante del vehículo automotor en la prestación del servicio, ante el Consejo de Transporte Público?”

La Dra. Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora Asesora, emite el pronunciamiento N° C-175-2010 de 17 de agosto de 2010, en el que se concluye que:

- 1) De conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en vehículos automotores, Ley N. 3503 de 10 de mayo de 1965, el concesionario

debe reunir la capacidad financiera, técnica y administrativa, experiencia, honorabilidad, que le permita cumplir las obligaciones derivadas del servicio público y del contrato.

- 2) De acuerdo con el artículo 14 de dicha Ley, el concesionario está obligado a ejecutar por sí mismo el contrato, sin cesiones ni subcontrataciones no autorizadas. En consecuencia, la concesión solo puede ser cedida cuando es autorizada por el MOPT. Una autorización que requiere valorar la capacidad del cesionario para satisfacer el interés público implícito en el servicio público.
- 3) En el contrato de concesión el Ministerio de Obras Públicas y Transportes determina el número de vehículos requerido para la prestación del servicio. Número que puede modificar cuando las necesidades del servicio lo determinen. Ante lo cual, el concesionario deviene obligado a obtener los vehículos que hagan falta.
- 4) Para el cumplimiento de esa obligación, puede recurrir a la compra, al leasing o a un arrendamiento o a cualquier otra figura contractual que le permita obtener los vehículos. Posibilidad a la que también puede recurrir el permisionario del servicio. De no poder acceder a esas contrataciones, podría poner en riesgo la prestación continua y eficaz del servicio público.
- 5) Estima la Procuraduría que el recurrir a esas contrataciones no es revelador per se de una ausencia de capacidad financiera y económica o de una violación al principio de intransferibilidad de la concesión, que justifique poner fin al contrato. Para determinar si esto es así se necesita valorar el caso concreto, revisando la prestación misma del servicio y analizando las condiciones en que se desenvuelven la concesión, el concesionario y la posibilidad de incidir en la ejecución del servicio.
- 6) No corresponde a la Procuraduría determinar cuál es el porcentaje proporcional al número de vehículos autorizados para la prestación del servicio que puede ser arrendado ni determinar si el incumplimiento de ese porcentaje implica que determinada empresa carece de la suficiente capacidad financiera para la prestación del servicio.

Dictamen: 176 - 2010 Fecha: 17-08-2010

Consultante: Raúl Silesky Jiménez

Cargo: Presidente

Institución: Colegio de Periodistas de Costa Rica

Informante: Juan Luis Montoya Segura

Temas: Sujeto activo de la obligación tributaria. Sujeto pasivo de la obligación tributaria. Contribución parafiscal. Recaudación tributaria. Colegio de Periodistas de Costa Rica. Timbres. Intereses en materia tributaria. Timbre del Colegio de Periodistas. Obligaciones. Acciones administrativas y judiciales. Intereses.

El Sr. Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Periodistas solicita criterio técnico jurídico sobre las siguientes interrogantes:

“1) *¿Cuáles son los alcances y naturaleza del Timbre del Colegio de Periodistas creado mediante Ley 5527, estableciendo el presupuesto de hecho y de derecho contemplado en el hecho generador?*

2) *¿Cuáles son las responsabilidades y obligaciones de los sujetos pasivos y agentes retenedores?*

3) *¿Cuáles acciones, administrativas o judiciales puede emprender el Colegio contra los sujetos pasivos y agentes retenedores que no cumplen con sus obligaciones, por ejemplo de pago, recaudación o bien que habiendo recaudado no trasladen el dinero al Colegio?*

4) *Se determine si el Colegio puede ser considerado como Administración Tributaria, de ser así, ¿Qué facultades le establece la ley en esa labor?*

5) *¿Puede el Colegio cobrar intereses moratorios por concepto de sumas referentes al Timbre no canceladas a tiempo?*”

El Lic. Juan Luis Montoya Segura, Procurador Tributario emite criterio al respecto mediante el dictamen N° C-176-2010 del 17 de agosto del 2010, en el cual se concluyó lo siguiente:

De acuerdo a la normativa aplicable y a los antecedentes citados, es claro que el hecho generador que da pie al nacimiento de la obligación tributaria, surge con la facturación por concepto de pago de publicidad que se realice en todo servicio noticioso o informativo de televisión y radio, así como en toda publicación escrita cualquiera que fuese su medio de publicación.

En cuanto a la pregunta N° 2 referida a las responsabilidades y obligaciones de los sujetos pasivos y agentes retenedores, cabe indicar que las personas –físicas o jurídicas- que realicen el pago de los espacios publicitarios a los que se refiere la ley N° 5527 de 30 de abril del 1974, se encuentran en la obligación de sufragar el timbre del Colegio de Periodista en su condición de sujetos pasivos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 de este cuerpo legal. Al ser conceptuadas dichas personas como sujetos pasivos de la relación jurídica tributaria, las mismas se encuentran obligadas a cumplir no solo con el pago del timbre correspondiente (obligación sustancial), sino también con el uso del citado timbre en las facturas que se cancelen por los conceptos expresamente establecidos en la ley (deber formal).

En relación con las preguntas N° 3 y N° 4 a que refiere la consulta, valga indicar lo siguiente: Tal y como se indicó al analizar la naturaleza jurídica del timbre del Colegio de Periodistas, dicha exacción no puede ser conceptuada como un tributo en los términos del artículo 4 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, sino más bien como una contribución de carácter parafiscal, que goza de las mismas prerrogativas que los impuestos. Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 14 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que dispone que el sujeto activo de la relación jurídica tributaria es el “acreedor del tributo”, así como lo dispuesto en el artículo 99 del mismo cuerpo legal, según el cual la administración tributaria es el órgano administrativo encargado de percibir y fiscalizar los tributos, bien podríamos decir, que el Colegio de Periodistas se constituye en administración tributaria respecto del timbre creado por Ley N° 5527.

En cuanto a las acciones administrativas y judiciales que el Colegio de Periodistas -como sujeto activo del timbre- puede ejercer, debemos indicar que el Colegio debe ejecutar todas las acciones legales pertinentes a fin de realizar el cobro del tributo, para lo cual cuenta con una serie de procedimientos de cobro, en vía administrativa y judicial, los cuales deben ser determinados por la Junta Directiva del Colegio, como órgano ejecutivo de la agrupación profesional.

Finalmente en relación con la pregunta N° 5 referente al pago de intereses moratorios, cabe indicar que por ser los intereses moratorios una sanción no prevista en la Ley N° 5527 no procede la aplicación supletoria de los artículos 80 y 80 bis del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Sin embargo, sí resulta procedente la aplicación del artículo 57 del código de cita, toda vez que los intereses ahí previstos tienen carácter resarcitorio y no sancionatorio. Ello sin perjuicio de la aplicación de las sanciones dispuestas en los numerales 6, 7 y 8 de la Ley del Timbre del Colegio de Periodistas y su Reglamento a los medios informativos que no cumplieren con la obligación de vender y adherir el timbre en las facturas gravadas.

OPINIONES JURÍDICAS

O J: 027 - 2015 Fecha: 23-03-2015

Consultante: Bolaños Cerdas Silma Elisa

Cargo: Jefa de Área de la Comisión Permanente de Asuntos Económicos

Institución: Asamblea Legislativa

Informante: Juan Luis Montoya Segura

Temas: Proyecto de ley. Obligación tributaria. Modificación al Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley N°4755 de 3 de mayo de 1971 y sus reformas mediante la creación de un artículo nuevo para incentivar al ciudadano a cumplir con sus deberes tributarios”

La Sra Silma Elisa Bolaños Cerdas, Jefa de Área de la Comisión Permanente de Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa remitió a este Órgano asesor el oficio N°ECO 212-2013 del

23 de julio del 2013, por medio del cual solicita el criterio técnico jurídico de este Despacho en relación con el Proyecto “MODIFICACIÓN AL CÓDIGO DE NORMAS Y PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS, LEY N.º 4755 DE 3 DE MAYO DE 1971 Y SUS REFORMAS MEDIANTE LA CREACIÓN DE UN ARTÍCULO NUEVO PARA INCENTIVAR AL CIUDADANO A CUMPLIR CON SUS DEBERES TRIBUTARIOS” el cual se encuentra bajo el expediente legislativo N° 18.776.

El proyecto de ley puesto a consideración de la Procuraduría General de la República, se compone de un solo artículo y cuyo objetivo es conminar a los contribuyentes a cumplir con los deberes formales establecidos por el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, entre ellos el deber de pagar los tributos.

Esta Procuraduría, en su dictamen N°OJ-027-2015, de 23 de Marzo de 2015 suscrito por el Lic. Juan Luis Montoya Segura, Procurador Tributario arribó a la siguiente conclusión:

- Analizado el proyecto de referencia, esta Procuraduría estima que el artículo 18 bis que se propone es viable y complementa el cumplimiento de los deberes formales que impone el Código de Normas y Procedimientos Tributarios. No obstante, a juicio de esta Procuraduría debe deslindarse el concepto de “condición tributaria de los contribuyentes” dentro de los parámetros que establece el artículo 117 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios a fin de preservar el principio de confidencialidad que se impone en materia tributaria, de suerte que tal condición tributaria se circunscriba a mostrar si el contribuyente se encuentra al día, o no, en el pago de las obligaciones tributarias con la administración tributaria, ya que se infiere del proyecto, que la intención es simplificar los trámites de las personas físicas o jurídicas que requieran tramitar autorizaciones, solicitudes, licencias o permisos ante la Administración Pública.
- No está por demás indicar que en el mismo Código de Normas y Procedimientos Tributarios, reserva el derecho de la administración tributaria de publicar la lista de morosos por cualquier medio tecnológico.

O J: 028 - 2015 Fecha: 25-03-2015

Consultante: Nery Agüero Montero

Cargo: Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico

Institución: Asamblea Legislativa

Informante: Berta Marín González

Temas: Proyecto de ley. Reforma legal. Ministerio de la Presidencia. Proyecto transformación de la Dirección de Inteligencia y Seguridad Nacional en la Dirección de Inteligencia Estratégica Nacional (DIEN) y sus reformas”, expediente n° 19.346.

La Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa pide nuestro criterio en relación con el Proyecto de ley “*Transformación de la Dirección de Inteligencia y Seguridad Nacional en la Dirección de Inteligencia Estratégica Nacional (DIEN) y sus reformas*”, expediente N° 19.346.

Mediante Opinión Jurídica OJ-28-2015 de 25 de marzo del 2015 la Licda. Berta Marín González Procuradora Adjunta atiende la consulta formulada, arribando a la siguiente conclusión

A partir de lo expuesto, este Órgano Técnico Consultivo considera que el texto sustitutivo sometido a nuestro conocimiento podría presentar problemas de técnica legislativa, por lo que con el acostumbrado respeto se recomienda corregir.

Por lo demás, es obvio que su aprobación o no es un asunto de política legislativa que le compete en forma exclusiva a ese Poder de la República.

O J: 029 - 2015 Fecha: 25-03-2015

Consultante: Sánchez Rodríguez Flor

Cargo: Jefa Comisión Permanente de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior

Institución: Asamblea Legislativa

Informante: José Enrique Castro Marín
Andrés Alfaro Ramírez

Temas: Convenios, acuerdos y tratados internacionales Proyecto de ley Principio de la doble incriminación Proyecto de ley n° 19.191, “Aprobación del Convenio de

Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República Francesa”.

Mediante el oficio N° CRI-114-2014 del 26 de setiembre de 2014, solicita el criterio técnico-jurídico de este Órgano Consultivo, sobre el proyecto de ley denominado “Expediente N° 19.191, Aprobación del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República Francesa”.

El Lic. José Enrique Castro Marín, Procurador Director del Área Penal y el Lic. Andrés Alfaro Ramírez, Abogado de Procuraduría, mediante N° OJ-029-2015 del 25 de marzo de 2015, dan respuesta a la consulta formulada a partir del análisis sobre cinco aspectos relacionados con el Convenio propuesto, tales como 1) su ámbito de aplicación, 2) restricciones a las solicitudes de asistencia judicial, sobre la no exigencia de la doble incriminación como requisito de las solicitudes de asistencia judicial, 3) designación de las autoridades centrales y regulaciones sobre el traslado de testigos, peritos y personas detenidas; concluyendo que el Tratado de Asistencia Legal Mutua en materia penal sometido a conocimiento de la Procuraduría General de la República, resulta compatible con nuestra Constitución Política y con nuestro ordenamiento jurídico como un todo.

O J: 030 - 2015 Fecha: 25-03-2015

Consultante: Nery Agüero Montero

Cargo: Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico

Institución: Asamblea Legislativa

Informante: Berta Marín González

Temas: Proyecto de ley. Cuerpo policial Proyecto derogatoria de la Dirección de Inteligencia y Seguridad del Estado y reforma de la Ley General de Policía, N° 7410 de 26 de mayo de 1994 y sus reformas”, expediente n° 19.330.

La Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa pide nuestro criterio en relación con el Proyecto de ley “*Derogatoria de la Dirección de Inteligencia y Seguridad del Estado y Reforma de la Ley General de Policía, N° 7410 de 26 de mayo de 1994 y sus reformas*”, expediente N° 19.330.

Mediante Opinión Jurídica N° OJ-30-2015 de 25 de mayo del 2015 la Licda. Berta Marín González Procuradora Adjunta atiende la consulta formulada, arribando a la siguiente conclusión

A partir de lo expuesto, este Órgano Técnico Consultivo considera que el texto sustitutivo sometido a nuestro conocimiento podría presentar problemas de técnica legislativa, por lo que con el acostumbrado respeto se recomienda corregir.

Por lo demás, es obvio que su aprobación o no es un asunto de política legislativa que le compete en forma exclusiva a ese Poder de la República.

O J: 031 - 2015 Fecha: 15-04-2015

Consultante: Hannia M. Durán

Cargo: Jefa de Área Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y Recursos Naturales

Institución: Asamblea Legislativa

Informante: Estefanía Villalta Orozco
Juan Luis Montoya Segura

Temas: Exención de pago. Proyecto de ley. Instituto de desarrollo rural. Reforma de varios artículos de la ley N° 9036, transformación del Instituto de Desarrollo Agrario en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER) y Creación de la Secretaría Técnica de Desarrollo Rural

La Sra Hannia M. Durán, Jefa de Área Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y Recursos Naturales de la Asamblea Legislativa remitió a este Órgano asesor el oficio de fecha 4 de junio de 2014 mediante el cual solicita el criterio técnico jurídico de este Despacho respecto al Proyecto denominado:

“Reforma de varios artículos de la ley N° 9036, Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER) y creación de la Secretaría Técnica de Desarrollo Rural”, expediente N° 18.957 publicado en La Gaceta N° 76 de 22 de abril de 2014.

El proyecto de ley puesto a consideración de la Procuraduría General de la República, propone la reforma de 11 artículos de la ley N° 9036 (Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER) y creación de la Secretaría Técnica de Desarrollo Rural). Según se indica en la exposición de motivos de la iniciativa legal, este proyecto busca “establecer un marco institucional para el desarrollo territorial rural del país, que permita la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas de Estado en esta materia, así como la creación de los mecanismos de planificación, coordinación y ejecución del desarrollo territorial rural en el país, con énfasis en aquellos territorios de menor grado de desarrollo”. Manifiesta la proponente, que si con la Ley N° 9036 se transforma el Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto Nacional de Desarrollo Rural (INDER) como entidad ejecutora de las políticas de desarrollo rural que formularía el Ministerio de Agricultura y Ganadería, en su condición de órgano rector del Sector Agropecuario, la reforma que se propone pretende un ajuste en la Ley para que se cumplan los objetivos de ésta, y para que sea acorde con las necesidades reales de los territorios rurales y al funcionamiento propio del Instituto, lo que le permitirá explotar de mejor manera las capacidades y fortalezas institucionales.

Esta Procuraduría, en su dictamen N° OJ-031-2015 de fecha 15 de abril de 2015 suscrito por el Lic. Juan Luis Montoya Segura Procurador Tributario y la Licda Estefanía Villalta Orozco y arribó a la siguiente conclusión:

- De conformidad con lo expuesto y sin perjuicio de lo dicho con respecto a los artículos relacionados, es criterio de la Procuraduría General de la República, que el proyecto de ley denominado “Reforma de varios artículos de la ley N° 9036, Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER) y creación de la Secretaría Técnica de Desarrollo Rural”, expediente N° 18.957 publicado en La Gaceta N° 76 de 22 de abril de 2014 no presenta vicios de legalidad ni de constitucionalidad, por lo cual su aprobación o no, es competencia exclusiva de los señores diputados.

O J: 032 - 2015 Fecha: 15-04-2015

Consultante: Quesada Bermúdez Marco W.
Cargo: Secretaría del Directorio
Institución: Asamblea Legislativa
Informante: Víctor Felipe Bulgarelli Céspedes
Temas: Proyecto de Ley. Municipalidad Zona Marítimo Terrestre Concesión en Zona Marítimo Terrestre .Dominio Público. Territorios costeros comunitarios. Zona Marítimo Terrestre. Zona pública.

El Sr Marco W. Quesada Bermúdez de la Secretaría del Directorio de la Asamblea Legislativa, mediante oficio No. SD-53-14-15 de 29 de octubre de 2014, consulta nuestro criterio sobre el texto sustitutivo del proyecto “Ley de Territorios Comunitarios”, expediente legislativo No. 18148, ahora denominado “Ley de creación de un régimen especial para el otorgamiento de concesiones en territorios costeros comunitarios y territorios insulares comunitarios”;

El Lic. Víctor Bulgarelli Céspedes, Procurador Agrario, mediante opinión jurídica No. OJ-032-2015 de 15 de abril de 2015, considera que el texto del proyecto de “Ley de creación de un régimen especial para el otorgamiento de concesiones en territorios costeros comunitarios y territorios insulares comunitarios”, que se tramita bajo el expediente legislativo No. 18.148, presenta eventuales problemas de constitucionalidad, de fondo y de técnica legislativa que, con el respeto acostumbrado, se sugiere solventar. Por lo demás, su aprobación o no es un asunto de política legislativa, cuya esfera de competencia corresponde a ese Poder de la República.

O J: 033 - 2015 Fecha: 15-04-2015

Consultante: Ugalde Camacho Erika
Cargo: Jefa de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración
Institución: Asamblea Legislativa
Informante: Esteban Alvarado Quesada
Temas: Proyecto de ley. Colegio de Médicos y Cirujanos. Proyecto de ley “Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica”, el cual se encuentra bajo el expediente legislativo n° 19.129.

La Sra. Jefa de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa, solicita el criterio sobre el proyecto de ley titulado “Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica”, el cual se encuentra bajo el expediente legislativo N° 19.129.

El Lic. Esteban Alvarado Quesada, Procurador, en la Opinión Jurídica N°OJ-033-2015 del 15 de abril del 2015, emite criterio al respeto, concluyendo:

De conformidad con lo expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la Republica que, el proyecto de ley, denominado “Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica”, el cual se encuentra bajo el expediente legislativo N° 19.129, no presenta problemas de constitucionalidad y de legalidad. Así como las puntualización hechas son para la mejor marcha del proyecto en caso de convertirse en ley de la República, por lo cual su aprobación o no, es potestad exclusiva de los señores y señoras diputados.

O J: 034 - 2015 Fecha: 17-04-2015

Consultante: Licda. Mauren Pereira Guzmán
Cargo: Jefe de Área Comisión Permanente Especial de Asuntos Municipales
Institución: Asamblea Legislativa
Informante: Jorge Oviedo Álvarez
Temas: Proyecto de ley. Reforma legal. Plebiscito Consulta popular. Referendo. Cabildo abierto. Plebiscito revocatorio.

Por oficio CPEM-249-2015 de 19 de marzo de 2015, se somete a consulta el proyecto de Ley N.ª 16.876 “Reforma del artículo 14.J y adición del párrafo final del artículo 19 y un nuevo título VIII al Código Municipal -Proyecto de Ley para el fortalecimiento de las Consultas Populares en el ámbito cantonal y distrital”

Mediante Opinión Jurídica N° OJ-34-2015, el Lic. Jorge Oviedo evacúa la consulta.

O J: 035 - 2015 Fecha: 21-04-2015

Consultante: Diputados
Cargo: Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos
Institución: Asamblea Legislativa
Informante: Edgar Valverde Segura y Maureen Medrano Brenes.
Temas: Salario. Proyecto de ley. Tribunal Administrativo de la Seguridad Social del Régimen de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional. Adición del artículo 4 bis a la Ley de Creación de los Tribunales Administrativos del Régimen de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional y del Servicio Civil.

La Sra. Nery Agüero Montero, entonces Jefa de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, solicitó en el oficio N° CJ-491-2014 criterio sobre el proyecto de ley denominado “Ley que adiciona el numeral 4 bis a la ley 8777 del 07 de octubre de 2009 publicada en La Gaceta 219 del 11 de noviembre de 2009 denominada Ley de Creación de los Tribunales Administrativos del Régimen de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional y del Servicio Civil”, tramitado bajo el expediente legislativo N° 19.020

La Licda. Maureen Medrano Brenes, Procuradora Adjunta, y el Lic. Edgar Mauricio Valverde Segura, Abogado de Procuraduría, en su Opinión Jurídica N° OJ-35-2015 del 21 de abril

del 2015 señalaron que el proyecto de ley presenta problemas de constitucionalidad, por lo que se sugiere valorar las observaciones realizadas en el pronunciamiento. Además advirtieron que su aprobación o no es de resorte exclusivo de los señores diputados.

O J: 036 - 2015 Fecha: 21-04-2015

Consultante: Ana Julia Araya Alfaro

Cargo: Jefa Comisión Permanente de Asuntos Sociales

Institución: Asamblea Legislativa

Informante: José Enrique Castro Marín

Daniel Calvo Castro

Temas: Prescripción de la acción penal Proyecto de ley contribución parafiscal. Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares. Prescripción en materia administrativa “Imprescriptibilidad de las deudas con el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, modificación del artículo 12 de la Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares N° 5662 y sus reformas”.

Se solicita emitir criterio en relación con el proyecto de ley N° 19.211, denominado:

“Imprescriptibilidad de las deudas con el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, Modificación del Artículo 12 de la Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares N° 5662 y sus reformas”

El Lic. José Enrique Castro Marín, Procurador Director del Área de Derecho Penal de la Procuraduría General de la República, mediante la Opinión Jurídica N° OJ-036-2015 de fecha 21 de abril de 2015, da respuesta a la solicitud remitida y concluye que:

La finalidad del proyecto de ley N° 19.211, va destinada a modificar parcialmente el numeral 12 de la Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, N° 5662 de 23 de diciembre de 1974 y sus reformas (básicamente la Ley N° 8783 de 13 de octubre de 2009), a efecto de establecer la imprescriptibilidad de las deudas con el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (en adelante FODESAF o bien, Fondo de Desarrollo) y los intereses generados por aquella deuda.

El bosquejo parlamentario de marras se decanta esencialmente en revestir de imprescriptibilidad tanto las deudas que los diversos sujetos pasivos -patronos, sean estas personas físicas o jurídicas- mantienen con el FODESAF, como los medios operativos penales para su “recuperación” (sin mencionar la imprescriptibilidad de los intereses); argumentando –los señores diputados- que las implicaciones que conlleva el no financiamiento de FODESAF (no pago del monto asignado por ley por parte de quienes están en la obligación de hacerlo), son de tal magnitud que acarrearán un detrimento al bienestar social y económico del país.

Resulta de sumo interés para este Órgano Asesor, denotar como el legislador desde la génesis de esta ley (Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares de 1974) hasta la actualidad, ha establecido como mecanismo de coacción para los patronos morosos la acción penal, instaurando un plazo de prescripción en aquél entonces de dos años y con posterioridad, es decir para hoy, el estipulado en el Código Procesal Penal.

Lo interesante no resulta ser –necesariamente- la utilización de la acción penal como un medio coercitivo y simbólico de convencimiento, persuasión o disuasión para no cometer conductas desvaloradas, sino la omisión del legislador –de antaño y el actual- de establecer cuál tipo penal sería aplicable ante los supuestos contenidos en esta ley.

Dicha situación acarrea –dentro de muchas otras consecuencias-, la imposibilidad de ejercer la acción penal y por consiguiente determinar la prescripción aplicable, al desconocerse al amparo de qué tipo punitivo se desplegarían sus efectos, máxime que la prescripción de la acción penal según el actual numeral 12 de la ley N° 8783, se rige bajo las normas del Código Procesal Penal y por ende, aquella se encuentra estrictamente ligada al monto y clase de pena del tipo delictivo a imponer.

Así las cosas, es deber de esta Procuraduría General acotar una evidente omisión en el proyecto de marras, en el sentido de que ante la ausencia de un tipo penal que permita la efectividad

de la persecución punitiva, el estribillo en estudio contenido en el numeral 12: “así como las acciones penales respectivas...”, no podría ser aplicado.

Pretender la utilización de la acción penal como un medio para recuperar las deudas que los patronos morosos sostienen con el FODESAF, no sólo resulta –dogmática y jurídicamente- inaplicable –por cuanto desnaturaliza dicha acción-, sino que también podría considerarse un exceso en su aplicación (mal uso), al existir otros medios previos a los penales (tales como los civiles y administrativos), que pueden satisfacer tal requerimiento.

Por otro lado, son dos las contradicciones –referentes a la recuperación de los adeudos- emanadas del texto de marras: la primera concerniente a la pretensión de revestir de imprescriptibilidad la deuda y la acción penal, dejando a la deriva (es decir, sometido a la prescripción) el mecanismo procesal idóneo para su cobro (acción civil) y la segunda, radica en la remisión –para el estudio de la prescripción de la acción civil- al Código Tributario, cuando lo cierto es que dicho escrutinio debe apegarse a las reglas establecidas en el Código Penal y Procesal Penal.

Erradamente, el esbozo legislativo consigna la imprescriptibilidad como un mecanismo para facilitar la acción cobratoria, obviando que ésta no es en sí una acción de recuperación sino únicamente un instituto procesal abstracto e indeterminado que, además de lo ya dicho (contrario –en la mayoría de los ordenamientos jurídicos- a los preceptos de seguridad y certeza jurídica), le permitiría al acreedor (en este caso al Estado) interponer sin restricción temporal sus respectivos reclamos procesales, pudiendo –eventualmente- vulnerar derechos fundamentales de quien es objeto de tal reproche (deudor).

La declaratoria de imprescriptibilidad de la acción penal para determinados ilícitos –podría decirse- obedece a las circunstancias propias y malsanas –en demasía- del hecho tipificado, que obligan al legislador a tomar medidas drásticas y excepcionales para su regulación, siendo por consiguiente que no cualquier delito es susceptible de ser imprescriptible, sino –a criterio de quienes avalan la imprescriptibilidad- únicamente aquellos que por el daño que ocasionan y su trascendencia jurídico-social (cuyos efectos alcanzan inclusive el plano internacional), requieran de ese tratamiento especial.

Como ya se dijo, la instauración de la imprescriptibilidad de la acción penal para ciertos delitos (por ejemplo los de lesa humanidad), reedita en la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos, que a criterio de los distintos ordenamientos legales revisten tal importancia que su resguardo debe ser extremo, situación que no se vislumbra en el caso que nos atrae.

Esto último, no implica que esta Procuraduría General tenga en poco la importancia de los fondos que administra la DESAF –por cuanto concebimos dicha labor de alta estima y sus repercusiones sociales de gran valor-, sino que somos partidarios de la tesis –por todas las razones ya expuestas- que la permisón sin límite temporal para perseguir al infractor de ley, debe ser de uso tan restringido que proteja con su no aplicación los demás derechos fundamentales que podrían verse vulnerados.

Así, pretender otorgar tanto a las deudas con el FODESAF como a la acción penal consagrada en el numeral 12 de la propuesta legislativa, un carácter de suma gravedad casi al punto de equiparlo con los efectos dañinos que emergen de los delitos de lesa humanidad y así revestirlas de imprescriptibilidad, resulta –sin miedo a equivocarnos- de muy dudosa constitucionalidad.

En efecto, tal pretensión (declaratoria de imprescriptibilidad de la acción penal), resultaría contraproducente por las implicaciones que la misma tendría respecto a los principios constitucionales de seguridad jurídica, legalidad e igualdad, que avalan la presencia de términos que limiten las acciones y los derechos de los individuos en beneficio de la estabilidad y el orden social.

De esta forma, dejamos planteado nuestro criterio respecto al proyecto legislativo N° 19.211.