

LA DOBLE PERCEPCIÓN DE INGRESOS PROVENIENTES DEL ESTADO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 40 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 28175

RICHARD MARTIN TIRADO

Profesor de Derecho Administrativo en las Universidades Pontificia Católica del Perú,
Universidad de Lima y Universidad Privada de Piura.
Profesor de la Academia de la Magistratura.

SUMARIO:

1. Introducción.- II. Antecedentes.- III. Alcances del artículo 3 de la Ley 28175 - Ley Marco del Empleo.-
IV. Supuestos no previstos en la Ley 28175: 1. Supuestos de percepción de pensión y honorarios;
2. Supuesto de doble percepción de honorarios.- V. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 40 de la Constitución Política de 1993 establece restricciones para la percepción de ingresos provenientes del Estado, así como para el desempeño de cargos o empleos públicos remunerados.

En el marco de dicha restricción, en los últimos años se han expedido normas complementarias con el objeto de delimitar el contenido de dicho precepto constitucional.

En principio, las restricciones fueron asimiladas a las incompatibilidades existentes entre la percepción simultánea de remuneración y pensión, las mismas que tienen una prohibición expresa en los regímenes del Decreto Ley 19990 y del Decreto Ley 20530, respectivamente. Sin embargo, el panorama se presentó más confuso en el tiempo, con la progresiva incorporación de diversos regímenes legales aplicables al personal vinculado en régimen de subordinación con el Estado. En dicho contexto, el personal sometido al régimen de la carrera administrativa tiene las restricciones señaladas en el artículo 139 del Decreto Supremo No. 005-90-PCM - Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. En el caso del personal del Estado sujeto al régimen laboral de la actividad privada, no existe una disposición específica dentro del mismo régimen que establezca restricciones en razón de laborar para una entidad pública.¹

Por otra parte, en los últimos años, y en concordancia con la heterogeneidad de regímenes legales de vinculación de las personas con el Estado, el tema se ha extendido a la evaluación de las incompatibilidades existentes en la percepción simultánea de ingresos por concepto de remuneración/pensión y honorarios profesionales.

Tal como se puede advertir, nos encontramos ante un escenario disperso que, de una u otra forma, se pretende ordenar con la dación de la Ley 28175 y las eventuales leyes de desarrollo que, sobre el tema, ha presentado el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República.

Precisamente, en este esfuerzo ordenador del empleo público, uno de los temas más polémicos que se deriva de la aplicación de la Ley 28175 es el relativo a los alcances del artículo 3, el cual establece restricciones al ejercicio de cargos o empleos públicos, así como respecto a la doble percepción de ingresos.

¹ Es importante señalar que, en el caso de las entidades con tratamiento empresarial, FONAFE tiene disposiciones específicas que restringen la participación en directorios.

II. ANTECEDENTES

El primer párrafo del artículo 40 de la Constitución Política de 1993 establece lo siguiente:

"Artículo 40.- Carrera Administrativa

La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente" (El resaltado es nuestro).

De una lectura atenta del citado precepto constitucional, se puede advertir que el mismo se puede dividir en los siguientes aspectos:

- a. El acceso a la carrera administrativa;
- b. La exclusión del régimen de la carrera administrativa por parte de los funcionarios en cargos políticos o de confianza; y
- c. El desempeño de más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de la función docente.

El presente artículo se concentrará en el análisis del último tema, el mismo que se encuentra directamente vinculado a los alcances del artículo 3 de la Ley 28175.

Cabe señalar que el primer párrafo del artículo 40 de la Constitución Política de 1993 es similar a los alcances del artículo 58 de la Constitución Política de 1979. En este contexto, no debe olvidarse que durante la vigencia de este precepto constitucional se expidieron el Decreto Legislativo 276 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo No. 005-90-PCM.

En forma complementaria a lo expuesto, cabe precisar que el primer párrafo del artículo 139 del Decreto Supremo No. 005-90-PCM, establece a la letra lo siguiente:

"Mientras dure su relación laboral con la Administración Pública, a través de una entidad, tanto los funcionarios como los servidores están impedidos para desempeñar otro empleo remunerado y/o suscribir contrato de locación de servicios bajo cualquier modalidad con otra entidad pública o empresa del Estado, salvo para el desempeño de un cargo docente" (El resaltado es nuestro).

En nuestra opinión, resulta necesario evaluar si la prohibición señalada en el artículo 139 del Decreto Supremo No. 005-90-PCM es compatible con el artículo 40 de la Constitución Política de 1993, en el extremo referido al impedimento aplicable al funcionario o servidor público comprendido en el régimen de la carrera administrativa.

El artículo 40 de la Constitución Política vigente es muy claro en negar la posibilidad de desempeñar un segundo empleo o cargo público en el que se perciba una remuneración, a excepción de la función docente. Se trata de una prohibición que opera en razón de la naturaleza del ejercicio del empleo público. En aplicación del citado precepto constitucional, se podría afirmar que el funcionario o servidor público no se encontraría, en principio, impedido de recibir honorarios derivados de un contrato de locación de servicios celebrado con alguna entidad estatal, en la medida que tales servicios se presten fuera de la jornada laboral ordinaria y no conlleven el ejercicio de ninguna potestad o atribución administrativa.

De acuerdo con dicha interpretación, el artículo 139 del Decreto Supremo No. 005-90-PCM debería ser entendido como una prohibición relativa que atienda a la posibilidad de desarrollar un conjunto de tareas fuera de la jornada laboral ordinaria y sin el ejercicio de potestades administrativas. Lamentablemente, esta no es la interpretación que se tiene en la actualidad con respecto a la aplicación del referido artículo 139. Por el contrario, se afirma que solo bastaría la existencia de un vínculo de dependencia en el régimen de la carrera administrativa, para extender la prohibición en forma absoluta a los funcionarios o servidores comprendidos en dicho régimen.

El artículo 139 excedería el parámetro constitucional cuando impide a los funcionarios o servidores públicos que puedan suscribir contratos de locación de servicios con otra entidad pública. Es necesario que se definan los alcances de este precepto, por cuanto no son pocos los casos en los que un determinado funcionario o servidor público (sea en régimen de licencia, descanso o de cualquier forma de suspensión del vínculo) es obligado a devolver la contraprestación recibida por el servicio desarrollado, bajo el argumento de la existencia previa de una relación subordinada previa en el régimen de la carrera administrativa.

El supuesto de hecho a partir del cual debe analizarse si se vulnera o no la prohibición en un caso concreto no debe ser el establecido en el artículo 139 del Decreto Supremo No. 005-90-PCM, dado que este se encuentra en colisión con los alcances del artículo 40 del texto constitucional.

A partir de la plena vigencia de la Ley 28175, debe entenderse que los preceptos contenidos en el artículo 3 de dicha ley constituyen los supuestos aplicables para las restricciones señaladas en el artículo 40 de la Constitución Política. Siendo ello así, el supuesto para la aplicación de las restricciones indicadas en la Ley 28175 es definir en forma previa los alcances del concepto "empleado público". En consecuencia, si una persona no tiene dicho carácter, estará fuera de los alcances del impedimento constitucional.

III. ALCANCES DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 28175 - LEY MARCO DEL EMPLEO

Tal como se ha indicado, con fecha 19 de febrero de 2004 se publicó la Ley 28175, cuyo artículo 3 señala lo siguiente:

"Artículo 3.- Prohibición de doble percepción de ingresos

Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado.

Las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas" (El resaltado es nuestro).

La Ley 28175 utiliza el concepto de "empleado público" en lugar de las categorías de funcionario y servidor público que se encuentran presentes en la Constitución. El primer párrafo del artículo III del Título Preliminar de la referida Ley Marco precisa indirectamente los alcances de dicho concepto, al referirse al ámbito de aplicación de sus disposiciones:

"Artículo III.- Ámbito de aplicación

La presente Ley regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público, cualquiera fuera la clasificación que este tenga, y la parte orgánica y funcional de la gestión del empleo público" (El resaltado es nuestro).

Desde un enfoque estrictamente formal, se debe partir de la propia definición establecida en la Ley 28175. En este contexto, se debe colegir que el empleado público es aquella persona

que presta servicios personales de carácter subordinado y remunerado a una entidad estatal, lo que configura la existencia de una relación subordinada con la referida entidad.

La prohibición establecida en el artículo 3 de la Ley 28175 debe ser interpretada en función del parámetro constitucional establecido en el artículo 40 de la Constitución de 1993. A partir de ello, debe entenderse que ningún empleado público puede percibir una segunda remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso *proveniente del ejercicio de otro empleo o función pública*.

Es evidente que la premisa sobre la cual se sustenta la aplicación del artículo 3 de la Ley 28175, es la existencia de una relación previa calificada como de empleo público que adicionalmente le procura un ingreso económico.

En el análisis del artículo 3 no resulta claro qué ha entendido el legislador como ingreso. No cabe la menor duda que dicho concepto debe asociarse la existencia de una contraprestación por una tarea desarrollada. Sin embargo, ello no se desprende del análisis del citado precepto legal.

En un sentido lato, el artículo 3 puede generar una interpretación perversa de la norma, dado que en nombre del concepto vago e impreciso de "ingreso", sin asociarlo a la existencia de una contraprestación, se puede terminar prohibiendo aquellos ingresos que no se encuentran asociados a la persona órgano (funcionario o servidor público), sino a la propia persona natural que obtiene ingresos del Estado. Así, tenemos casos como el de aquella persona natural que siendo funcionario o servidor público, arrienda un inmueble a una entidad pública con la cual no tiene un conflicto de intereses. Otro caso podría presentarse en aquellas circunstancias en las que un contribuyente que tiene la condición de funcionario o servidor público, obtiene una devolución de impuestos o un saldo a su favor, de la SUNAT o el SAT. Es evidente que prohibir este tipo de ingresos no resiste el mayor análisis.

Una vez delimitados los alcances del concepto "ingreso", es necesario identificar los aspectos de fondo que plantea la aplicación del artículo 3 de la Ley 28175. Sobre este tema, es necesario advertir que somos de la opinión que las restricciones del artículo 3 de la Ley en mención, solo son aplicables a las personas que tienen la condición previa de "empleados públicos". No compartimos la tesis de aquellos que plantean que con la percepción de la primera dieta de una entidad pública, se configuraría la restricción para la percepción de dietas adicionales.

En función de lo expuesto, se pueden evaluar los siguientes supuestos:

- a. El desempeño de dos o más cargos o empleos públicos; y
- b. La percepción de dietas.

De acuerdo al artículo III del Título Preliminar de la Ley 28175, los empleados públicos solo deberían percibir remuneraciones y no otro tipo de contraprestaciones. Sin embargo, es innegable que hoy en día existen diversos funcionarios o servidores públicos que reciben contraprestaciones no remunerativas, tales como asignaciones de carácter no remunerativo (pagos CAFAE y similares) y honorarios profesionales administrados por terceros (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD) o financiados a través de la cooperación internacional (Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Mundial).

La prohibición del artículo 3 de la Ley 28175 resultaría aplicable con respecto a las contraprestaciones recibidas de una entidad estatal por ejercer un empleo público, *quedando fuera de tal prohibición las contraprestaciones derivadas de otras relaciones contractuales*, tales como de locación de servicios u otros contratos de diferente naturaleza.

En el caso de los empleados públicos que se desempeñen como árbitros, conciliadores o peritos en controversias en las cuales una entidad estatal es parte, tampoco resulta aplicable la prohibición,

dado que en tales casos no se está ejerciendo función pública alguna, puesto que prestan sus servicios a ambas partes y no únicamente a una de ellas (la entidad estatal, en este caso).

Finalmente, es importante señalar los alcances del citado artículo 3 con respecto a dos supuestos adicionales:

La percepción de remuneración y pensión.

El artículo 3 de la Ley 28175 prohíbe la percepción *simultánea de remuneración y pensión por parte del Estado*. En este caso, la Ley ha excluido a la pensión estatal del conjunto de contraprestaciones que no se derivan del ejercicio de otro empleo o función pública que pueden ser percibidas por el empleado público. Existen normas especiales en materia pensionaria que ya establecen esta incompatibilidad, en cuyo caso el interesado deberá optar por recibir solamente uno de los ingresos señalados.

IV. SUPUESTOS NO PREVISTOS EN LA LEY 28175

Desde una perspectiva operativa, se puede afirmar que el artículo 3 de la Ley 28175 deja un margen abierto para diversas interpretaciones. Sin embargo, es pertinente precisar los alcances de dicho precepto legal a la luz de las restricciones establecidas en el mismo.

En nuestra opinión, las interpretaciones que se realicen con respecto a dicho precepto legal, deben tomar en consideración si nos encontramos en forma previa ante la presencia o no de un empleado público, pues en función de dicha condición se pueden establecer diversos tipos de restricciones.

Si el supuesto es la condición de empleado público, se pueden colegir los siguientes aspectos, tanto en lo que se refiere al ejercicio de cargos como a la percepción de ingresos:

Con respecto al ejercicio de cargos, se deben tomar precauciones con respecto a la naturaleza de la función docente, pues existen supuestos en los que se ejerce un cargo o empleo público y adicionalmente se ejerce función docente. Sobre este tema, es evidente que el modelo constitucional permite un doble ingreso económico en calidad de contraprestación remunerada, en el marco de una relación subordinada, motivo por el cual se asigna un rol preponderante a la función docente.

Los empleados públicos que además ejerzan funciones de carácter docente, podrán percibir dos contraprestaciones correspondientes sin problema alguno. Cabe precisar que la función pública docente debe ser entendida en forma estricta, es decir, incluye la labor de profesor en una entidad estatal de educación superior y no el ejercicio de funciones administrativas en dicha entidad.

1. Supuestos de percepción de pensión y honorarios

Debe entenderse que en el caso de un pensionista estatal que percibe honorarios por servicios de consultoría de una entidad estatal, *no resulta aplicable la restricción contenida en el artículo 40 de la Constitución ni tampoco el artículo 3 de la Ley 28175, en la medida en que no estaría ejerciendo empleo público alguno*.

Ahora bien, el tema puede ser más conflictivo en aquellos supuestos en los que el pensionista de una entidad pública perciba ingresos por las tareas desarrolladas en la condición de servicios no personales. En este caso, desde un punto de vista formal, no existiría impedimento para la percepción de una pensión y honorarios. Desde una perspectiva material, es evidente que se presentaría un supuesto objetivo de incompatibilidad, pues la actividad calificaría como una de

tipo subordinado y sujeto a remuneración, hecho que deviene en incompatible con la percepción de pensión.

2. Supuesto de doble percepción de honorarios

En el caso de una persona que percibe honorarios por servicios no personales de una entidad estatal y que además perciba otro ingreso similar, no es de aplicación la *prohibición contenida en el artículo 3 de la Ley 28175, debido a que no existe el ejercicio de empleo público alguno, por lo que puede afirmarse la legalidad en la percepción de ambos ingresos.*

Un caso especial es el relativo a los pensionistas de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú y que, en forma adicional, perciben honorarios por servicios no personales de una entidad estatal: *La prohibición no les resulta aplicable, en la medida que no ejerzan función pública alguna, por lo que pueden percibir legalmente ambos ingresos. Si llegaran a ejercer función pública, la prohibición opera siempre y cuando la pensión sea otorgada por el Estado y no por un fondo privado.*

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El artículo 3 de la Ley 28175 debe ser interpretado en concordancia con las restricciones establecidas en el artículo 40 de la Constitución de 1993.
2. El concepto de ingresos al que alude el artículo 3 de la Ley 28175, debe ser entendido como aquellos provenientes de una contraprestación y no sobre el universo de ingresos que una persona natural pueda percibir del Estado. Si la interpretación aplicable fuera la percepción de un ingreso, sin tomar en cuenta la existencia de una relación causal, sería imposible la aplicación del citado precepto legal.
3. Las restricciones contempladas en el artículo 3 de la Ley 28175 deben ser evaluadas en cada caso concreto. No debe efectuarse una interpretación literal de los alcances del citado precepto legal.
4. Existe un conjunto de supuestos básicos para la aplicación del artículo 3 de la Ley 28175. Entre ellos, debemos poner énfasis en el hecho de que la precondition de empleado público, configura las restricciones establecidas en el citado artículo.