



Dirección General de Servicio Civil



Revista Jurisprudencia

Área de Asesoría Jurídica

II SEMESTRE 2019

REVISTA DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Número 37 II Semestre Julio del 2019 a Diciembre del 2019

ASESORÍA JURÍDICA

Directora:

Licda. Irma Velásquez Yánez

Profesionales:

Licda. Engie Vargas Calderón

Licda. Rocío Caravaca Vargas

Licda. Merylyn Sánchez Garro

Licda. Karol Ramírez Brenes

Lic. Richard Fallas Arias

Personal de Apoyo:

Sra. María Zulay Rojas Quesada. Secretaria

Sr. Jorge Vargas Quirós. Notificador

Levantado de Texto: Sra. María Zulay Rojas Quesada.

INDICE

	PAGINA
Índice	3
Presentación	5
Criterios Jurídicos	6
Anualidades	
• AJ-OF-504-2019.....	8
• AJ-OF-571-2019.....	13
• AJ-OF-601-2019.....	18
Cálculo de Aguinaldo cuando existen incapacidades	
• AJ-OF-624-219.....	24
Carrera Profesional	
• AJ-OF-509-2019.....	28
• AJ-OF-511-2019.....	33
Dedicación Exclusiva	
• AJ-OF-605-2019.....	44
Evaluación del Desempeño	
• AJ-OF-329-2019.....	48
Jornada Extraordinaria	
• AJ-OF-503-2019.....	54
Licencia con Goce de Salario	
• AJ-OF-606-2019.....	60

Período de Prueba	63
<ul style="list-style-type: none"> AJ-OF-594-2019..... 	
Prohibición	
<ul style="list-style-type: none"> AJ-OF-385-2019..... AJ-OF-543-2019..... 	65 68
Recargo de Labores	
<ul style="list-style-type: none"> AJ-OF-436-2019..... 	74
Renuncia Laboral	
<ul style="list-style-type: none"> AJ-OF-589-2019..... 	77
Transitorio XXXV Ley N° 9635	
<ul style="list-style-type: none"> AJ-OF-489-2019..... 	80
IV.- Jurisprudencia de la Sala Constitucional	
<ul style="list-style-type: none"> Recursos de amparo fallados en el II Semestre del año 2019..... 	92

Presentación

PRESENTACIÓN

El documento que damos a conocer como Jurisprudencia Administrativa, es la recopilación de los criterios jurídicos emitidos por esta Asesoría Jurídica durante el segundo semestre del 2019, los cuales ponemos a disposición de las instituciones administrativas que lo requieran, con el fin de que les coadyuve en las necesidades de la aplicación de la normativa del Régimen del Servicio Civil para la toma de sus decisiones.

Licda. Irma Velásquez Yáñez
DIRECTORA DE LA ASESORÍA JURÍDICA

Criterios Jurídicos

27 de setiembre de 2019

AJ-OF-504-2019

Señor
Rolando Sánchez Corrales
Jefe, Gestión Institucional de Recursos Humanos
Ministerio de Agricultura y Ganadería

**ASUNTO: Respuesta a Oficio N°
GIRH-0671-2019**

Estimado señor:

Se procede a dar respuesta al oficio N° GIRH-0671-2019 del 03 de setiembre de 2019, recibido vía correo electrónico ese mismo día, mediante el cual se realiza la siguiente consulta:

“...nuestra consulta se basa en que la Ley No. 9635 en cuanto a reconocimiento de monto de anualidades; se refiere a ascensos y no a reasignaciones y recalificaciones, y según lo observado en las definiciones anteriores dichos conceptos tienen naturalezas distintas, ¿es posible que cuando se den reasignaciones o recalificaciones, se tome el valor de las mismas con la clase a que es reasignado o recalificado el puesto?”.

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

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

Asimismo, debe señalarse que si bien, dentro de las competencias de este Despacho, no se encuentra la de revisar los criterios jurídicos emitidos en ejercicio de las funciones por las diferentes instancias jurídicas de la Administración Activa, en todas las muy diversas denominaciones que puedan recibir en las respectivas estructuras administrativas, con respecto al oficio N° MAG-A.J. 408-2019 del 23 de

agosto de 2019 emitido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Agricultura y Ganadería, de su contenido se aprecia su conformidad con el bloque de legalidad que rige a la Administración Pública y de su lectura únicamente se advierte que el concepto definido en el criterio de cita corresponde a reclasificación y no recalificación, siendo éste último el objeto de consulta.

Al respecto, debe traerse a colación el artículo 12 de la Ley N° 2166 “Ley de Salarios de la Administración Pública” que señala:

“Artículo 12- El incentivo por anualidad se reconocerá en la primera quincena del mes de junio de cada año.

*Si el servidor fuera **ascendido**, comenzará a percibir el mínimo de la nueva categoría; bajo ningún supuesto se revalorizarán los incentivos ya reconocidos”. (El resaltado no corresponde al original)*

De igual manera, el artículo 14 del Decreto Ejecutivo N° 41564-MIDEPLAN-H “Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 referente al Empleo Público”, establece:

“Artículo 14.- Anualidades. El incentivo de anualidad se reconocerá según los siguientes parámetros:

*d) De conformidad con el artículo 12 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635, si el servidor fuera **ascendido** las anualidades acumuladas se le reconocerán con el valor de la anualidad correspondiente a su nuevo puesto, como un monto nominal fijo según lo dispuesto en el presente artículo. Bajo ningún supuesto se revalorizarán las anualidades que devengaba previo al ascenso. Aplicará de igual forma para el caso de descensos.*

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 41807 del 23 de julio del 2019)”. (El resaltado no corresponde al original)

De conformidad con la normativa citada, debe indicarse que de la literalidad de la misma, se desprende que únicamente en casos de ascenso, “*las anualidades acumuladas se le reconocerán con el valor de la anualidad correspondiente a su nuevo puesto, como un monto nominal fijo*”.

Por ello, resulta de vital importancia definir el concepto de ascenso, el cual se encuentra establecido en el artículo 3 inciso s) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil que señala:

“Artículo 3° - Para los efectos de las disposiciones de este texto se entiende:

(...)

s) Por "ascenso": la promoción de un servidor regular de un puesto a otro de nivel salarial superior, conforme a las vías de carrera administrativa dictadas por la Dirección General.

En ese mismo sentido, para dar respuesta a la consulta planteada, es menester definir los conceptos de reasignación y recalificación. El primero de ellos, se encuentra establecido en el artículo 105 del Reglamento de dicho Estatuto, que indica:

Artículo 105.- Para todos los efectos se entenderá por:

(...)

b) Reasignación: Cambio que se opera en la clasificación de un puesto con motivo de variación sustancial y permanente en sus tareas y responsabilidades;”.

El segundo de ellos, se encuentra definido en el Oficio Circular N° IT-004-99-C del 24 de febrero de 1999, suscrito por el señor Fabio Flores Rojas, Director del Área de Instrumentación Tecnológica de la Dirección General de Servicio Civil, que establece:

“Con base en lo anterior, defínase el término “Recalificación de Puesto” de la siguiente manera:

Cambio de grupo clasificatorio de un puesto dentro de una misma clase, cuando hayan variado los atestados personales del servidor regular que lo ocupa y se cumpla con el criterio de requisitos y clasificación respectivo y exista el presupuesto para el cambio”.

Según lo expuesto, se colige que los conceptos de ascenso, reasignación y recalificación corresponden a términos diferentes, y siendo que la norma regula únicamente el concepto de ascenso, esta Asesoría Jurídica no tendría potestad para interpretar de manera extensiva la norma, debiendo limitarse la aplicación de la norma únicamente en ese caso.

Pese a ello, esto no impide que si considera el consultante que las normas en estudio, riñen con alguna otra norma de rango igual o superior, o bien que podría eventualmente ocasionar algún tipo de desigualdad en la aplicación de las mismas, las personas afectadas puedan activar el mecanismo de control de constitucionalidad respectivo, o acudir a la Sede Jurisdiccional, dado que no le corresponde a esta Dependencia realizar esa función, toda vez que mientras la norma se encuentre vigente dentro del ordenamiento jurídico, ésta resulta de aplicación obligatoria y se mantiene incólume. Tesis jurídica que se sustenta en los criterios vertidos por la Procuraduría General de la República en el dictamen N° C-160-2017, del 6 de julio de 2017, entre otros y que sostiene que:

“...Partiendo de lo anterior, en lo que al proceder de la Administración Pública se refiere, desconocer una norma o estimarla obsoleta o injusta, no es razón suficiente para que el operador jurídico la desatienda. Significa que toda conducta administrativa debe estar amparada en la ley, sin que sea posible –en un principio– ignorar las normas vigentes al conocer de una situación en particular.

Esto responde al principio de legalidad, que debe ser entendido de la siguiente manera:

“VI- El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración". (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 3410-1992 de las 14:45 horas del 10 de noviembre de 1992).

Se trata entonces, en palabras de autor Eduardo Ortiz, que el “principio de legalidad impone a la Administración el respeto de ordenamiento jurídico en su totalidad.” (Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Stradtman, 2002, p.76). En este mismo sentido, el autor García de Enterría dispone que la Administración “...está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento, y por lo tanto, también a sus propios Reglamentos.” (García de Enterría, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, décimo tercera edición, Editorial Azanzadi S.A., 2006, p.210).

Desde esa perspectiva, mientras una norma –sea legal o reglamentaria– se encuentre vigente, es parte del ordenamiento jurídico, y con ello, del bloque de legalidad al cual debe sujetarse toda la actividad administrativa.

Pero además, en lo que al tema de la consulta se refiere, nos permite comprender que las razones para no atender a la práctica del desuso de una ley, se aplican sin miramientos cuando se trata de un reglamento. En ese orden de ideas, el operador jurídico debe actuar sometido al ordenamiento jurídico, lo que implica que deberá acatar los reglamentos vigentes.

Esta Procuraduría General ha sido conteste con ese razonamiento al indicar que la Administración Pública no tiene competencia para desaplicar las normas, sean esas legales o infralegales. (Ver Procuraduría General de la República, dictámenes C-246-1998 del 18 de noviembre de 1998, C-81-2005 del 24 de febrero de 2005, C-372-2007 del 18 de octubre de 2007, C-170-2008 del 20 de mayo de 2008, C-120-2011 del 1° de junio de 2011 y C-126-2011 del 10 de junio de 2011). (El resaltado no corresponde al original)

De manera tal, que de lo citado en el dictamen, se determina que no resulta procedente desaplicar en vía administrativa, normas que gozan de presunción de legitimidad constitucional y en este tanto, las autoridades administrativas deben aplicarlas.

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

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Irma Velásquez Yánez
DIRECTORA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

11 de noviembre de 2019
AJ-OF-571-2019

Señora
Ruth López Herrera
Jefe de Recursos Humanos
**Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud
(INCIENSA)**

**ASUNTO: Atención de oficio N°
Inciensa-URH-of-2019-202**

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a atender el oficio N° Inciensa-URH-of-2019-202 del 25 de octubre de 2019, recibido vía correo electrónico ese mismo día, en el cual se realizó una consulta en relación con el pago de las anualidades, a la luz de la Ley N° 9635 “Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas”, *“específicamente en lo relacionado al pago de las anualidades, si debe realizarse por mes a partir del mes de junio o se aplica retroactivamente en junio de cada año a todos los colaboradores”*.

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

En razón de lo anterior, la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantarse a la Administración Activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde en el caso particular.

Al respecto, debe indicarse que el Título III de la Ley 9635 “Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas”, realizó una adición a la Ley N° 2166 “Ley de Salarios de la Administración Pública”, del 9 de octubre de 1957, estableciéndose en su artículo 12 lo siguiente:

“Artículo 12.- *El incentivo por anualidad se reconocerá en la primera quincena del mes de junio de cada año.*

Si el servidor fuera ascendido, comenzará a percibir el mínimo de la nueva categoría; bajo ningún supuesto se revalorizarán los incentivos ya reconocidos”. (El subrayado no corresponde al original)

Por su parte, el Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 referente al Empleo Público, N° 41564-MIDEPLAN-H, regula en su artículo 14:

“Artículo 14.- Anualidades. *El incentivo de anualidad se reconocerá según los siguientes parámetros:*

(...)

b) El incentivo será un monto nominal fijo para cada escala salarial, que permanecerá invariable. En la primera quincena del mes de junio de cada año se reconocerá que la persona servidora pública tiene derecho a una nueva anualidad en virtud de la calificación obtenida en la evaluación del desempeño, a partir de esa fecha, se pagará la nueva anualidad, según la fecha de cumplimiento que en cada caso corresponda. (...).” (El subrayado no corresponde al original)

Según se desprende de ambas normas, se reconocerá el derecho que tiene el servidor al pago de una nueva anualidad, en razón de la calificación obtenida en la evaluación de desempeño, propiamente en el mes de junio, sin embargo el concepto de pago es el que varía en cada caso concreto, siendo que hasta que se reconozca el derecho a la anualidad, se procederá con el mismo.

Es por ello, que dependiendo del mes en el que el servidor cumpla su anualidad, se realizará el pago correspondiente, y si resulta necesario, dicho pago deberá realizarse de manera retroactiva a efectos de ajustar los montos respectivos. En otras palabras, debe diferenciarse el aspecto de reconocimiento de la anualidad, con el aspecto de pago de la misma, debiendo agruparse de cierta manera, los funcionarios en dos grupos: aquellos que recibirán el pago de la anualidad de manera retroactiva y aquellos que recibirán dicho pago, en el mes de cumplimiento de la anualidad, si ello resulta posterior al mes de junio, sin embargo la anualidad será reconocida en todos los casos y para todos los funcionarios en el mes de junio.

Pese a ello, esto no impide que si considera la consultante que las normas en estudio, riñen con alguna otra norma de rango igual o superior, o bien que podría eventualmente ocasionar algún tipo de desigualdad en la aplicación de las mismas, las personas afectadas puedan activar el mecanismo de control de constitucionalidad respectivo, o acudir a la Sede Jurisdiccional, dado que no le corresponde a esta Dependencia realizar esa función, toda vez que mientras la norma se encuentre vigente dentro del ordenamiento jurídico, ésta resulta de aplicación obligatoria y se mantiene incólume. Tesis jurídica que se sustenta en los criterios vertidos por la Procuraduría General de la República en el dictamen N° C-160-2017, del 6 de julio de 2017, entre otros y que sostienen que:

“...Partiendo de lo anterior, en lo que al proceder de la Administración Pública se refiere, desconocer una norma o estimarla obsoleta o injusta, no es razón suficiente para que el operador jurídico la desatienda. Significa que toda conducta administrativa debe estar amparada en la ley, sin que sea posible – en un principio– ignorar las normas vigentes al conocer de una situación en particular.”

Esto responde al principio de legalidad, que debe ser entendido de la siguiente manera:

“VI- El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración". (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 3410-1992 de las 14:45 horas del 10 de noviembre de 1992).”

Se trata entonces, en palabras de autor Eduardo Ortiz, que el “principio de legalidad impone a la Administración el respeto de ordenamiento jurídico en su totalidad.” (Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Stradtman, 2002, p.76). En este mismo sentido, el autor García de Enterría dispone que la Administración “...está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento, y por lo tanto, también a sus propios Reglamentos.” (García de Enterría, Eduardo y otro. Curso

de Derecho Administrativo, Tomo I, décimo tercera edición, Editorial Azanzadi S.A., 2006, p.210).

Desde esa perspectiva, mientras una norma –sea legal o reglamentaria– se encuentre vigente, es parte del ordenamiento jurídico, y con ello, del bloque de legalidad al cual debe sujetarse toda la actividad administrativa.

Pero además, en lo que al tema de la consulta se refiere, nos permite comprender que las razones para no atender a la práctica del desuso de una ley, se aplican sin miramientos cuando se trata de un reglamento. En ese orden de ideas, el operador jurídico debe actuar sometido al ordenamiento jurídico, lo que implica que deberá acatar los reglamentos vigentes.

Esta Procuraduría General ha sido conteste con ese razonamiento al indicar que la Administración Pública no tiene competencia para desaplicar las normas, sean esas legales o infralegales. (Ver Procuraduría General de la República, dictámenes C-246-1998 del 18 de noviembre de 1998, C-81-2005 del 24 de febrero de 2005, C-372-2007 del 18 de octubre de 2007, C-170-2008 del 20 de mayo de 2008, C-120-2011 del 1° de junio de 2011 y C-126-2011 del 10 de junio de 2011). (El subrayado no corresponde al original)

Asimismo, según los dictámenes emitidos por la Procuraduría General de la República N° C-112-2011 del 18 de mayo de 2011 y N° C-126-2011 del 10 de junio del 2011, aún en los casos en los que una Ley o un numeral de ésta, sea idéntica a otra anulada por la Sala Constitucional, la Administración debe seguir aplicando la primera mientras no exista un pronunciamiento expreso; en sentido contrario, de la propia Sala Constitucional, o bien que la norma en cuestión sea derogada por otra posterior de igual rango.

“...aún cuando la Sala Constitucional anuló ya una disposición similar a la que actualmente se encuentra en la ley n° 7623 ...por ser ésta última una ley vigente, que no ha sido anulada ni derogada, al operador jurídico (en atención al principio de legalidad antes descrito) no le queda otra opción que aplicarla. Cabe mencionar, que si bien la propia Sala Constitucional ha reconocido la posibilidad de desaplicar normas (incluso de rango legal) cuando sean contrarias a la Constitución (1), ese reconocimiento ha sido a favor únicamente de los funcionarios que administran justicia. La razón de ello radica en que es el propio ordenamiento jurídico (nos referimos al artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, n° 8

de 29 de noviembre de 1937) el que autoriza la desaplicación de normas infraconstitucionales en esas circunstancias, autorización que no existe tratándose del resto de servidores públicos...” (lo resaltado no pertenece al texto original).

De manera tal, que no es procedente desaplicar en vía administrativa, normas que gozan de presunción de legitimidad constitucional y en este tanto, las autoridades administrativas deben aplicarlas.

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

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

26 de noviembre de 2019
AJ-OF-601-2019

Señora
Ruth López Herrera
Jefe de Recursos Humanos
**Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud
(INCIENSA)**

**ASUNTO: Atención de oficio N°
Inciensa-URH-of-2019-201**

Estimada señora:

Habiendo aportado el criterio de la Asesoría Jurídica del Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud (INCIENSA), según prevención realizada por esta Dependencia, mediante oficio N° AJ-OF-574-2019 del 12 de noviembre de 2019, se procede a atender el oficio N° Inciensa-URH-of-2019-201 del 16 de octubre de 2019, trasladado a esta Dependencia vía correo electrónico el 29 de octubre del año en curso, mediante oficio N° AOTC-OF-153-2019 del 22 de octubre de 2019, suscrito por el señor Francisco Chang Vargas, director del Área de Organización del Trabajo y Compensaciones de esta Dirección General, en el cual se realiza consulta en relación con el cálculo de las anualidades, a la luz de la Ley N° 9635 “Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas”.

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

En razón de lo anterior, la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantar a la Administración Activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde en el caso particular.

Al respecto, debe indicarse que el Título III de la Ley 9635 “*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*”, en su transitorio XXXI establece lo siguiente:

*“TRANSITORIO XXXI: Para establecer el cálculo del monto nominal fijo, según lo regulado en el artículo 50, en el reconocimiento del incentivo por anualidad, inmediato a la entrada en vigencia de esta ley, se aplicará el uno coma noventa y cuatro por ciento (1,94%) del salario base para clases profesionales, y el dos coma cincuenta y cuatro por ciento (2,54%), para clases no profesionales, sobre el salario base que corresponde para el **mes de enero del año 2018** para cada escala salarial”. (El resaltado no pertenece al original)*

Por su parte, el Decreto Ejecutivo N° 41729-MIDEPLAN-H del 20 de mayo del 2019, denominado “Reforma a los artículos 14, 17 y 22 del Decreto Ejecutivo N° 41564-MIDEPLAN-H, Reglamento del Título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 del 3 de diciembre de 2018, referente al Empleo Público”, en su considerando VII indica:

“VII.- Que mediante la Resolución de la Dirección General de Servicio Civil DG-087-2018 de las nueve horas del 2 de julio de 2018 se modificó la Escala de Sueldos de la Administración Pública contenida en la Resolución DG-012-2018 del 7 de febrero del 2018, revalorando en tres mil setecientos cincuenta colones (≠3.750,00) los salarios base contenidos en la misma, de tal suerte que todas las clases de puestos asignadas a dicha Escala, quedaron revaloradas con rige a partir del 1° de julio de 2018, por lo que en concordancia con lo establecido en el transitorio XXV del título III de la Ley N° 9635 que establece en lo que interesa “El salario de los servidores que se encuentren activos en las instituciones contempladas en el artículo 26 a la entrada en vigencia de esta ley no podrá ser disminuido y se les respetarán los derechos adquiridos que ostenten” corresponde, para efectos de cálculos nominales utilizar el salario base de julio de 2018 para cada escala salarial”.

Bajo esta inteligencia, el Reglamento del Título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 referente al Empleo Público, N° 41564-MIDEPLAN-H, regula en su artículo 14:

“Artículo 14.- Anualidades. El incentivo de anualidad se reconocerá según los parámetros:

(...)

*c) El cálculo del monto nominal fijo para las anualidades que se adquieran con posterioridad al 4 de diciembre de 2018, corresponde a un 1,94% (uno coma noventa y cuatro por ciento) del salario base de las clases profesionales y de 2.54% (dos coma cincuenta y cuatro por ciento) para clases no profesionales, de manera inmediata a partir de la entrada en vigencia de la ley, sobre el salario base que corresponde para el **mes de julio del año 2018**, de conformidad con lo establecido en los transitorios XXV y XXXI del título tercero de la Ley N° 9635, en concordancia con la Resolución de la Dirección General del Servicio Civil DG-087-2018 de las nueve horas de 2 de julio de 2018”. (El resaltado no pertenece al original)*

Según se desprende de los preceptos normativos anteriormente señalados, esta Asesoría Jurídica debe advertir una clara contradicción entre ellos, sin embargo es menester que la Administración Activa tenga claro, que esta Dependencia no posee dentro de sus competencias asumir un rol de contralor de legalidad o de constitucionalidad y por ende, no puede ordenar la aplicación o desaplicación de una norma u otra, mientras las mismas se encuentren vigentes dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

Pese a ello, esto no impide que si considera la consultante que las normas en estudio, riñen con alguna otra norma de rango igual o superior, o bien que podría eventualmente ocasionar algún tipo de desigualdad en la aplicación de las mismas, las personas afectadas puedan activar el mecanismo de control de constitucionalidad respectivo, o acudir a la Sede Jurisdiccional, dado que no le corresponde a esta Dependencia realizar esa función, toda vez que mientras la norma se encuentre vigente dentro del ordenamiento jurídico, ésta resulta de aplicación obligatoria y se mantiene incólume. Tesis jurídica que se sustenta en los criterios vertidos por la Procuraduría General de la República en el dictamen N° C-160-2017, del 6 de julio de 2017, entre otros y que sostienen que:

“...Partiendo de lo anterior, en lo que al proceder de la Administración Pública se refiere, desconocer una norma o estimarla obsoleta o injusta, no es razón suficiente para que el operador jurídico la desatienda. Significa que toda conducta administrativa debe estar amparada en la ley, sin que sea posible – en un principio– ignorar las normas vigentes al conocer de una situación en particular.

Esto responde al principio de legalidad, que debe ser entendido de la siguiente manera:

“VI- El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración". (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 3410-1992 de las 14:45 horas del 10 de noviembre de 1992).

Se trata entonces, en palabras de autor Eduardo Ortiz, que el “principio de legalidad impone a la Administración el respeto de ordenamiento jurídico en su totalidad.” (Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Stradtman, 2002, p.76). En este mismo sentido, el autor García de Enterría dispone que la Administración “...está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento, y por lo tanto, también a sus propios Reglamentos.” (García de Enterría, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, décimo tercera edición, Editorial Azanzadi S.A., 2006, p.210).

Desde esa perspectiva, mientras una norma –sea legal o reglamentaria– se encuentre vigente, es parte del ordenamiento jurídico, y con ello, del bloque de legalidad al cual debe sujetarse toda la actividad administrativa.

Pero además, en lo que al tema de la consulta se refiere, nos permite comprender que las razones para no atender a la práctica del desuso de una ley, se aplican sin miramientos cuando se trata de un reglamento. En ese orden de ideas, el operador jurídico debe actuar sometido al ordenamiento jurídico, lo que implica que deberá acatar los reglamentos vigentes.

Esta Procuraduría General ha sido conteste con ese razonamiento al indicar que la Administración Pública no tiene competencia para desaplicar las normas, sean esas legales o infralegales. (Ver Procuraduría General de la República, dictámenes C-246-1998 del 18 de noviembre de 1998, C-81-2005 del 24 de febrero de 2005, C-372-2007 del 18 de octubre de 2007, C-170-2008 del 20 de mayo de 2008, C-120-2011 del 1° de junio de 2011 y C-126-2011 del 10 de junio de 2011). (El subrayado no corresponde al original)

Asimismo, según los dictámenes emitidos por la Procuraduría General de la República N° C-112-2011 del 18 de mayo de 2011 y N° C-126-2011 del 10 de junio del 2011, aún en los casos en los que una Ley o un numeral de ésta, sea idéntica a otra anulada por la Sala Constitucional, la Administración debe seguir aplicando la primera mientras no exista un pronunciamiento expreso; en sentido contrario, de la propia Sala Constitucional, o bien que la norma en cuestión sea derogada por otra posterior de igual rango.

“...aún cuando la Sala Constitucional anuló ya una disposición similar a la que actualmente se encuentra en la ley n° 7623 ...por ser ésta última una ley vigente, que no ha sido anulada ni derogada, al operador jurídico (en atención al principio de legalidad antes descrito) no le queda otra opción que aplicarla. Cabe mencionar, que si bien la propia Sala Constitucional ha reconocido la posibilidad de desaplicar normas (incluso de rango legal) cuando sean contrarias a la Constitución (1), ese reconocimiento ha sido a favor únicamente de los funcionarios que administran justicia. La razón de ello radica en que es el propio ordenamiento jurídico (nos referimos al artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, n° 8 de 29 de noviembre de 1937) el que autoriza la desaplicación de normas infraconstitucionales en esas circunstancias, autorización que no existe tratándose del resto de servidores públicos...” (lo resaltado no pertenece al texto original).

De manera tal, que no es procedente desaplicar en vía administrativa, normas que gozan de presunción de legitimidad constitucional y en este tanto, las autoridades administrativas deben aplicarlas.

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

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Irma Velásquez Yánez
DIRECTORA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

5 de diciembre de 2019

AJ-OF-624-2019

Señora
Marjorie Romero Odio
Gestión Institucional de Recursos Humanos
Consejo de Transporte Público
Ministerio de Obras Públicas y Transportes
Correo electrónico: recursoshumanos@ctp.go.cr

ASUNTO: Solicitud de criterio jurídico en relación con el cálculo del aguinaldo, cuando existe subsidios pagados por concepto de incapacidades a los funcionarios cubiertos por el Título I del Estatuto de Servicio Civil.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, me refiero a su consulta tramitada por medio del Oficio CTP-DGIRH-OF-1383-2019 del 21 de noviembre de 2019, recibido un día después en este Despacho, mediante el cual expone las siguientes interrogantes:

“...¿Se debe contemplar para el cálculo del aguinaldo los subsidios pagados por concepto de incapacidades a los funcionarios pertenecientes al Título I ?

¿Tienen naturaleza salarial los subsidios pagados por concepto de incapacidades en el caso de los funcionarios pertenecientes al Título I ?...”

Sobre el particular, conviene aclarar a la consultante, que conforme a las competencias reglamentarias¹ asignadas a esta Asesoría Jurídica, no le corresponde pronunciarse sobre casos concretos o particulares, los cuales son responsabilidad exclusiva de la Administración Activa el poder resolverlos, en resguardo del principio de legalidad que gobierna el accionar de las personas

¹ Ordinal 7, Nivel Asesor, inciso a) del Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo N° 35573 del 16 de setiembre de 2009, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 222 del 16 de noviembre de ese mismo año.

funcionarias, conforme a lo preceptuado en el ordinal 11 Constitucional y su homónimo de la Ley General de la Administración Pública.

Se hace esta aclaración, en virtud de que, la consulta formulada a la Dirección de Asesoría Jurídica de su representada, versa sobre un caso específico presentado por una funcionaria de dicha institución, en atención a una fase recursiva que prevé el ordenamiento jurídico, por lo que su solicitud a la dependencia competente citada supra, debió aludir a las preguntas puntuales de carácter general planteadas en su misiva y remitir la respuesta en tales términos a este Despacho.

No obstante lo anterior, hemos de indicar, que en cuanto al objeto central de sus dudas, esta Asesoría Jurídica ya se pronunció a través del Oficio N° AJ-069-2012 del 01 de febrero del año 2012, precisamente dirigido al Director Administrativo Financiero de esa institución, en donde se abordó de forma amplia la temática traída a colación en su oficio, y que se sugiere, sea revisado nuevamente a la luz de su incertidumbre sobre la misma.

Como complemento a lo dicho en dicha oportunidad, conforme a las normas y jurisprudencia administrativa invocadas en el citado oficio, resulta propicio mencionar, adicionalmente, lo externado al respecto por el Órgano Consultivo Superior Técnico – Jurídico del Estado², que en el Dictamen C-265-2010 del 10 de diciembre de 2010, señaló en lo que interesa, lo siguiente:

“...Como se ha podido acotar en lo que interesa aquí, que la regla que impera en las tantas veces citada Ley No. 1835 es que para los efectos del cálculo del aguinaldo del funcionario que labora para el Poder Ejecutivo, solamente es posible tomar en consideración los salarios ordinarios y extraordinarios devengados durante el período que allí se establece. Dicho de otro modo, el aguinaldo se conforma del promedio de los salarios percibidos por el funcionario en el período correspondiente, por virtud de la prestación efectiva de sus servicios en la Administración Pública. Nada que no sean salarios en el sentido técnico del vocablo, puede ser tomado en cuenta para el referido otorgamiento.

(...)”

En ese orden de ideas, esta Procuraduría continúa indicando:

“(...)”

Hecha la anterior observación, hay que continuar manifestando que, en tratándose de los funcionarios que se encuentran nombrados a

² También se puede consultar, entre otros, el Dictamen N° C-346-2006 del 28 de agosto del 2006.

tenor de lo que dispone el Estatuto de Servicio Civil, existe el inciso e) del artículo 49 de su Reglamento, que señala que cuando alguno de ellos se encontrare incapacitado, siempre percibirá el aguinaldo en forma completa...

La disposición reglamentaria transcrita, es clara en establecer que si un funcionario o funcionaria se encontrare enferma en algún momento de su relación de servicio con alguna de las instituciones cubiertas por ese Régimen Estatutario, ello no obstaría para que perciba el aguinaldo íntegro. (El subrayado es propio). En ese sentido, ya esta Procuraduría había indicado, en lo conducente: _

“Hecha la anterior observación, se continúa manifestando que a pesar de la existencia de la regla general, según la cual, los salarios ordinarios y extraordinarios, son los únicos que deben computarse para el cálculo del rubro en estudio, hay un elemento jurídico adicional a considerar para los funcionarios que se encuentren protegidos por el Estatuto de Servicio Civil –Ley No. 1581 de 30 de mayo de 1953- en tanto existe el inciso e) del artículo 49 del Reglamento de dicha ley...

(...)

*Cabe concluir entonces con respecto a este punto, que el numeral 49 inciso e) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, **sólo resulta aplicable a los servidores cubiertos por ese régimen.** “(...)*

(Ver, Dictamen No. C-347-2001, citado líneas atrás)

(Lo resaltado no es del texto original)

(...)”

(Véase el mismo Dictamen)

En síntesis, lo dispuesto en el inciso e) del mencionado artículo 49 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil solo es aplicable a los servidores que se encuentren regidos por el Estatuto de Servicio Civil, y no para aquellos otros, en cuyo caso, el derecho del décimo tercer salario se encuentra regulado en otras leyes...”

En esta misma línea, la misma Procuraduría General de la República había sido conteste en su posición externada años atrás, cuando indicó, en lo pertinente, lo siguiente:

En la misma forma y con base en el citado artículo 2 de la Ley No. 1835, se calculará el aguinaldo a los funcionarios regidos por el

Estatuto de Servicio Civil; es decir, tomándose en cuenta los salarios ordinarios y extraordinarios devengados durante el indicado periodo. Sin embargo, en los casos de enfermedad del servidor o servidora bajo ese régimen estatutario, se reconocerá el aguinaldo completo, por disponerlo el inciso e) del artículo 49 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, hipótesis ésta que no puede ser aplicada a los que no se encuentran bajo el Régimen de cita. (El subrayado no es del original)

De igual manera, el Ente Procurador se ha manifestado sobre la naturaleza salarial o no, que pueda tener el subsidio percibido por un funcionario que goza de una incapacidad médica por enfermedad, al señalar en lo oportuno que:

*“...es manifiesto que hay un criterio consolidado y categórico, en el sentido de que tanto el subsidio otorgado por la Caja Costarricense de Seguro Social, como el llamado subsidio patronal, no tienen naturaleza salarial...”*³(El subrayado es suplido).

Con estas consideraciones finales, se da por atendida su consulta.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Richard Fallas Arias
ABOGADO

³ Dictamen N° C-279-2018 del 09 de noviembre de 2018.

30 de setiembre de 2019
AJ-OF-509-2019

Señora
Marianella Guardiola Leiva
Jefa, Unidad de Gestión Institucional de Recursos Humanos
Dirección General de Servicio Civil

**ASUNTO: Criterio jurídico sobre
carrera profesional**

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta al oficio N° ASI-UGRH-OF-628-2019 del 30 de agosto de 2019, trasladado mediante oficio N° AOTC-OF-129-2019 del 19 de setiembre de 2019 suscrito por el señor Francisco Chang Vargas, en su condición de Director del Área de Organización del Trabajo y Compensaciones, vía correo electrónico el 20 de setiembre del año en curso, mediante el cual realiza una consulta sobre el incentivo de carrera profesional a la luz de la Ley N° 9635, denominada "*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*".

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

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

Al respecto, la Ley de Salarios de la Administración Pública, Ley N° 2166 en su artículo 53 señala:

"Artículo 53.- Incentivo por carrera profesional. El incentivo por carrera profesional no será reconocido para aquellos títulos o grados académicos que sean requisito para el puesto.

Las actividades de capacitación se reconocerán a los servidores públicos siempre y cuando estas no hayan sido sufragadas por las instituciones públicas.

Los nuevos puntos de carrera profesional solo serán reconocidos salarialmente por un plazo máximo de cinco años.

(Así adicionado por el artículo 3° del título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N° 9635 del 3 de diciembre de 2018)". (El subrayado no corresponde al original)

Por su parte, el Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 referente al Empleo Público N° 41564-MIDEPLAN-H, en su artículo 1 menciona:

“Artículo 1.- Definiciones. Para efectos del presente reglamento, se entenderá por:

b) Carrera profesional: incentivo salarial reconocido para aquellos títulos o grados académicos que no sean requisito para el puesto, así como para aquellas actividades de capacitación que no hayan sido sufragadas por instituciones públicas”.

De igual manera, dicho Reglamento en el artículo 15 establece:

Artículo 15.- Carrera profesional. El incentivo por carrera profesional será otorgado en las siguientes condiciones:

a) Será reconocido por aquellos títulos o grados académicos que no sean requisitos para el puesto.

b) Procederá el reconocimiento de carrera profesional cuando las actividades de capacitación sean sufragadas por el servidor interesado, sean en horario laboral o fuera de éste, siempre y cuando sean atinentes al cargo que desempeña. En aquellas actividades de capacitación que no sean sufragadas por instituciones públicas, de manera motivada podrá otorgarse permiso con goce de salario para recibir la capacitación.

c) Los nuevos puntos de carrera profesional serán reconocidos salarialmente por el plazo de 5 años.

d) Podrán reconocerse los puntos de carrera profesional, según los parámetros previos a la entrada en vigencia a la Ley N° 9635,

única y exclusivamente en los casos de aquellas solicitudes presentadas ante las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos de previo a la publicación de dicha ley y que no hayan sido tramitadas por la Administración". (El subrayado no corresponde al original)

De la literalidad de la norma se desprende que únicamente se reconocerán los puntos de carrera profesional con los parámetros que existían antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 9635, es decir antes del 4 de diciembre de 2018, en los casos de aquellas **solicitudes** presentadas ante las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos de previo a la publicación de dicha ley y que no hayan sido tramitadas por la Administración, por lo cual esta Asesoría Jurídica no tendría potestad para interpretar de manera extensiva la norma, aplicando dichos parámetros en los casos en que la finalización de la capacitación o la emisión de los certificados, fueran realizados con antelación a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635. Por ende, debe limitarse la aplicación de la norma, únicamente en el caso de las solicitudes presentadas ante la OGEREH, antes del 4 de diciembre de 2018.

Pese a ello, esto no impide que si considera la consultante que las normas en estudio, riñen con alguna otra norma de rango igual o superior, o bien que podría eventualmente ocasionar algún tipo de desigualdad en la aplicación de las mismas, las personas afectadas puedan activar el mecanismo de control de constitucionalidad respectivo, o acudir a la Sede Jurisdiccional, dado que no le corresponde a esta Dependencia realizar esa función, toda vez que mientras la norma se encuentre vigente dentro del ordenamiento jurídico, ésta resulta de aplicación obligatoria y se mantiene incólume. Tesis jurídica que se sustenta en los criterios vertidos por la Procuraduría General de la República en el dictamen N° C-160-2017, del 6 de julio de 2017, entre otros y que sostienen que:

*“...Partiendo de lo anterior, **en lo que al proceder de la Administración Pública se refiere, desconocer una norma o estimarla obsoleta o injusta, no es razón suficiente para que el operador jurídico la desatienda.** Significa que toda conducta administrativa debe estar amparada en la ley, sin que sea posible –en un principio– ignorar las normas vigentes al conocer de una situación en particular.*

Esto responde al principio de legalidad, que debe ser entendido de la siguiente manera:

“VI- El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la

Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración". (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 3410-1992 de las 14:45 horas del 10 de noviembre de 1992).

Se trata entonces, en palabras de autor Eduardo Ortiz, que el "principio de legalidad impone a la Administración el respeto de ordenamiento jurídico en su totalidad." (Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Stradtman, 2002, p.76). En este mismo sentido, el autor García de Enterría dispone que la Administración "...está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento, y por lo tanto, también a sus propios Reglamentos." (García de Enterría, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, décimo tercera edición, Editorial Azanzadi S.A., 2006, p.210).

Desde esa perspectiva, mientras una norma –sea legal o reglamentaria– se encuentre vigente, es parte del ordenamiento jurídico, y con ello, del bloque de legalidad al cual debe sujetarse toda la actividad administrativa.

Pero además, en lo que al tema de la consulta se refiere, nos permite comprender que las razones para no atender a la práctica del desuso de una ley, se aplican sin miramientos cuando se trata de un reglamento. En ese orden de ideas, el operador jurídico debe actuar sometido al ordenamiento jurídico, lo que implica que deberá acatar los reglamentos vigentes.

Esta Procuraduría General ha sido conteste con ese razonamiento al indicar que la Administración Pública no tiene competencia para desaplicar las normas, sean esas legales o infralegales. (Ver Procuraduría General de la República, dictámenes C-246-1998 del 18 de noviembre de 1998, C-81-2005 del 24 de febrero de 2005, C-372-2007 del 18 de octubre de 2007, C-170-2008 del 20 de mayo de 2008, C-120-2011 del 1º de junio de 2011 y C-126-2011 del 10 de junio de 2011). (El resaltado no corresponde al original)

De manera tal, que de lo citado en el dictamen, se determina que no resulta procedente desaplicar en vía administrativa, normas que gozan de presunción de legitimidad constitucional y en este tanto, las autoridades administrativas deben aplicarlas.

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

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Irma Velásquez Yáñez
DIRECTORA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

30 de setiembre de 2019
AJ-OF-511-2019

Señor
Alfredo Hasbum Camacho
Director General
Dirección General de Servicio Civil

**ASUNTO: Solicitud de criterio
jurídico**

Estimado señor:

Se procede a dar respuesta al formulario de traslado de documentos del 16 de setiembre de 2019, mediante el cual se solicitó la emisión del criterio jurídico de esta Dependencia, en relación con el reconocimiento del incentivo de carrera profesional, a las capacitaciones impartidas de forma gratuita por los colegios profesionales a sus colegiados, a la luz de lo establecido en la Ley N° 9635 “*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*”.

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

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

Al respecto, la Ley de Salarios de la Administración Pública, Ley N° 2166 en su artículo 53 señala:

“Artículo 53.- Incentivo por carrera profesional. El incentivo por carrera profesional no será reconocido para aquellos títulos o grados académicos que sean requisito para el puesto.

Las actividades de capacitación se reconocerán a los servidores públicos siempre y cuando estas no hayan sido sufragadas por las instituciones públicas.

Los nuevos puntos de carrera profesional solo serán reconocidos salarialmente por un plazo máximo de cinco años.

(Así adicionado por el artículo 3° del título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N° 9635 del 3 de diciembre de 2018)". (El subrayado no corresponde al original)

Según se desprende de la norma citada, únicamente procederá el reconocimiento de las actividades de capacitación siempre y cuando no hayan sido sufragadas por las instituciones públicas.

Aunado a ello es importante traer a colación, el Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 referente al Empleo Público N° 41564-MIDEPLAN-H del 11 de febrero de 2019, que en su artículo 1, define conceptualmente el incentivo carrera profesional de la siguiente manera:

"Artículo 1.- Definiciones. Para efectos del presente reglamento, se entenderá por:

b) Carrera profesional: incentivo salarial reconocido para aquellos títulos o grados académicos que no sean requisito para el puesto, así como para aquellas actividades de capacitación que no hayan sido sufragadas por instituciones públicas". (El subrayado no corresponde al original)

De igual manera, el artículo 15 de dicho Reglamento regula las condiciones para su otorgamiento, al disponer:

"Artículo 15.- Carrera profesional. El incentivo por carrera profesional será otorgado en las siguientes condiciones:

a) Será reconocido por aquellos títulos o grados académicos que no sean requisitos para el puesto.

b) Procederá el reconocimiento de carrera profesional cuando las actividades de capacitación sean sufragadas por el servidor interesado, sean en horario laboral o fuera de éste, siempre y cuando sean atinentes al cargo que desempeña. En aquellas actividades de capacitación que no sean sufragadas por instituciones públicas, de manera motivada podrá otorgarse permiso con goce de salario para recibir la capacitación.

c) Los nuevos puntos de carrera profesional serán reconocidos salarialmente por el plazo de 5 años.

d) Podrán reconocerse los puntos de carrera profesional, según los parámetros previos a la entrada en vigencia a la Ley N° 9635, única y exclusivamente en los casos de aquellas solicitudes presentadas ante las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos de previo a la publicación de dicha ley y que no hayan sido tramitadas por la Administración". (El subrayado no corresponde al original)

Visto lo señalado, es claro que la normativa establece los supuestos, bajo los cuales resulta procedente el reconocimiento del incentivo de carrera profesional.

Ahora bien, para efectos de responder la consulta planteada es importante además, realizar el análisis de la naturaleza jurídica de los colegios profesionales, los cuales han sido definidos como entes públicos no estatales que adquieren particular relevancia para el Derecho Público en razón de que, técnicamente, ejercen función administrativa, emitiendo actos administrativos y es precisamente en el ejercicio de sus funciones que pueden manejar fondos tanto públicos como privados, tal como indica el Órgano Asesor Estatal en su dictamen N° C-198-96 del 5 de diciembre de 1996, que establece en lo que a esta consulta refiere lo siguiente:

"(...)

II. EL COLEGIO DE ABOGADOS COMO UN ENTE PÚBLICO NO ESTATAL:

El Colegio de Abogados de Costa Rica, al igual que los demás colegios profesionales, constituye una persona de Derecho Público de carácter no estatal, en virtud de las funciones que se le han encomendado.

Se trata de una corporación pública, a la que se le asignan objetivos que trascienden la simple promoción y defensa de los intereses comunes de sus agremiados; para la protección del interés público involucrado, el ordenamiento le ha conferido atribuciones públicas.

Bajo la denominación de "entes públicos no estatales" se reconoce la existencia de una serie de entidades, normalmente de naturaleza corporativa o profesional, a las cuales si bien no se les enmarca dentro del Estado, se les reconoce la titularidad de una función administrativa, y se les sujeta -total o parcialmente- a un régimen publicístico en razón de la naturaleza de tal función.

En relación con el carácter público de esta figura jurídica, la Procuraduría ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse indicando que "... la razón por la cual los llamados «entes públicos no estatales» adquieren particular relevancia para el Derecho Público reside en que, técnicamente, ejercen función administrativa. En ese sentido, sus cometidos y organización son semejantes a los de los entes públicos.

En otras palabras, el ente público no estatal tiene naturaleza pública en virtud de las competencias que le han sido confiadas por el ordenamiento. El ente, a pesar de que su origen puede ser privado, sus fondos privados y responder a fines de grupo o categoría, es considerado público porque es titular de potestades administrativas; sean éstas de policía, disciplinarias, normativas, etc.

En ejercicio de esas potestades, el ente público no estatal emite actos administrativos. Es, en esa medida, que se considera Administración Pública" (Procuraduría General de la República, O.J.-015-96, de 17 de abril de 1996).

En igual sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional, reconociéndole a los colegios profesionales su carácter público:

"... V).- EL CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL.-

Expuestos los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, corresponde, ahora, que la Sala exprese su criterio sobre la naturaleza jurídica de los colegios profesionales, siempre, desde luego, dentro de la cuestión de si son simples asociaciones privadas o si por el contrario, son corporaciones con personalidad jurídica pública. La Sala opta por la tesis que califica a los colegios profesionales como manifestación expresa de la llamada «Administración Corporativa», que es aquella de régimen jurídico mixto, que engloba a entidades públicas representativas de intereses profesionales o económicos calificadas por el Derecho positivo como Corporaciones de Derecho Público. Bajo esta síntesis definitoria, el colegio profesional resulta ser una agrupación forzosa de particulares, a la que la ley dota de personalidad jurídica pública propia y cuyos fines, junta con la defensa de los intereses estrictamente privados, propios de los miembros que lo integran, son los de ejercer determinadas funciones públicas ...

Así, a los Colegios profesionales se les asigna como norma el control objetivo de las condiciones de ingreso en la profesión y la potestad disciplinaria sobre sus miembros y no cabe duda que la encomienda de estas funciones públicas juega con frecuencia como causa determinante de la creación de las Corporaciones públicas sectoriales o colegios. En realidad se trata de verdaderos agentes de la Administración (descentralización) de la que reciben, por delegación, el ejercicio de algunas funciones propias de aquella y controladas por ella misma" (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 5483-95 del 6 de octubre de 1995. En el mismo sentido véanse los votos N° 1386-90 del 24 de octubre de 1990 y N° 789-94 del 8 de febrero de 1994)

(...)

Con vista de las anteriores fuentes de recursos, puede apreciarse que algunos de los fondos del Colegio son de naturaleza privada, como las contribuciones de sus miembros (a las que están obligados en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la misma Ley Orgánica); otros son de naturaleza pública, como las subvenciones que acuerde la Universidad de Costa Rica o el Gobierno...". (El subrayado no corresponde al original)

Bajo esta misma línea doctrinaria, debe señalarse que según lo establecido por la Procuraduría General de la República, en el dictamen N° C-070-2007 del 5 de marzo de 2007, el concepto de instituciones públicas no incluye a los entes públicos no estatales, al concluir:

"De conformidad con lo expuesto, la Procuraduría General de la República aclara las conclusiones del dictamen n.º C-084-2006, del 1º de marzo del 2006, en el sentido de que el concepto de "instituciones públicas" no incluye a los denominados entes públicos no estatales. Por consiguiente, el MIDEPLAN carece de competencia para conocer de los procesos de reorganización administrativa que pretendan llevar a cabo los citados entes".

Es por lo anteriormente expuesto, que de la literalidad de la norma debe determinarse que si bien es cierto, las actividades de capacitación que son reconocidas como carrera profesional, son las que no han sido sufragadas por las instituciones públicas, lo cierto del caso, es que los entes públicos no estatales, no son considerados instituciones públicas, y por ende no podría esta Asesoría Jurídica excederse en su interpretación, ampliando a los colegios profesionales la aplicación del numeral 53 citado supra.

Asimismo, el artículo 26 de la Ley de cita, señala taxativamente el ámbito de aplicación de dicha norma, al indicar:

“Artículo 26- Aplicación. Las disposiciones del presente capítulo y de los siguientes se aplicarán a:

- 1. La Administración central, entendida como el Poder Ejecutivo y sus dependencias, así como todos los órganos de desconcentración adscritos a los distintos ministerios, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, y las dependencias y los órganos auxiliares de estos.*
- 2. La Administración descentralizada: autónomas y semiautónomas, empresas públicas del Estado y municipalidades”.*

Nótese, que la norma excluye a los colegios profesionales de su aplicación, dada su naturaleza jurídica y por ende, a estos entes públicos no estatales no les resultaría aplicable el Título III de la Ley N° 9635.

No obstante lo anterior, no puede obviarse que tanto el Título III de la Ley N° 9635 como su Reglamento, pese a que no resultan aplicables a dichos entes, sí resultan aplicables a los funcionarios públicos como tal.

Es decir, a los servidores definidos como públicos, en el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, que señala:

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

Retomando el requisito para el reconocimiento del incentivo salarial denominado carrera profesional, establecido en el artículo 15 del Reglamento del Título III de la Ley N° 9635, N° 41564-MIDEPLAN-H, en el tanto establece *“que las actividades de capacitación hayan sido sufragadas por el servidor interesado”*, debe tenerse claro

que este segundo supuesto debe ser cumplido por el funcionario interesado para optar por el reconocimiento de dicho incentivo.

Por ello, para determinar si efectivamente las actividades de capacitación gratuitas impartidas por los colegios profesionales, han sido sufragadas por el funcionario, es menester indicar los componentes que conforman la Hacienda Pública, en relación con los entes públicos no estatales, según lo regulado en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 7428, que establece:

“Artículo 8.- Hacienda Pública. La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan.

El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior.

(Así reformado por el inciso d) del artículo 126 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131 de 18 de setiembre del 2001)”. (El subrayado no corresponde al original)

Contestes con lo anteriormente indicado, en el caso de los entes públicos no estatales “*los recursos que administren o dispongan, para conseguir sus fines no hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado*”, es decir, que cuando los recursos tienen origen distinto al citado, éstos no integran la Hacienda Pública; por lo tanto, es criterio de esta Asesoría Jurídica que, en tesis de principio, las cuotas de colegiaturas que cancelan los colegiados, no conforman la Hacienda Pública y por ende, corresponden a fondos privados.

Sin embargo, de lo antes desarrollado, colige esta Dependencia que para el reconocimiento del incentivo salarial de carrera profesional deben analizarse casuísticamente los supuestos aplicables a cada servidor y el caso particular de cada colegio profesional, para determinar si las cuotas de colegiatura son de naturaleza privada, según su ley de creación, y si efectivamente son éstas las utilizadas para impartir las actividades de capacitación; ya que de ser así, podría concluirse que es el servidor quien sufraga las mismas, sin embargo no podría esta Asesoría Jurídica conocer el tipo de fondos utilizados en cada capacitación impartida, ni aplicar de manera generalizada la norma; por lo cual corresponderá a cada colegio demostrar por un medio fehaciente¹ el origen de los fondos utilizados para impartir el curso y a partir de este supuesto, se analizará cada caso en concreto para determinar la procedencia del reconocimiento de la carrera profesional.

De conformidad con lo anteriormente analizado, esta Asesoría Jurídica concluye que:

1. De la literalidad de la norma debe determinarse que si bien es cierto las actividades de capacitación que son reconocidas como carrera profesional, son las que no han sido sufragadas por las instituciones públicas, lo cierto del caso, es que los entes públicos no estatales, no son considerados instituciones públicas, y por ende no podría esta Asesoría Jurídica excederse en su interpretación ampliando a los colegios profesionales la aplicación del numeral 53 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, Ley N° 2166.
2. De conformidad con lo establecido en el artículo 26 del Título III de la Ley N° 9635, a los colegios profesionales se les excluye de la aplicación de dicha normativa, dada su naturaleza jurídica. Sin embargo debe indicarse que, tanto el Título III de la Ley N° 9635 como su Reglamento, pese a que no resultan aplicables a dichos entes, sí resultan aplicables al funcionario público como tal.

3. No puede obviarse que el artículo 15 del Reglamento del Título III de la Ley N° 9635, N° 41564-MIDEPLAN-H, establece que procederá el reconocimiento de carrera profesional cuando las actividades de capacitación sean sufragadas por el servidor interesado, y por ende, este segundo supuesto debe ser cumplido por el funcionario interesado para efectos del reconocimiento del incentivo carrera profesional.
4. Debe analizarse el caso concreto de cada colegio profesional para determinar si las cuotas de colegiatura son de naturaleza privada, según su ley de creación.
5. Si el fondo utilizado para impartir las actividades de capacitación deriva de las cuotas canceladas por los agremiados y éstas son de naturaleza privada, podría concluirse que es el servidor quien sufraga las mismas, sin embargo no podría este Despacho conocer el tipo de fondos utilizados en cada capacitación impartida, ni aplicar de manera generalizada la norma, por lo cual corresponderá a cada colegio demostrar por un medio fehaciente el origen de los fondos utilizados para impartir el curso y a partir de ahí, se analizará cada caso en concreto, para establecer la procedencia del reconocimiento de dicho incentivo.

Pese a ello, esto no impide que si considera el consultante que las normas en estudio, riñen con alguna otra norma de rango igual o superior, o bien que podría eventualmente ocasionar algún tipo de desigualdad en la aplicación de las mismas, las personas afectadas puedan activar el mecanismo de control de constitucionalidad respectivo, o acudir a la Sede Jurisdiccional, dado que no le corresponde a esta Dependencia realizar esa función, toda vez que mientras la norma se encuentre vigente dentro del ordenamiento jurídico, ésta resulta de aplicación obligatoria y se mantiene incólume. Tesis jurídica que se sustenta en los criterios vertidos por la Procuraduría General de la República en el dictamen N° C-160-2017, del 6 de julio de 2017, entre otros y que sostienen que:

“...Partiendo de lo anterior, en lo que al proceder de la Administración Pública se refiere, desconocer una norma o estimarla obsoleta o injusta, no es razón suficiente para que el operador jurídico la desatienda. Significa que toda conducta administrativa debe estar amparada en la ley, sin que sea posible –en un principio– ignorar las normas vigentes al conocer de una situación en particular.

Esto responde al principio de legalidad, que debe ser entendido de la siguiente manera:

“VI- El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General

de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración". (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 3410-1992 de las 14:45 horas del 10 de noviembre de 1992).

Se trata entonces, en palabras de autor Eduardo Ortiz, que el "principio de legalidad impone a la Administración el respeto de ordenamiento jurídico en su totalidad." (Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Stradtman, 2002, p.76). En este mismo sentido, el autor García de Enterría dispone que la Administración "...está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento, y por lo tanto, también a sus propios Reglamentos." (García de Enterría, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, décimo tercera edición, Editorial Azanzadi S.A., 2006, p.210).

Desde esa perspectiva, mientras una norma –sea legal o reglamentaria– se encuentre vigente, es parte del ordenamiento jurídico, y con ello, del bloque de legalidad al cual debe sujetarse toda la actividad administrativa.

Pero además, en lo que al tema de la consulta se refiere, nos permite comprender que las razones para no atender a la práctica del desuso de una ley, se aplican sin miramientos cuando se trata de un reglamento. En ese orden de ideas, el operador jurídico debe actuar sometido al ordenamiento jurídico, lo que implica que deberá acatar los reglamentos vigentes.

Esta Procuraduría General ha sido conteste con ese razonamiento al indicar que la Administración Pública no tiene competencia para desaplicar las normas, sean esas legales o infralegales. (Ver Procuraduría General de la República, dictámenes C-246-1998 del 18 de noviembre de 1998, C-81-2005 del 24 de febrero de 2005, C-372-2007 del 18 de octubre de 2007, C-170-2008 del 20 de mayo de 2008, C-120-2011 del 1º de junio de 2011 y C-126-2011 del 10 de junio de 2011). (El subrayado no corresponde al original)

De manera tal, que no es procedente desaplicar en vía administrativa, normas que gozan de presunción de legitimidad constitucional y en este tanto, las autoridades administrativas deben aplicarlas.

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

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Irma Velásquez Yánez
DIRECTORA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

26 de noviembre de 2019

AJ-OF-605-2019

Señora
Alexandra Solís Solís
Encargada
Instituto Sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA)

ASUNTO: Solicitud de criterio jurídico sobre dedicación exclusiva.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, atendemos su oficio número AA-GH-0836-11-2019 del 11 de noviembre de 2019, recibido en este despacho el día 11 del mismo mes y año, mediante el cual solicita criterio técnico jurídico, en relación con contratos de dedicación exclusiva. Del oficio antes mencionado se extrae lo siguiente:

“...si es procedente continuar el pago de Dedicación Exclusiva a un funcionario (a) que se encuentre incapacitado a la fecha del vencimiento del Contrato y cuya incapacidad es a largo plazo y en el caso de que se le deba suspender dicho pago, a su reincorporación se procede al trámite del Contrato con la fecha actual y con los nuevos porcentajes según la Ley 9635 o continúa devengando los porcentajes devengados anteriormente.”

Efectuada la aclaración anterior, se debe indicar que la resolución del caso planteado, es de competencia del órgano superior jerárquico de la Institución cubierta por el Régimen de Servicio Civil respectiva, dado que el análisis y reconocimiento de compensaciones económicas por concepto de dedicación exclusiva en cada caso concreto, es competencia y potestad propia de la Administración Activa, y no de esta Dependencia.

Sin embargo, a manera de colaboración, es procedente traer a colación lo establecido en los artículos 4 y 5 del Decreto Ejecutivo N° 41564-MIDEPLAN-H, del 18 de febrero de 2019 Alcance: 38, *“Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 del 11 de febrero de 2019, Referente a Empleo Público”*, que señalan:

“Artículo 4.- Contratos de dedicación exclusiva. Los porcentajes señalados en el artículo 35 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635, serán aplicables a:

a) **Los servidores que sean nombrados por primera vez en la Administración Pública, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635, en un puesto en el cual cumplen con los requisitos legales y académicos para optar por un contrato de dedicación exclusiva.**

b) **Los servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635, no contaban con un contrato de dedicación exclusiva.**

c) **Los servidores que finalizan su relación laboral y posteriormente se reincorporan a una institución del Estado, por interrupción de la continuidad laboral.**

d) *(Derogado por el artículo 3° del decreto ejecutivo N° 41904 del 9 de agosto de 2019)*

En los cuatro supuestos enunciados, la Administración deberá acreditar una necesidad institucional para suscribir el contrato de dedicación exclusiva, en los términos establecidos en la Ley N° 9635; así como verificar el cumplimiento pleno de los requisitos legales y académicos aplicables.

Además, el artículo 5 de dicho Decreto establece:

Artículo 5.- Servidores con contratos de dedicación exclusiva previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635. De conformidad con lo dispuesto en los transitorios XXV y XXVIII, los porcentajes regulados en el artículo 35 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635, no serán aplicables a:

“...a) Los servidores que previo la publicación de la Ley N° 9635, contaban con un contrato de dedicación exclusiva.

b) *Aquellos movimientos de personal a través de las figuras de ascenso, descenso, traslado, permuta o reubicación, sea en una misma institución o entre instituciones del Estado, siempre y cuando la persona servidora cuente con un contrato de dedicación exclusiva previo a la publicación de Ley N° 9635. Lo anterior, siempre que exista la continuidad laboral. Las personas servidoras que cuentan con un*

contrato de dedicación exclusiva vigente, suscrito de previo a la publicación de la Ley N° 9635 con la condición de grado académico de Bachiller Universitario, que procedan a modificar dicha condición con referencia al grado de Licenciatura o superior, seguirán percibiendo los porcentajes de dedicación exclusiva que regían antes de la entrada en vigencia de la Ley 9635.

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 41904 del 9 de agosto de 2019)

c) Las prórrogas de los contratos de dedicación exclusiva de aquellos servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635 suscribieron un contrato de dedicación exclusiva, siempre y cuando la Administración acredite la necesidad de prorrogar el contrato, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de dicha ley.”

De lo anteriormente expuesto, es claro que, para determinar la procedencia respecto al pago sobre la compensación económica en cuestión, con un porcentaje u otro, el servidor público al que se le aplicará dicho pago, debe contar con un contrato previo, según sea el caso, a la entrada en vigencia de la Ley 9635, pero que, continuar con dicho pago es una potestad de la Administración Activa realizarlo o no.

Asimismo, en la Resolución N° DG-127-2019 de las 10 horas del 28 de junio de 2019, emitida por ésta Dirección General, en el considerando 8 y en su artículo 6 se señala:

“8. Que el transitorio XXVIII de la Ley N 9635 establece, que los porcentajes dispuestos en el artículo 35 adicionado a la Ley N° 2166, no serán de aplicación para los servidores que:

“1. A la fecha de entrada en vigencia de la presente ley cuenten con un contrato de Dedicación Exclusiva en vigor.

2. Presenten movimientos de personal por medio de las figuras de ascenso, descenso, traslado, permuta o reubicación, siempre que el servidor involucrado cuente con un contrato vigente.

3. Cuando un contrato de Dedicación Exclusiva pierde vigencia durante la suspensión temporal de la relación de empleo público, por las razones expresamente previstas en el ordenamiento jurídico”. (lo resaltado no es del original).

“Artículo 6.- El contrato de Dedicación Exclusiva deberá estar confeccionado en dos tantos, un original que se conservará en la institución contratante y una copia para el servidor. Dicho contrato

*será de plazo fijo, término que será previamente establecido por las partes y **no podrá ser prorrogado automáticamente.***

Ambas partes serán responsables de vigilar el plazo y condiciones de los contratos suscritos.

Sesenta días naturales antes de su vencimiento, si el funcionario considera de su interés mantener la sujeción a la dedicación exclusiva, deberá solicitar la prórroga a la jefatura inmediata para que la Administración revise la solicitud, a fin de determinar la necesidad institucional de la extensión, mediante resolución debidamente razonada, según lo preceptuado en la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166, prórroga que no podrá ser menor de un año, ni mayor de cinco años, salvo que se trate de un caso de excepción conforme con lo regulado en esta resolución.

La prórroga al contrato de Dedicación Exclusiva deberá firmarse, siempre que corresponda, previo al vencimiento del contrato original o prórroga que esté vigente

En caso de no requerirse, justificarse o firmarse la prórroga, al cumplirse el plazo establecido contractualmente, la Oficina de Recursos Humanos respectiva, deberá efectuar el trámite correspondiente para eliminar la remuneración por concepto de Dedicación Exclusiva". (lo resaltado no es del original).

De lo antes transcrito, se desprende que la administración activa es la responsable de velar por que el contrato de dedicación exclusiva se encuentre al día y vigente, y de efectuar lo correspondiente previo y posterior al momento de vencimiento del mismo.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Rocío Caravaca Vargas
ABOGADA

15 de julio de 2019

AJ-OF-329-2019

Señora
Vianney Loaiza Camacho
Directora de Recursos Humanos
Ministerio de Ambiente y Energía

ASUNTO: Criterio sobre evaluación de desempeño en personas incapacitadas y efectos en los incentivos de anualidades y carrera profesional

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a la consulta presentada el 09 de julio de 2019, en la cual solicita criterio legal, sobre: “...1. *Debemos seguir considerándole el resultado de la última evaluación del desempeño 2015 para los años 2016, 2017, 2018 ya que no fue evaluada por haber laborado menos de 6 meses?*, 2. *Si continúa incapacitándose los próximos años, continuaremos considerando la evaluación 2015 para los siguientes años?*, 3. *Para efectos del reconocimiento económico por el ajuste de carrera profesional y anualidades, es procedente considerar el pago ya que la funcionaria no ha prestado sus servicios en forma continua?...*”

De previo a dar respuesta a la consulta que nos ocupa, resulta conveniente indicarle que, respetando las competencias legales que le asisten a este centro de trabajo, resulta materialmente imposible la emisión de criterio alguno que pretenda resolver situaciones concretas o particulares, ello en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública, pues la competencia atribuida impide intervenir en aspectos de resorte netamente internos, ya que de hacerlo se estaría sustituyendo a la Administración Activa.

Lo anterior por cuanto la descripción del caso planteado, es un asunto de resorte interno, en los términos de los numerales 1) y 2) incisos a), d), e) y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, que señalan:

“Artículo 28.-

1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.

2. *Corresponderá exclusivamente a los Ministros:*

a) *Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;*

...

d) *Agotar la vía administrativa, resolviendo recursos pertinentes, salvo ley que desconcentre dicha potestad;*

e) *Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio;*

...

j) *Las demás facultades que les atribuyan las leyes”.*

Efectuada la aclaración anterior, se debe indicar que la resolución del caso planteado, es de competencia del órgano superior jerárquico de la Institución cubierta por el Régimen de Servicio Civil respectiva, dado que el análisis y reconocimiento de incentivos salariales en cada caso concreto, es competencia propia de la Administración Activa, y no de esta Dependencia.

Pese a lo indicado, y a manera de colaboración, es menester traer a colación lo establecido en el Estatuto de Servicio Civil en su capítulo VIII y artículos 41 y siguientes de su Reglamento debido a que instauran los lineamientos a seguir en el tema de la evaluación del desempeño y la calificación de servicios, los artículos 151 y 152 del Estatuto de Servicio Civil crean el ámbito de aplicación y los efectos de la evaluación del desempeño y la calificación, estableciendo lo siguiente:

Artículo 151.-Los servidores comprendidos en la presente ley, recibirán anualmente una evaluación y calificación de sus servicios. Para tal fin, la Dirección General de Servicio Civil confeccionará los respectivos formularios y los modificará, si fuere necesario, previa consulta al Administrador General de Enseñanza del Ministerio de Educación Pública.

Artículo 152.-La evaluación deberá tomarse en cuenta en toda "Acción de Personal" que beneficie al servidor y como factor que se considerará para los traslados aumentos de sueldos, licencias y, en general, para los restantes efectos consignados en la presente ley y otras disposiciones legales y reglamentos aplicables.

Debe entenderse que todos los funcionarios cubiertos por el Régimen de Servicio Civil tienen el derecho anualmente de recibir una evaluación y calificación de sus servicios; funcionando la misma como un factor a considerar para asuntos de traslados, aumentos de sueldos, licencias y todos los efectos consignados en el Estatuto de Servicio Civil, reglamentos aplicables y otras disposiciones legales.

Sin embargo, el artículo 44 bis del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, nos remite a los instructivos elaborados por cada institución debidamente aprobados por la Dirección General de Servicio Civil para resolver aspectos no considerados en el cuerpo normativo de cita.

Debido a lo anterior, se resalta que el Ministerio consultante, cuenta con una Guía para la Evaluación del Desempeño de los Funcionarios del Ministerio de Ambiente y Energía, la cual, en el punto 8 inciso 2), indica:

“8.2- Colaborador (a) que, por motivos de licencias o incapacidades, hubiera interrumpido sus servicios y a la fecha de calificación de su desempeño, tuviere menos de SEIS MESES de tiempo efectivamente laborado: NO SERÁ EVALUADO y, para cualquier efecto de orden administrativo, se le considerará la resolución resultante de su EVALUACIÓN DEL PERIODO ANTERIOR, ante lo cual el Jefe de la dependencia correspondiente, registrará ante la Oficina de Gestión de Recursos Humanos institucional respectiva LA JUSTIFICACIÓN DE SU OMISIÓN, que apunte las razones de no contar con tiempo mínimo necesario para su ejecución, que permitan solventar aspectos de gestión administrativa que requieran los resultados de este proceso”.
(Lo subrayado, en cursiva y negrita es del original)

El texto anteriormente citado se encuentra acorde a los lineamientos dictados por la Dirección General de Servicio Civil en sus Resoluciones DG-637-2008 de las 13:00 horas del 25 de setiembre de 2008, DG-304-2009 de las 15:30 horas del 23 de octubre de 2009 y DG-133-2010 de las 10:50 horas del 26 de abril de 2010.

“...El colaborador(a) que, por motivos de licencias o incapacidades, u otros que le atribuyan ostentar una interrupción de sus servicios y a la fecha de calificación de su desempeño, tuviere menos de SEIS MESES de tiempo efectivamente laborado: NO SERÁ EVALUADO y, para cualquier efecto de orden administrativo, se le considerará la resolución resultante de su EVALUACIÓN DEL PERIODO ANTERIOR, ante lo cual el Jefe de la dependencia correspondiente, registrará ante la Oficina de Gestión de Recursos Humanos institucional respectiva la JUSTIFICACIÓN DE SU OMISIÓN, que apunte las razones de no contar con el tiempo mínimo necesario para su ejecución, que permitan solventar aspectos de gestión administrativa que requieran los resultados de este proceso...” Resolución DG-

133-2010 de las 10:50 horas del 26 de abril de 2010 *(la negrita y el subrayado es del original)*

En relación al reconocimiento de anualidades la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas en su artículo 49 establece:

Artículo 49- Efectos de la evaluación anual. El resultado de la evaluación anual será el único parámetro para el otorgamiento del incentivo por anualidad a cada funcionario.

Las calificaciones anuales constituirán antecedente para la concesión de estímulos que establece la ley y sugerir recomendaciones relacionadas con el mejoramiento y el desarrollo de los recursos humanos. Será considerado para los ascensos, las promociones, los reconocimientos, las capacitaciones y los adiestramientos, y estará determinado por el historial de evaluaciones del desempeño del funcionario. Igualmente, el proceso de evaluación deberá ser considerado para implementar las acciones de mejora y fortalecimiento del potencial humano.

Anualmente, la Dirección General de Servicio Civil dictará los lineamientos técnicos y metodológicos para la aplicación de los instrumentos de evaluación del desempeño, los cuales serán de acatamiento obligatorio.

En esa misma línea, el Decreto Ejecutivo N° 41564-MIDEPLAN-H “Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 del 3 De Diciembre de 2018, Referente a Empleo Público”, en su artículo 14 señala:

Artículo 14.- Anualidades. *El incentivo de anualidad se reconocerá según los siguientes parámetros:*

*a) Las anualidades ya recibidas previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635, se conservan y mantienen en el tiempo como montos nominales fijos, producto de la forma en que se revalorizaban antes del 4 de diciembre de 2018, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635 y el Transitorio XXV de la Ley N° 9635. **Las anualidades que se obtengan en fecha posterior al 4 de diciembre de 2018, se reconocerán únicamente mediante la evaluación del desempeño, a aquellos servidores que hayan obtenido una calificación de "muy bueno" o "excelente", o su***

equivalente numérico, según la escala definida. (El subrayado y negrita no es del original)

En razón de lo anterior, debemos entender que la Ley N° 9635 y su reglamento de forma directa y concreta establecen como único parámetro para el otorgamiento del incentivo por anualidad una evaluación de desempeño anual con calificación de “muy bueno” o “excelente”.

Tomando en consideración que el procedimiento de evaluación del desempeño, reconocimiento de anualidades y carrera profesional son figuras cuyo instrumento y aplicación tiene relación directa con la dependencia que lo ejecuta, es prudente recordarle que, luego de que la Administración Activa resuelva lo que corresponda sobre el caso concreto, si un servidor no obtiene respuesta satisfactoria a sus pretensiones dentro del centro de trabajo para el cual presta sus servicios, puede si a bien lo tiene, acudir al Tribunal de Servicio Civil, observando el procedimiento de reclamo que establece el artículo 88, incisos a) y b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, o a las instancias que considere pertinentes.

Para los primeros efectos, debe atenderse lo que señala el artículo 88 incisos a) y b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que disponen en lo que interesa:

“Artículo 88.- En toda reclamación contra disposiciones o resoluciones de los jefes, cuando el servidor alegue perjuicio causado por ella, se observarán las siguientes reglas:

- a) *Si se formulare petición o reclamo ante la Dirección General de Servicio Civil, ésta contará con un plazo máximo de dos meses para pronunciarse. Si se tratare de reclamos contra los jefes inmediatos de cualquier órgano, antes de recurrir al Tribunal de Servicio Civil, deberá agotarse la vía administrativa, a cuyos efectos deberá obtenerse un primer pronunciamiento del superior Jerarca de la Dependencia de que se trate, y un segundo pronunciamiento del Ministerio respectivo. Si el reclamo se presentare contra un acto del propio Ministro, no se requiere más trámite que impugnarlo directamente ante dicho funcionario.*

En estos dos últimos casos, tanto el jerarca como el Ministro, tendrán un plazo máximo de ocho días hábiles para resolver lo procedente, entendiéndose que el mismo se tendrá por agotado si no se diere respuesta durante su transcurso;

- b) *Cumplido el trámite anterior, si el servidor persistiere en su reclamo, podrá recurrir ante el Tribunal, llenando al efecto los*

requisitos establecidos en el artículo 81⁴ de este Reglamento. El Tribunal ordenará levantar información por medio de la Dirección General, si así lo estimare necesario para dictar su fallo, que será definitivo; y” ...

En conclusión, interesa reiterar que conforme a las competencias legales de esta Asesoría Jurídica y el principio de legalidad no son consultables asuntos concretos sobre los cuales se encuentre pendiente una decisión por parte de la administración activa; así mismo, cuentan con los criterios hermenéuticos necesarios para encontrar por sus propios medios y bajo su entera responsabilidad, respuestas concretas a cada una de sus interrogantes.

En espera de haber evacuado la consulta planteada, se suscribe atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Merilyn Sánchez Garro
ABOGADA

⁴ Dispone este artículo 81: “ El escrito por el que se demande la intervención del Tribunal deberá contener:

- a) El nombre y apellidos, profesión u oficio y vecindario del quejoso;
- b) La exposición clara y precisa de los hechos;
- c) La enunciación de los medios de prueba con que se acreditarán los hechos y la expresión de los nombres, apellidos y domicilio de los testigos. Si se pidiere que el Tribunal haga comparecer a éstos se indicarán las señas exactas del lugar donde trabajan o viven; y si se tratare de certificaciones u otros documentos públicos, se expresará la oficina donde se encuentra, para que sea ordenada su expedición libre de derechos;
- d) Las peticiones sobre las cuales, deberá recaer resolución; y
- e) Señalamiento de casa u oficina para oír notificaciones en el lugar de su domicilio.”

26 de setiembre de 2019
AJ-OF-503-2019

Señora
Ana Laura Carvajal S.
Coordinadora, Oficina Auxiliar de Recursos Humanos
Teatro Popular Melico Salazar

**ASUNTO: Respuesta a oficio N°
TPMS-GIRHA-0440-2019**

Estimada señora:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se atiende el oficio número TPMS-GIRHA-0440-2019 del 18 de setiembre de 2019, recibido en este Despacho el día 20 del mismo mes, mediante el cual se consulta a este centro de trabajo sobre lo siguiente:

“...otorgamiento de tiempo por tiempo Funcionarios Ministerio de Cultura Juventud y Órganos desconcentrados...”

Sobre el particular, y previo a los argumentos que se dirán, conviene aclarar que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para referirse a casos concretos que le son sometidos a su escrutinio técnico, por cuanto los mismos son de resorte exclusivo de la Administración Activa, quien deberá resolver lo procedente, a la luz del análisis general que desde el ámbito estrictamente normativo y jurisprudencial en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo en la Ley General de la Administración Pública.

Asimismo, y bajo la misma línea de pensamiento, ha de aclararse a la consultante, que no corresponde, a este Despacho, el examinar los criterios jurídicos de las dependencias técnicas ministeriales correspondientes, ni mucho menos las diversas disposiciones normativas internas, que en el ejercicio de sus potestades, emitan las instituciones y órganos públicos cubiertos por el Régimen Estatutario, salvo las excepciones de ley.

Habiendo aclarado lo anterior, se debe tomar en consideración que el Ministerio de Cultura y Juventud cuenta con un Reglamento para la Autorización, Reconocimiento y Pago del Tiempo Extraordinario, el cual se encuentra vigente. Ante lo anteriormente expuesto, queda claro que dicho Ministerio cuenta con normativa especial para atender los casos concretos que son sometidos a su escrutinio, tomando en cuenta que la norma especial priva sobre la norma general. Sobre este tema, se transcribe una síntesis del criterio C-079-2004 del 8 de marzo de 2004 de la Procuraduría General de la República que reseñó:

“(...) A efecto de ir puntualizando la diferencia entre una ley especial y una general, es importante transcribir las definiciones del Tratadista Guillermo Cabanellas.

“LEY ESPECIAL. La relativa a determinada materia, como las de aguas. Minas, propiedad intelectual, caza, pesca, hipotecaria, de contrabando, entre otra infinidad.- 1. - Razón y carácter. Se denominan especiales no sólo por la peculiaridad de su contenido, sino por apartarse de alguno de los códigos o textos fundamentales del ordenamiento jurídico de un país (...). Constituye, además, nota característica de las leyes especiales el que suelen ser orgánicas o completas, con inclusión de preceptos substantivos (los principios o prohibiciones del caso) y de normas adjetivas (las penales y procesales consiguientes para la efectividad de las mismas, y para sanción de sus infracciones). De no contener preceptos de esta naturaleza, rigen como supletorios o normales los textos substantivos penales y procesales comunes. -2 Vigencia. En caso de conflicto, la especial prevalece sobre la ley general (v); salvo ser ésta posterior y formular inequívocas disposiciones incompatibles con las especiales previas. LEY GENERAL. La que comprende por igual a todos los habitantes, súbditos o ciudadanos. La generalidad de la ley se contrapone a la particularidad, pero no a la especialidad (...)” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L... 2003, Piamonte 1730, 1º piso (1055), Bs, As, Argentina, páginas 161 y 163. la negrita es nuestra)

También, en el oficio N° AJ-OF-057-2017 del 28 de junio del 2017, suscrito por esta Asesoría Jurídica, se puntualizó la normativa del Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Cultura y Juventud, en lo que respecta el numeral 39 cita:

“...Artículo 39.-La jornada extraordinaria se remunerará en cada caso, conforme con lo dispuesto por la Ley.

N° 37 | II SEMESTRE Julio del 2019 a Diciembre del 2019

*En ningún caso se ordenará la realización de jornada extraordinaria ni se pagará, cuando no se haya obtenido la autorización previa, **según lo dispuesto por el Reglamento para la Autorización, Reconocimiento y Pago del Tiempo Extraordinario del Ministerio de Cultura y Juventud decreto ejecutivo número 34720 del 18 de junio del 2008**. La realización de jornada extraordinaria en contra de lo dispuesto en este reglamento implicará responsabilidad administrativo disciplinaria y patrimonial del servidor que la ordenó.*

No constituirá jornada extraordinaria el tiempo que requiera el servidor para subsanar sus errores imputables a él, cometidos durante la jornada ordinaria.

(Así reformado por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 35592 del 13 de julio de 2009) “. (Lo destacado no corresponde al original).

Siendo así, deberá la Administración hacer una valoración y confrontación normativa, e identificar si en su norma especial, a saber, el Reglamento para la Autorización, Reconocimiento y Pago del Tiempo Extraordinario del Ministerio de Cultura y Juventud supra citado existe alguna contradicción, en cuanto a lo regulado en la ley general a saber el Código de Trabajo vigente, sobre el pago de horas extras.

Nuestra Carta Magna en su artículo 58, hace referencia a lo planteado por la parte consultante, indicando lo siguiente:

*“...La jornada ordinaria de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas a la semana. La jornada ordinaria de trabajo nocturno no podrá exceder de seis horas diarias y treinta y seis a la semana. **El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado** con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados. Sin embargo, estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción muy calificados, que determine la ley”. (lo resaltado no es del original).*

Por otro lado, en el numeral 139 del Código de Trabajo, se establece:

*“..El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites anteriormente fijados o que exceda de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte, **constituye jornada extraordinaria y deberá ser remunerada con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos o de los salarios superiores a éstos que se hubieren estipulado...**” (lo resaltado no es del original).*

Sobre el mismo tema, se cita el criterio de la Procuraduría General número C-024-2013 25 de febrero de 2013 el cual expone:

“...La jornada extraordinaria requerida para la realización de tareas excepcionales, temporales y ocasionales, es toda aquella que sobrepasa los límites del tiempo autorizado por nuestro ordenamiento jurídico para prestar el servicio o trabajo de manera permanente y habitual. Y como tal, debe remunerarse en los términos del artículo 139 del Código de Trabajo, de aplicación supletoria en la materia conforme al artículo 51 del Estatuto de Servicio Civil...”

Finalmente, a manera de colaboración con la parte consultante, se transcribirá en lo que interesa el dictamen N° C-201-2018 del 21 de agosto del 2018 de la Procuraduría General de la República, el cual es muy amplio y enfático con el tema en cuestión, estableciendo lo siguiente:

“...También, en el mismo sentido la Sala Segunda de forma reiterada se ha referido sobre la improcedencia de compensar horas extra con tiempo ordinario.

A continuación, se transcriben algunos extractos:

*“La compensación de horas extra, con días de descanso, no es permitida en nuestro sistema jurídico; dado que lo que procede, en caso de que se labore tiempo extraordinario, es su remuneración con un recargo del cincuenta por ciento, según se extrae de la legislación que regula el tema”. **(Sala Segunda, sentencia n.º 193-2001 de las 10:10 horas del 28 de marzo de 2001).***

*“... esta Sala ya ha emitido criterio en el sentido de que no procede la compensación de horas extra con tiempo de descanso. Esto, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico no permite la posibilidad de cambiar tiempo extraordinario por tiempo libre, pues la normativa que regula la materia solamente prevé la posibilidad del pago, con un cincuenta por ciento más sobre el valor del tiempo laborado en jornada ordinaria.” **(Sala Segunda, sentencia n.º 409-2009 de las 10:10 horas del 15 de mayo de 2009).***

“Ya esta Sala ha sostenido, de manera reiterada, que esa práctica no tiene sustento en nuestro ordenamiento jurídico, el cual claramente establece que esa jornada debe ser cancelada con un cincuenta por ciento más del valor del salario mínimo o del pactado (artículos 58 de la Constitución Política y 139 del Código de Trabajo). (Sobre este tema pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias número

424, de las 10:15 horas del 14 de mayo; 486, de las 10:05 horas del 4 de junio, ambas de 2008, y 803, de las 9:30 horas del 26 de agosto de 2009). (**Sala Segunda, sentencia n.° 912-2010 de las 14:20 horas del 25 de junio de 2010**).

“... esta Sala ha sostenido en reiteradas ocasiones que el ordenamiento jurídico no permite la compensación de horas extra con días de descanso (sentencias n.°s 335-99 de las 10:50 horas, del 27 de octubre de 1999; 193 de las 10:10 horas, del 28 de marzo de 2001; 752 de las 10:45 horas, del 10 de octubre de 2007; 486 de las 10:05 horas, del 4 de junio de 2008 y 409 de las 10:10 horas, del 15 de mayo de 2009)”. (**Sala Segunda, sentencia n.° 125-2013 de las 9:45 horas del 1° de febrero de 2013**).

“Al respecto, ha de indicarse que la normativa laboral es clara en establecer una única forma para retribuir aquellas labores que se ejecuten fuera de la jornada ordinaria. El ordinal 58 de la Constitución Política dispone: “El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados”. Por su parte, el Código de Trabajo en el artículo 139 estipula: “El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites anteriormente fijados, o que exceda la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte, constituye jornada extraordinaria y deberá ser remunerada con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos, o de los salarios superiores a éstos que se hubieren estipulado [...]” Esta Sala ha abordado este tema en diversas resoluciones y ha determinado la obligatoriedad que tiene la parte empleadora de sujetarse al ordenamiento jurídico (véanse las sentencias números 424-08 de las 10:15 horas del 14 de mayo; 486-08 de las 10:05 horas del 4 de junio, ambas de 2008; y 803-09 de las 9:30 horas del 26 de agosto de 2009). Así las cosas, el pago de horas extra mediante compensación, sea con tiempo libre o algún otro mecanismo distinto a la remuneración dineraria, no constituye una retribución conforme a derecho, con independencia de que haya sido o no objetada por la persona trabajadora.” (**Sala Segunda, sentencia 2018-000776 de las 9:30 horas del 16 de mayo de 2018**).

Las transcripciones anteriores reflejan la existencia de una línea jurisprudencial clara de la Sala Segunda que descarta la validez de compensar la jornada extraordinaria de trabajo con jornada ordinaria...”.

De todo lo antes expuesto, se puede concluir que la consultante cuenta con los elementos normativos suficientes y necesarios para resolver por sus medios y responsabilidad la respuesta al caso concreto.

Habiendo evacuado su consulta, se suscribe atentamente,

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Rocio Caravaca Vargas
ABOGADA

27 de noviembre de 2019
AJ-OF-606-2019

Señora
Marianella Guardiola Leiva
Jefa, Unidad de Gestión Institucional de Recursos Humanos
Dirección General de Servicio Civil

ASUNTO: Criterio jurídico sobre licencia con goce de salario, por fallecimiento de familiar.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta al oficio N° ASI-UGRH-OF-805-2019 del 13 de noviembre de 2019, recibido ese mismo día, mediante el cual realiza una consulta sobre la licencia con goce de salario, por fallecimiento de familiar.

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicar que, es política de esta Asesoría Jurídica, es orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

De acuerdo a lo anterior, se indica que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantar a la Administración Activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde en el caso particular.

De acuerdo a lo establecido el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, en su artículo 33, inciso a) establece lo siguiente:

“(...) Podrán disfrutar de licencia ocasional de excepción, de conformidad con los requisitos y formalidades que en cada dependencia establezca el Reglamento Autónomo de Servicio, y sujetos a los siguientes procedimientos y condiciones: / a. Las jefaturas podrán conceder licencia hasta por una semana con goce de sueldo en los casos de matrimonio de las personas servidoras y el

fallecimiento de cualquiera de sus padres, madres, hijos, hijas, hermanos, hermanas, cónyuges, compañeros o compañeras. (...)

Artículo que ustedes transcriben en su consulta, y del cual solicitan aclarar si dicho beneficio se le puede otorgar: ***“a un servidor o servidora, cuando el parentesco del fallecido es de un hermano o hermana, únicamente por parte del padre pero no de la madre, o viceversa.”***

Sobre la calificación de parentesco entre hermanos, por parte solo de uno de los progenitores, la Sala Constitucional ya se ha pronunciado, con respecto a los parentescos entre hermanos de diferentes padres o madres, mediante las Resoluciones 2011-004575, de las quince horas y veintisiete minutos del seis de abril de dos mil once, y que fue reafirmada mediante la Resolución 2016008908, de las nueve horas treinta minutos del veintinueve de junio de dos mil dieciséis, que dicta lo siguiente:

“V.- Normas preconstitucionales que rozan con el Derecho de la Constitución. (Continuación). En consecuencia con lo anterior, y al ser el principio de igualdad el motivo principal que impele al Constituyente a prohibir toda calificación personal basada en la filiación de las personas, es que cabe interpretar que todas las referencias mencionadas, sea al tipo de filiación legítima o natural contenidas en el artículo 572 del Código Civil, deben ajustarse a los cánones constitucionales vigentes, comenzando con el inciso impugnado por las accionantes, toda vez que, si bien la declaratoria de inconstitucionalidad se refiere a la discriminación por género, es indiscutible que la fuerza normativa constitucional del derecho a la igualdad impone consecuencias mayores, no porque asista directamente al caso de las accionantes, sino porque así lo exige el principio de supremacía constitucional, cuyos preceptos son de aplicación directa e inmediata. De tal forma, del inciso 4) se elimina además de lo señalado por la Sala las anteriores referencias “por parte de la madre”, todos los calificativos de legítimos y naturales, por lo que debe conservarse la disposición “Los hijos de los hermanos y los hijos de la hermana”, para dar un tratamiento sin referencia a la calificación de la filiación y para dar un trato igual de género.” (El subrayado no pertenece al original)

Además el artículo 54 de la Constitución Política dicta lo siguiente:

“Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.”

Con vista de lo expuesto supra, no debe existir diferencia en la filiación con respecto al parentesco entre hermanos, manifestando si los mismos, son por parte de madre o padre, debido a que a lo dictaminado por la Sala Constitucional, y lo normado en la Constitución Política, en el caso de la filiación está prohibida cualquier calificación sobre la misma.

En razón de lo anterior, en el caso de fallecimiento de un hermano, no se debería tomar como criterio para el permiso, el origen de su filiación, es decir si la misma es de origen paterna o materna.

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

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Karol Ramírez Brenes
ABOGADA

22 de noviembre de 2019
AJ-OF-594-2019

Señora
Daysi Cubillo
Correo electrónico: dcubillo@conapam.go.cr

ASUNTO: Solicitud de criterio jurídico respecto al período de prueba.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, me refiero a su consulta tramitada a través de correo electrónico del día 17 de octubre de 2019, remitido por ese mismo medio el día 04 de noviembre de 2019, mediante el cual expone la siguiente situación:

“...en cuanto al caso de que se nombre a un funcionario público que ocupa un puesto en propiedad, bajo el Régimen de Servicio Civil de profesional de servicio civil 1ª en un ascenso en otra institución para un puesto de profesional del servicio civil 1b o de la misma clase, con base al artículo 24 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el funcionario debe hacer un período de prueba en la institución que lo está nombrando para el ascenso, la consulta es, que pasa si en el puesto que lo nombraron lo califican mal y el funcionario regresa a su puesto de propiedad (profesional de servicio civil 1ª) de origen, es cierto que debe hacer otra vez período de prueba en la institución, cuando en su momento lo hizo para que lo nombraran en propiedad...”

En relación con su solicitud conviene transcribir lo regulado sobre el tema en el artículo 24 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que a la letra reza lo siguiente:

“...A juicio de la Administración podrá ser aplicable el período de prueba en los ascensos o traslados en que así convenga para garantizar mejor el servicio público. En tales casos, el servidor gozará de licencia de su puesto anterior durante el tiempo que dure dicho período de prueba, el cual será aplicable también a su sustituto...”

La norma supra transcrita es clara en señalar, que el funcionario regular que aspira a un nombramiento en propiedad en una institución distinta a la que presta sus servicios, donde le es ofrecido un puesto de mayor categoría al ostentado, de conformidad con el artículo 24 de previa cita, goza de una licencia de su puesto anterior durante el lapso de tiempo que dure su período de prueba, luego de lo cual, y ante una eventual calificación negativa durante este período de su nuevo nombramiento, tiene la posibilidad de regresar a su puesto de origen ocupado en propiedad.

Nótese que la norma no establece ante el retorno del funcionario a su anterior puesto, la obligatoriedad de someterse a un nuevo período de prueba, lo cual estaría en abierta contradicción con el numeral 30 del Estatuto de Servicio Civil, el cual establece que: “...Para que un servidor público reciba la protección de esta ley, debe pasar satisfactoriamente un período de prueba hasta de tres meses de servicio contados a partir de la fecha de vigencia del acuerdo de su nombramiento...” (El subrayado es propio). En ninguna parte del citado texto, se infiere siquiera, que el funcionario regular, (esto es en propiedad), requiera cumplir satisfactoriamente con un período de prueba adicional para lograr la protección, (estabilidad laboral), de la mencionada ley.

En esta línea de análisis, y para mayor abundamiento sobre lo afirmado, encontramos en el ordinal 3 inciso h) del Reglamento de Rito, una definición de “Servidor Regular”, (funcionario en propiedad), al cual se define como: “...el trabajador nombrado de acuerdo con las disposiciones del Estatuto de Servicio Civil y que ha cumplido el período de prueba; o protegido por el artículo 50 del Estatuto...”. (Se suple el subrayado).

Con base en lo expuesto supra, se puede colegir con meridiana claridad, que ninguna de las normas invocadas, supone la aplicación de más de un período de prueba al titular de un puesto, de manera que un funcionario habiendo superado esta etapa de su nombramiento, el mismo adquiere “firmeza”, y recibe la protección establecida en la Ley N° 1581 del 30 de mayo de 1953 y sus reformas, así como de su normativa reglamentaria correspondiente.

Con estas consideraciones finales, se da por atendida su consulta.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Richard Fallas Arias
ABOGADO

5 de agosto de 2019

AJ-OF-385-2019

Señora
María Alejandra Núñez Martínez
Centro de Capacitación y Desarrollo (CECADES)
Dirección General de Servicio Civil

ASUNTO: Respuesta a consulta realizada con correo electrónico del 29 de julio de 2019

Estimada señora:

Con la aprobación de la Directora de la Asesoría Jurídica, se procede a atender la consulta remitida vía correo electrónico el 29 de julio del presente año, donde solicita lo siguiente:

“...es quería consultar una duda que tengo con respecto a la Prohibición...¿Actualmente, a los funcionarios que recibimos este pago, tenemos algún impedimento para dar clases en entes universitarios privados (tengo entendido que con la Ley de Finanzas Públicas, solo se puede en Universidades Públicas o no en Privadas)...”.

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

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

permanentemente el entorno político y legislativo y presentar modificaciones a nuevos productos que la dinámica jurídica requiera...".
(El resaltado no pertenece al original)

No obstante lo anterior, se indica que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, evitando con ello suplantar a la Administración Activa, a quien compete conocer y resolver sobre el caso particular.

En primer lugar, se cita la definición de "Prohibición" a la luz de lo establecido en artículo 1 inciso i) del Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 referente al Empleo Público N° 41564-MIDEPLAN-H, del 18 de febrero de 2019, que indica:

*"...**Prohibición:** restricción impuesta legalmente a quienes ocupen determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación absoluta de tales servidores a las labores y las responsabilidades públicas que les han sido encomendadas. **Todo funcionario público que reciba el pago por prohibición tendrá imposibilidad de desempeñar su profesión o profesiones en cualquier otro puesto, en el sector público o privado, estén o no relacionadas con su cargo, sean retribuidas mediante sueldo, salario, dietas, honorarios o cualquier otra forma, en dinero o en especie, o incluso ad honorem...**"* (El resaltado no pertenece al texto original)

Ahora bien, a manera de colaboración y abordando de manera general el tema, para no invadir las competencias del Departamento de Recursos Humanos de la Administración Activa, se debe indicar que la Ley N° 9635 Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, en sus numerales 33 y 34 establecen lo siguiente:

*"...Artículo 33- Extensión de la limitación...**Para los funcionarios señalados en la ley como posibles beneficiarios de compensación económica por prohibición, no podrán ejercer de manera privada, de forma remunerada o ad honorem la profesión o las profesiones que ostenten.***

*Artículo 34- Excepciones. De la limitación establecida en el artículo 33 de la presente ley, se exceptúan la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, inclusive. **En tales casos, no deberá afectarse el desempeño normal e imparcial del cargo; tampoco deberá producirse en asuntos que se atiendan en***

la misma entidad pública o Poder del Estado en que se labora...
(lo resaltado y subrayado no son del original).

Visto lo antes apuntado, le queda a disposición la normativa vigente aplicable al tema de consulta, con lo cual se da por evacuada su duda.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Rocío Caravaca Vargas
ABOGADA

23 de octubre de 2019

AJ-OF-543-2019

Señora
Marianella Guardiola Leiva
Jefa, Unidad de Gestión Institucional de Recursos Humanos
Dirección General de Servicio Civil

**ASUNTO: Criterio jurídico sobre
Prohibición Ley N° 9635.**

Estimada señora:

Reciba un cordial saludo, por este medio emito respuesta a la consulta planteada en el oficio N° ASI-UGRH-OF-416-2019 del 23 de julio de 2019 -externándole las disculpas del caso, porque no se había tendido anteriormente-, mediante el cual realiza una consulta sobre el incentivo de Prohibición a la luz de la Ley N° 9635, del 4 de diciembre de 2018, denominada "*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*".

La consulta puntual realizada versa sobre cómo proceder en el caso que: *¿Un servidor desea emprender un negocio, ser dueño de un gimnasio, en este caso el mismo va a ser administrado por una de las instructoras que tendrá a su cargo y la consulta es si por el pago de Prohibición tendrá él algún problema legal más adelante?*

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

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

Visto esto, debe traerse en primer lugar a colación una serie de conceptos que debemos tener claros para dar una respuesta ajustada a legalidad.

En primer lugar, se citan el numeral 27 y 37 de la Ley N° 9635, en el tanto definen la compensación económica que se analiza de la siguiente manera:

*"5. Prohibición: restricción impuesta legalmente a quienes ocupen determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación absoluta de tales servidores a las labores y las responsabilidades públicas que les han sido encomendadas. **Todo funcionario público que reciba el pago por prohibición tendrá imposibilidad de desempeñar su profesión o profesiones en cualquier otro puesto, en el sector público o privado, estén o no relacionadas con su cargo, sean retribuidas mediante sueldo, salario, dietas, honorarios o cualquier otra forma, en dinero o en especie, o incluso ad honorem.***

Los funcionarios bajo régimen de prohibición obtendrán una compensación económica por la limitación al ejercicio liberal de su profesión o profesiones en los términos señalados en la presente ley.

(...)

*Artículo 36- Prohibición y porcentajes de compensación. **Los funcionarios públicos a los que por vía legal se les ha impuesto la restricción para el ejercicio liberal de su profesión, denominada prohibición, y que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 31 de la presente ley, recibirán una compensación económica calculada sobre el salario base del puesto que desempeñan, de conformidad con las siguientes reglas:***

1. Un treinta por ciento (30%) para los servidores en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.

2. Un quince por ciento (15%) para los profesionales en el nivel de bachiller universitario." (Lo resaltado no pertenece al texto original)

En igual sentido el Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 referente al Empleo Público N° 41564-MIDEPLAN-H, en su artículo primero define la prohibición como:

"Artículo 1.- Definiciones. Para efectos del presente reglamento, se entenderá por:

(...)

*i) Prohibición: restricción impuesta legalmente a quienes ocupen determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación absoluta de tales servidores a las labores y las responsabilidades públicas que les han sido encomendadas. **Todo funcionario público que reciba el pago por prohibición tendrá imposibilidad de desempeñar su profesión o profesiones en cualquier otro puesto, en el sector público o privado, estén o no relacionadas con su cargo, sean retribuidas mediante sueldo, salario, dietas, honorarios o cualquier otra forma, en dinero o en especie, o incluso ad honorem.*** (Lo resaltado no pertenece al texto original)

El Órgano Asesor Estatal, ha analizado esta restricción doctrinariamente en su dictamen N° C- 201-2014, del 24 de junio del 2014, estableciendo que: " *La prohibición, como figura jurídica, refiere directamente al límite impuesto, por imperio de ley, algunos profesionales para el ejercicio liberal de su carrera. Encontrando sustento tal restricción al sistema de libertades, en la imparcialidad e independencia que deben permear la función pública. Así, aquella responde a la imperiosa necesidad de resguardar la conducta ética y moral de los funcionarios, evitando el posible conflicto de intereses y el quebranto a los deberes de probidad e imparcialidad. Por otra parte, que debe existir una norma de rango legal que, no solo, imponga la restricción, sino que además autorice el resarcimiento por esta.*" Continúa señalando en ese mismo dictamen el Órgano Asesor lo siguiente:

*" Así, tenemos que, **prohibición se define como la "...disposición que impide obrar en cierto modo. Nombre dado a ciertos sistemas en que el poder público veda el ejercicio de una actividad..."**[1]. Igualmente se concibe a modo de "Orden negativa. Su infracción supone siempre una acción en contra, más grave en principio que la omisión indolente de una actividad obligatoria. Además de mandato de no hacer, significa vedamiento o impedimento en general..." [2]*

*De las conceptos transcritos se desprende, sin mayor dificultad, que **el establecimiento de una prohibición conlleva la imposibilidad para realizar una conducta determinada. En la especie, tal conducta refiere directamente al límite impuesto, por imperio de ley, a algunos profesionales para el ejercicio liberal de su carrera. Encontrando sustento tal restricción al sistema de libertades, en la imparcialidad e independencia que deben permear la función pública.***

En esta línea de pensamiento se ha pronunciado este órgano técnico al sostener: "...Como regla de principio, los funcionarios públicos tienen la libertad para ejercer la profesión que ostentan

una vez que ha concluido su jornada de trabajo, salvo que esta libertad de ejercicio esté prohibida por una ley que así lo disponga.

*La prohibición para el ejercicio de una determinada profesión, forma parte de las incompatibilidades para el ejercicio de determinado cargo y tiene como fundamento, la “necesidad de dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal. **Las incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares; es decir tiende a evitar la colisión de intereses- interés público e interés privado-**. (Sala Constitucional, resolución número 3292-95 de las quince horas treinta y tres minutos del 18 de julio de 1995). La prohibición, por lo tanto, es inherente al puesto, es decir, no está sujeta a la voluntad de la Administración o del funcionario público, por ende, la misma resulta ineludible e irrenunciable.*

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

A partir de lo señalado anteriormente, la jurisprudencia administrativa de este Órgano Técnico Jurídico ha sostenido que dentro del régimen de prohibición debemos distinguir entre dos presupuestos: el primero, la existencia de una ley que prohíba a un determinado grupo de funcionarios el ejercicio de una profesión y el segundo, una norma, también de rango legal, que permita el pago de una compensación económica derivada de esa prohibición.

“Esto es, que el pago por prohibición requiere de base legal, sin la cual deviene improcedente, es decir, que no solamente debe existir una norma legal que establezca la prohibición al ejercicio liberal de la profesión, sino que también, es indispensable otra disposición, de rango legal, que autorice la retribución económica, como

resarcimiento al profesional por el costo de oportunidad que implica no ejercer en forma privada su profesión, a efecto de que todos sus conocimientos y energía los ponga al servicio de la entidad patronal.” (Dictamen C-299-2005 del 19 de agosto del 2005)... “[3]

*A partir de lo dicho, se impone hacer hincapié en **tres aspectos fundamentales, el primero, que la prohibición responde a la imperiosa necesidad de resguardar la conducta ética y moral de los funcionarios, evitando el posible conflicto de intereses y el quebranto a los deberes de probidad e imparcialidad. Por otra parte, que debe existir una norma de rango legal que, no solo, imponga la restricción, sino que además autorice el resarcimiento por esta y por último, que tal impedimento no es optativo, ni para el funcionario, ni para la Administración, ya que, una vez establecido por ley deviene obligatorio.!(...)**” (Lo resaltado y subrayado no pertenece al texto original)*

En segundo lugar debe indicarse que teniendo claro el concepto de prohibición, se cita el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que define negocio y profesión de la siguiente manera:

"negocio

Del lat. negotium.

1. m. **Ocupación, quehacer o trabajo.**
2. m. Dependencia, pretensión, tratado o agencia.
3. m. **Aquello que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés.**
4. m. Acción y efecto de negociar.
5. m. Utilidad o interés que se logra en lo que se trata, comercia o pretende.
6. m. Local en que se negocia o comercia."

"profesión

Del lat. professio, -ōnis.

1. f. Acción y efecto de profesar.
 2. f. **Empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución.**
 3. f. Conjunto de personas que ejercen una misma profesión.
 4. f. Ceremonia eclesiástica en que alguien profesa en una orden religiosa.
- hacer profesión de una costumbre o habilidad*
1. loc. verb. Jactarse de ella."

Visto esto es importante referenciar que, la interrogante refiere a la posibilidad que un servidor cubierto por el Régimen de Prohibición desea emprender un negocio, un gimnasio, que será administrado por una de las instructoras quien lo tendrá a su cargo y si esta actividad lucrativa le podría generar algún problema legal futuro.

Ahora bien, debe analizarse en este apartado que, la figura de la prohibición aplica para todos los servidores públicos que reciban el pago por ésta y producto de este reconocimiento salarial, es que deviene la imposibilidad de desempeñar su profesión o profesiones en cualquier otro puesto, en el sector público o privado, estén o no relacionadas con su cargo, sean retribuidas mediante sueldo, salario, dietas, honorarios o cualquier otra forma, en dinero o en especie, o incluso ad honorem. Con lo cual, tenemos claramente fijado el derrotero fijado por el legislador, al establecer que el pago es para que, el servidor cubierto por esta restricción legalmente impuesta, no pueda ejercer su profesión o profesiones, esto tanto dentro del sector público, como dentro del sector privado, bajo ningún concepto ni a título oneroso, ni gratuito; es decir, la restricción implica un margen amplísimo de cobertura, ya que, la finalidad es garantizar que los funcionarios bajo régimen de prohibición obtengan una compensación económica por la limitación al ejercicio liberal de su profesión o profesiones en los términos señalados en la ley, con la finalidad de que éstos actúen apegados a la ética y moral, previendo con ello que se presenten posibles conflictos de intereses y el quebranto a los deberes de probidad e imparcialidad, que deben permear su quehacer.

Una vez realizado este análisis, debe concluirse que de la literalidad de la normativa citada se desprende que únicamente existe restricción para el ejercicio liberal de la profesión o profesiones que ostente el servidor, es decir, "prima facie" se determina que esta restricción no aplica al ejercicio de un negocio no relacionado con la profesión o profesiones que éste ostente y por lo cual recibe la retribución económica por concepto de prohibición, esto siempre y cuando el mismo no represente un conflicto de intereses de dicho funcionario con la Administración-Patrono del mismo.

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

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Irma Velásquez Yáñez
DIRECTORA

23 de agosto del 2018

AJ-OF-436-2019

Doctora

Ericka Jiménez Valverde

Directora de Área Rectora de Salud Puntarenas - Chacarita

Correo: ericka.jimenez@misalud.go.cr

ASUNTO: Respuesta a consulta realizada mediante el oficio MS-DRRSPC-DARSPC-0291-2019 enviado por correo electrónico.

Estimada señora:

Con la aprobación de la Directora de la Asesoría Jurídica, se procede a atender la consulta recibida, vía correo electrónico, el 13 de agosto de 2019, mediante el cual se realiza la siguiente consulta:

“... Reciba un cordial saludo de mi parte y a la vez aprovecho para expresarle nuestra inquietud relacionada con sobrecarga de labores, actualmente cuento con 5 profesionales que se destacan en esta Unidad Organizativa, desempeñándose en Procesos de Rectoría de la Salud; en algunos casos con sobrecarga laboral, debido a la directriz presidencial que dispone el congelamiento de plazas vacantes hasta nuevo aviso, generando actualmente 4 plazas vacantes de profesionales en esta Área Rectora, que recientemente disfrutaban de su jubilación; provocando recarga laboral para el adecuado cumplimiento de los objetivos institucionales.

En virtud de lo anteriormente expuesto resulta necesario obtener criterio con relación al recargo laboral a colaboradores (tiempo, número de asignaciones, entre otros), es de nuestro interés conocer si existe algún pronunciamiento con respecto a que colaboradores puedan permanecer con sobrecarga laboral por algún tiempo definido...”

De previo, resulta conveniente indicarle que, respetando las competencias legales que le asisten a este centro de trabajo, resulta materialmente imposible la emisión de criterio alguno que pretenda resolver situaciones concretas o particulares, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública, pues la competencia atribuida impide intervenir en aspectos de resorte netamente internos, ya que de hacerlo se estaría sustituyendo a la Administración Activa.

Pese a lo anterior, se indica que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantar a la Administración Activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde para el caso concreto.

Por otro lado, es menester indicar que, las competencias de esta Asesoría Jurídica, mismas que se encuentran delimitadas por el Decreto Ejecutivo número 35573-MP del 16 de setiembre de 2009, Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil, cuyo artículo 7, inciso a), señala:

a) **Asesoría Jurídica:** *Asesorar al más alto nivel jerárquico institucional y a los niveles intermedios en la toma de decisiones que tengan trascendencia jurídica a nivel interno de la institución y externo de las instituciones que conforman el Régimen de Servicio Civil, así como; emitir criterios para asegurar la correcta aplicación del orden jurídico vigente en las actuaciones de la Dirección General, en su relación con las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil y los administrados, para lo cual deberá aportarse el criterio jurídico del área legal de la institución consultante. Le corresponde también monitorear permanentemente el entorno político y legislativo y presentar modificaciones a nuevos productos que la dinámica jurídica requiera. (El subrayado no pertenece al original)*

Bajo ese marco regulatorio, se puede apreciar que las consultas de naturaleza jurídica que se someten a estudio, versan sobre el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, siendo necesario aportar el criterio jurídico del área legal de la institución consultante, lo cual, pese a la salvedad realizada, es un requisito previo a emitir el criterio respectivo por parte de esta Dependencia.

Sin embargo, a manera de colaboración se hará referencia a los artículos que versan sobre el recargo de funciones en el Reglamento del Estatuto Civil. En primer término el artículo 22 bis del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, establece:

“Los traslados, reubicaciones y recargos de funciones se registrarán de acuerdo con lo que se indica a continuación: a) Los traslados y reubicaciones podrán ser acordados unilateralmente por una administración, siempre que no se cause grave perjuicio al servidor. b) Los recargos de funciones de puestos de mayor categoría, que excedan de un mes, podrán ser remunerados, pero estarán sujetos a la aprobación previa de la Dirección General, la que deberá constatar que el servidor al que se le hiciere el recargo, reúne los requisitos establecidos.” (El subrayado no corresponde al original).

Por otro lado debe señalarse también que, las funciones asignadas pueden ser modificadas de manera excepcional, por un plazo determinado y sin que medie un pago adicional, de conformidad con lo señalado en el artículo 120 del Reglamento citado supra, que indica:

“Artículo 120.-

Cuando el servicio público lo exija, podrán asignarse a un servidor tareas correspondientes a otro puesto distinto al suyo, sin que ello signifique aumento o disminución de salario, por un plazo que no debe exceder de sesenta días consecutivos o no durante un año”.
(El subrayado no corresponde al original).

Es importante diferenciar la figura regulada en el artículo 120 citado, con la del recargo de funciones, establecido en el artículo 22 bis del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, por cuanto en este último supuesto, deben tomarse en cuenta los requisitos que de la literalidad de la norma se desprenden, por cuanto le corresponde a la Administración Activa, valorar si la persona funcionaria se encuentra bajo el supuesto del artículo 120 o 22 bis, y de conformidad con ello, determinar lo que corresponda.

Además, es menester indicar que, esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en diversas oportunidades, sobre el recargo de funciones, de carácter excepcional en los oficios AJ-756-2006 del 23 de noviembre de 2006, AJ-407-2007 del 9 de julio de 2007, AJ-755-2013 del 28 de agosto de 2013, AJ-506-2015 del 08 de octubre de 2015, AJ-OF-503-2018 del 15 de noviembre de 2018, entre otros. Por su parte, en cuanto, al artículo 22 bis se ha pronunciado recientemente mediante el oficio AJ-OF-193-2017 del 31 de octubre de 2017. Dichos criterios pueden ser consultados en la página web de esta Dirección General en el link del CIDSECI.

Además, se le informa que la Dirección General de Servicio Civil cuenta con el Centro de Información Documental CIDSECI, a cargo de la señora Flory Cordero (fcordero@dgsc.go.cr), la cual es una unidad administrativa que integra toda la documentación sobre el quehacer institucional. Si a bien lo tiene, a través de la página web de esta Dirección General en el link del CIDSECI, puede encontrar y solicitar múltiple información sobre diversidad de temas del Régimen de Servicio Civil, la normativa vigente, así como los criterios jurídicos indicados supra.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Rocío Caravaca Vargas
ABOGADA

21 de noviembre de 2019
AJ-OF-589-2019

Señor
Keylor Oviedo
Correo electrónico: oviedokeylor@gmail.com

ASUNTO: Sobre la renuncia laboral
en el sector público.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, me refiero a su consulta tramitada a través de correo electrónico del día 18 de octubre de 2019, remitido a este Despacho por ese mismo medio el día 06 de noviembre del año en curso, mediante el cual expone la siguiente situación:

“... ¿un funcionario público al renunciar de su puesto de trabajo, es castigado 7 años para laborar nuevamente en otra institución del gobierno?...”

Sobre el objeto de su consulta, me permito indicarle que nuestra Carta Magna en su artículo 56, señala:

“...El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo...” (El subrayado y los siguientes no corresponden al original)

De igual manera, el Código de Trabajo, establece en el numeral 8), en lo que interesa, lo siguiente:

“...A ningún individuo se le coartará la libertad de trabajo, ni se le podrá impedir que se dedique a la profesión, industria o comercio que le plazca, siempre que cumpla las prescripciones de las leyes y reglamentos respectivos...”

En la misma línea, el canon 18 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁵, establece que: “...La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad...”

Las normas supra transcritas son claras y contundentes en señalar que el trabajo es un derecho fundamental de todo ser humano, y que el Estado se encuentra en la obligación de proveerlo en igualdad de condiciones para todas las personas, sin distinción de raza, credo o cualquier otra condición o circunstancia en que se encuentre. De ahí, que si el trabajo es un derecho esencial de la persona humana, también lo es su derecho a trabajar donde lo desee, sin estar sujeto, incondicionalmente, a un patrono determinado.

Ahora bien, con la renuncia de un funcionario evidentemente se extingue la relación laboral, lo que no acarrea la imposibilidad para que esa persona pueda, eventualmente, ser contratada nuevamente por la Administración, en la misma o en otra institución u organismo público, siempre y cuando, cumpla con los requisitos y los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico costarricense, para acceder al régimen de empleo público de que se trate.

Contrario a lo dicho con antelación, sucede en los casos donde opera un despido con o sin responsabilidad para el Estado. En el primer caso, y ante el pago de extremos laborales como el auxilio de cesantía, el Código de Trabajo establece en el artículo 686 que:

“...Los servidores públicos que reciban auxilio de cesantía no podrán ocupar cargos remunerados en ninguna dependencia del Estado, durante un tiempo igual al representado por la suma recibida por dicho concepto o bajo otro título, por indemnización, reconocimiento de antigüedad o cualquier otra prestación similar pagada por la parte empleadora que se origine en la terminación de la relación de servicio, a excepción de los fondos de capitalización laboral. Si dentro de ese lapso llegaran a aceptar algún cargo quedarán obligados a reintegrar al Tesoro Público las sumas recibidas y deducirán aquellas que representen los salarios que hubieran devengado durante el tiempo en que permanecieron cesantes...”

⁵ Tratados Internacionales N° 9394 del 08 de setiembre de 2016

Asimismo, en el artículo 9, inciso d) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil⁶, encontramos como parte de los requisitos para ingresar al Régimen de Méritos, el siguiente:

“...No haber sido destituido por infracción de las disposiciones del Estatuto, del presente Reglamento, o de los reglamentos autónomos de las instituciones cubiertas por el Régimen Estatutario, durante un período no menor a tres ni mayor a diez años, anteriores a la fecha de ingreso, de acuerdo con la gravedad de la falta y conforme a los lineamientos que sobre esta materia se establecerán por parte de la Dirección General de Servicio Civil”⁷...”

Como se puede colegir de las normas citadas supra, salvo las excepciones anteriormente indicadas, establecidas en el Código y Reglamento de Rito, no existe ninguna imposibilidad legal para que un funcionario que renuncia voluntariamente a su puesto de trabajo, pueda ingresar a laborar nuevamente a la Administración, bajo el supuesto que cumple con la totalidad de requisitos del nuevo puesto, y que ha demostrado por los mecanismos legales correspondientes, su idoneidad para el mismo

Con estas consideraciones finales, se da por atendida su consulta.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Richard Fallas Arias
ABOGADO

⁶ Decreto Ejecutivo N° 21 del 14 de diciembre de 1954

⁷ Regulación establecida mediante Resolución N° DG-091-2013 de las 13:18 horas del 04 de julio de 2013.

18 de setiembre de 2019
AJ-OF-489-2019

Señor
José Joaquín Arguedas Herrera
Director Área de Gestión de Recursos Humanos

**ASUNTO: Respuesta a Oficio N°
AGRH-OF-182-2019**

Estimado señor:

Se procede a dar respuesta al oficio N° AGRH-OF-182-2019 del 28 de agosto de 2019, recibido vía correo electrónico ese mismo día, mediante el cual se realizan las siguientes consultas sobre el Transitorio XXXV de la Ley N° 9635 “Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas”:

“... Ante tal disposición existe la duda de cómo proceder respecto a funcionarios que actualmente ostentan salarios iguales o superiores a 4 millones de colones, en las siguientes situaciones:

- 1. El pago de las anualidades a partir de enero del 2019, y*
- 2. Ascensos.*

Considerando a su vez lo dispuesto en el Artículo 40 del cuerpo normativo citado, para la primera situación expuesta, el cual pareciera que contraviene lo señalado en el TRANSITORIO XXXV, al

“Artículo 40- Incentivos adicionales improcedentes

No procede la creación, el incremento, ni el pago de remuneración por concepto de “discrecionalidad y confidencialidad”, ni el pago o reconocimiento por concepto de bienios, quinquenios o ninguna otra remuneración por acumulación de años de servicio distintos de las anualidades, en ninguna de las instituciones contempladas en el artículo 26 de esta ley”. (Subrayado y resaltado son propios)

En el caso de la segunda situación “Ascensos”, se ve obstaculizada la Carrera Administrativa de los servidores, conforme

lo dispuesto en el Artículo 33 del Estatuto de Servicio Civil y 20 de su Reglamento.

Según las situaciones expuestas pareciera que nos encontramos ante un conflicto de leyes, por lo cual se requiere criterio jurídico sobre lo que quiso decir o establecer el legislador al respecto, a efecto de proceder sin afectar derechos de los servidores públicos”.

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

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

Lo anterior, por cuanto la resolución del caso planteado por la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos de la Procuraduría General de la República, es un asunto de resorte interno, en los términos de los numerales 1) y 2) incisos a), d), e) y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, que señalan:

“Artículo 28.-

1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.

2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:

a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;

...

d) Agotar la vía administrativa, resolviendo recursos pertinentes, salvo ley que desconcentre dicha potestad;

e) Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio;

...

j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes”.

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

*“a) **Asesoría Jurídica:** Asesorar al más alto nivel jerárquico institucional y a los niveles intermedios en la toma de decisiones que tengan trascendencia jurídica a nivel interno de la institución y externo de las instituciones que conforman el Régimen de Servicio Civil, así como; emitir criterios para asegurar la correcta aplicación del orden jurídico vigente en las actuaciones de la Dirección General, en su relación con las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil y los administrados, **para lo cual deberá aportarse el criterio jurídico del área legal de la institución consultante.** Le corresponde también monitorear permanentemente el entorno político y legislativo y presentar modificaciones a nuevos productos que la dinámica jurídica requiera”.* (El resaltado no corresponde al original)

De conformidad con lo indicado, en adelante se solicita que para la atención de criterios jurídicos remitidos por la Administración Activa, se aporte el criterio de la Dirección Jurídica respectiva, sin el cual, esta Asesoría no podrá ejercer su competencia. Asimismo, se solicita que las consultas propiamente jurídicas remitidas al Área a su cargo, se trasladen directamente a esta Dependencia para su conocimiento.

Pese a ello, y a manera de colaboración, debe indicarse que vistas las consultas planteadas, es oportuno citar el criterio jurídico vertido sobre las disposiciones transitorias, por la Procuraduría General de la República; puntualmente se cita lo indicado en el Dictamen N° C-060-1999 del 24 de marzo de 1999, en el tanto expone:

“... A-. EN CUANTO A LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Las disposiciones transitorias forman parte del Derecho Intertemporal en cuanto tienden a solucionar conflictos de leyes. Ante los problemas de transitoriedad que la ley nueva produce, el legislador establece un régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas pendientes. En ese sentido, la función de las llamadas disposiciones transitorias es la de regular en forma temporal determinadas situaciones, con el fin de ajustar o acomodar la normativa nueva o la de dar un tratamiento jurídico distinto y temporal, de carácter excepcional, a ciertas situaciones. Hechos que no se pretende comprender dentro de esas nuevas regulaciones generales. Interesa resaltar que en la base de la norma transitoria se encuentra esa necesidad de responder a problemas planteados por la entrada en vigencia de la nueva ley; esa es su esencia. Se ha dicho que el contenido de las disposiciones transitorias consiste en:

"a) Las reglas que regulan el régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas previas a la ley, bien declarando la aplicación de la nueva, bien declarando la pervivencia de la ley antigua, **bien estableciendo un régimen transitorio distinto del establecido en ambas leyes.**

b) Los preceptos que regulan en forma provisional situaciones jurídicas nuevas cuando su finalidad sea la de facilitar la aplicación definitiva de la ley nueva..." F, SAINS M.-J.C, DA SILVA, citado por C.M, VALVERDE ACOSTA, Manual de Técnica Legislativa, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, San José, Asamblea Legislativa, 1991, p. 211".

Regulación del régimen jurídico aplicable a situaciones jurídicas previas o bien, regulación con carácter provisional de situaciones jurídicas nuevas. En el mismo sentido, Luis Díez-Picazo expresa:

"En efecto, una disposición transitoria puede solucionar el conflicto de leyes estableciendo cuál de las dos -la antigua o la nueva ley - es la llamada a regular cada tipo de situación jurídica. Así, por ejemplo, puede ordenarse que las situaciones nacidas al amparo de la ley antigua continuarán rigiéndose en todo caso por ella. (...) **Esta clase de disposiciones transitorias contiene normas de conflicto en sentido estricto; es decir, no regulan directamente situación alguna, sino que a través de un punto de conexión determinan cuál de las leyes en conflicto es la aplicable.** Junto a esta posibilidad, cabe asimismo que el legislador dicte **otra clase de disposiciones transitorias, en virtud de las cuales se da una regulación específica -diferente, por tanto, de las recogidas en la ley antigua y en la ley nueva- a las situaciones pendientes en el momento del cambio legislativo, o a las situaciones que se produzcan en tanto entra plenamente en vigor la nueva ley en los casos de eficacia diferida.** (...)

De ahí, que se trate de normas con vigencia temporal limitada o leyes ad tempus, pues por definición se refieren a un número de posibles situaciones no indefinido; y de ahí también, que al contener normas materiales, puedan suscitar a su vez nuevos conflictos temporales con otras leyes". L, DIEZ-PICAZO: La derogación de las leyes, Civitas, Madrid, 1990, pp. 193-194.

En el caso del Derecho transitorio material existe una regulación material autónoma de situaciones jurídicas pendientes al momento de vigencia de la ley. Su particularidad

reside en que el régimen se diferencia del establecido en la ley vieja y del que regirá con la ley nueva. Se suspende así la aplicación de la ley derogada pero se impide la aplicación inmediata de la ley nueva. De él se ha dicho que:

"...el legislador debe tener en cuenta que, al tratarse de un régimen excepcional, resulta vetada su aplicación extensiva por vía analógica a supuestos no especificados en la ley. Esta constatación abunda sin duda en la necesidad de que el legislador precise de forma explícita el ámbito de aplicación del derecho transitorio material: en los casos en los que exista duda acerca de su voluntad no se aplicará el derecho transitorio material". C, VIVER i Pi-SUNYER: "La parte final de las leyes". La forma de las leyes. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986, p. 145.

Se habla, además, de disposiciones transitorias impropias cuando el legislador llama como transitorias a disposiciones cuyo objeto es el regular en forma autónoma y provisional situaciones jurídicas nuevas. Esa regulación diferente pero provisional se funda en la necesidad de evitar problemas o de facilitar la solución a los que se presentan. En ese sentido, el "transitorio" facilita la aplicación definitiva de la ley nueva. De allí su carácter provisional (C, VIVER i Pi-SUNYER, p.152). Su ámbito es normalmente lo relativo a procedimientos: se establecen procedimientos especiales o provisionales que deberán ser sustituidos por las regulaciones generales contenidas en la ley, o bien disposiciones específicas en orden a la primera integración de un organismo que surge a la vida jurídica.

Por otra parte, puede suceder que una determinada disposición incluida por el legislador como transitoria no tenga ni uno ni otro objeto. Es decir que el legislador incorpore como disposición transitoria una norma que del todo no es derecho intertemporal; por lo que en modo alguno se dirija a facilitar el tránsito entre la ley vieja y la nueva, particularmente en orden a las situaciones jurídicas pendientes. Este supuesto es fuente de confusión en el intérprete e impide cumplir la función de la norma transitoria, máxime si se trata de prescripciones, mandatos normativos para situaciones futuras, que bien podrían estar contenidos en el articulado o parte dispositiva.

Es de advertir, por demás, que la vigencia de los transitorios, propios o impropios, está en función del objeto del derecho

*intertemporal. **De modo que, salvo disposición expresa en orden a su temporalidad, el derecho transitorio se mantiene en tanto sea necesario dar respuesta a esas situaciones pendientes.** En ese sentido, la pervivencia de éstas determina muchas veces la vigencia y la eficacia del derecho transitorio. **Se sigue de ello que desaparecida la razón que justifica la norma, el transitorio pierde su vigencia y eficacia. Ello justifica que algunos autores califiquen el derecho transitorio como un derecho temporal e incluso provisional, rechazando la posibilidad de que tenga carácter permanente** (así, F, MESSINEO: *Manual de Derecho civil y Comercial, I, Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 92*). (El resaltado no corresponde al original)*

Del dictamen anterior, se colige que una disposición transitoria, temporal o provisional, puede regular un supuesto autónomo y nuevo, aún y cuando ello no se encuentre normado en una ley anterior o en una ley nueva, sin que ello implique un “conflicto de leyes”; tal y como se indicó en el Oficio N° AGRH-OF-182-2019.

A criterio de esta Asesoría, el supuesto fáctico contenido en el Transitorio XXXV, es establecer una situación temporal limitada a un plazo fijo, es decir dos años que rigen a partir del 4 de diciembre de 2018, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 9635, en el tanto dicha norma señala que:

*“Las remuneraciones totales del presidente de la República, los vicepresidentes de la República, los diputados, los ministros, los viceministros, los presidentes ejecutivos y los gerentes del sector público descentralizado serán excluidas de cualquier aumento salarial en los próximos dos años. Asimismo, **los salarios de los funcionarios públicos, cuyas remuneraciones totales mensuales sean iguales o superiores a cuatro millones de colones (¢4.000.000,00), no serán susceptibles de incrementos salariales durante los próximos dos años a partir de la aprobación de esta ley.** Se comprenderá, para estos efectos, como remuneración total a la erogación monetaria equivalente a la suma del salario base e incentivos, dietas, y/o complementos salariales correspondientes, o cualquier otra remuneración independientemente de su denominación”. (El resaltado no corresponde al original)*

En consecuencia, producto de lo antes expuesto y pese a que dentro de las competencias de esta Asesoría Jurídica no se encuentra interpretar la norma para emitir un “criterio jurídico sobre lo que quiso decir o establecer el legislador al respecto”, debe indicarse que de la literalidad del transitorio en estudio, se

desprende que en términos generales y sin excepciones, éste establece un congelamiento temporal, limitado en tesis de principio a dos años, salvo disposición contraria que pueda emitirse a futuro, al señalar que: **“los salarios de los funcionarios públicos, cuyas remuneraciones totales mensuales sean iguales o superiores a cuatro millones de colones (¢4.000.000,00), no serán susceptibles de incrementos salariales durante los próximos dos años a partir de la aprobación de esta ley”**.

Por ello, deberá la Administración ajustarse a lo establecido en dicho transitorio y no podrá reconocer ningún incremento salarial a los funcionarios en la clase de puesto que actualmente ostentan y cuyas remuneraciones totales mensuales sean iguales o superiores a cuatro millones de colones (¢4.000.000,00), es decir, los que se encuentren en el supuesto consultado. Ahora bien, para estos efectos debe entenderse el concepto de incremento salarial como el aumento de cualquier tipo en el salario total compuesto por *“la suma del salario base e incentivos, dietas, y/o complementos salariales correspondientes, o cualquier otra remuneración independientemente de su denominación”*.

Producto de lo analizado, considera esta Asesoría Jurídica, que dicha definición debe ser entendida de esta manera, por cuanto el Transitorio XXXV no establece taxativamente que el incremento salarial refiera únicamente en términos de costos de vida, por lo cual no podría afirmarse que se trate únicamente de este tipo de incremento, y por ende no es posible, legítimamente, distinguir donde la Ley no lo hace. Además, debe tomarse en cuenta el contexto social y económico en el que la norma fue emitida y debe ser aplicada.

De ahí que, es válido legalmente aseverar que la finalidad del legislador con la emisión de dicho transitorio fue establecer un congelamiento temporal de los salarios de los funcionarios públicos, cuyas remuneraciones totales mensuales sean iguales o superiores a cuatro millones de colones (¢4.000.000,00), con el objetivo de enfrentar la situación fiscal del país; y para ello suspendió temporalmente los efectos de la legislación vigente, durante un lapso de dos años, lo cual significa, que una vez cumplido ese plazo -salvo norma legal que establezca a futuro lo contrario-, la aplicación del Transitorio XXXV debe cesar, porque dada su naturaleza temporal, perderá sus efectos. Es decir, a partir del 4 de diciembre del 2020 los funcionarios cuyos salarios se encuentren congelados, tendrán derecho a que se incorporen a sus salarios los incrementos (tales como los aumentos semestrales de costo de vida, aumentos por antigüedad, carrera profesional, entre otros) dejados de percibir con motivo de la restricción temporal impuesta por la citada norma legal, sin que ello implique un pago retroactivo de esos incrementos dejados de percibir.

Contestes con lo anterior, debe traerse a colación una situación fáctica similar, acaecida con la implementación de la Ley de Contingencia Fiscal, N° 8343 del 18 de diciembre de 2002, en la que la Procuraduría General de la República,

atendiendo consultas planteadas, emitió el Dictamen N° C-350-2003 del 10 de noviembre del 2003 y señaló:

“Con base en lo dicho hasta aquí, se puede afirmar que estamos ante un caso típico de suspensión temporal de la normativa vigente, tal y como se explicó supra. La razón es obvia, debido a que la Ley n.º 8343 tiene un efecto muy particular: suspender los efectos de la legislación vigente durante un lapso de un año. Lo anterior significa, que una vez fenecidos sus efectos, la normativa anterior despliega todos sus efectos.

Esta tesis también se infiere del voto n.º 5374-2003 del Tribunal Constitucional, cuando se indica lo siguiente:

“Es claro que para el legislador, la diferencia entre quienes ven congelados por un año su salario y quienes no lo tendrán congelado, estriba en el hecho de que los primeros tienen asegurado un ingreso mayor que los últimos”.

“Ha de inferir este Tribunal, que para el legislador, quienes mayor ingreso salarial tienen asegurado, ha de tener mayor capacidad económica para sobrellevar el sacrificio temporal que significa no ver aumentado su salario durante un plazo definido, situación exigida por circunstancias de orden extraordinario y de interés nacional”.

“Así, de contenerse el aumento durante un plazo determinado, normalmente se lograría una disminución del gasto público...”.

“La norma en concreto busca alivianar, los compromisos presupuestarios del Estado y sus instituciones, durante un plazo determinado y claramente establecido, de modo que se vean mejoradas sus finanzas, ante la necesidad urgente de aplicar medidas para paliar el déficit público, que ha venido creciendo año con año, de forma exponencial”.

“Resulta razonable que, adoptada la decisión de disminuir el déficit público, el legislador opte por establecer un mecanismo para no ver incrementado el rubro salarial, de modo que congela el incremento salarial por un plazo determinado, a aquellos funcionarios que tienen asegurado un ingreso económico muy superior al salario mínimo de un funcionario público”.

Ahora bien, en este apartado, debe indicarse que a criterio de esta Asesoría Jurídica, los casos de ascensos o cualquier movimiento de personal que implique un salario mayor dentro del Estado, deben analizarse desde otra perspectiva, por cuanto el incremento salarial producto del movimiento citado, no se encuentra vinculado al funcionario público como tal; sino que, se encuentra asociado al pago legalmente establecido y asignado a la clase de puesto en específico; por ello modificar el salario total en estos casos, no implicaría un trasgresión al Transitorio objeto de consulta, dado que la modificación salarial obedece a un aspecto presupuestario previamente determinado para esa clase de puesto dentro de las instituciones cubiertas por el Régimen Estatutario y no, al incremento salarial de un funcionario público en particular. Pese a ello, debe tenerse claro que esto no obsta, para que se aplique la norma de manera indiscriminada, obviando el tope de salario máximo a devengar, establecido en el artículo 42 de la Ley de Salarios de la Administración Pública que cita:

*“Artículo 42- Límite a las remuneraciones totales en la función pública. **La remuneración total de aquellos servidores cuya designación sea por elección popular, así como los jefes, los titulares subordinados y cualquier otro funcionario del ámbito institucional de aplicación, contemplado en el artículo 26 de la presente ley, no podrá superar por mes el equivalente a veinte salarios base mensual de la categoría más baja de la escala de sueldos de la Administración Pública, salvo lo indicado en el artículo 41 sobre la remuneración del presidente. Se excluyen de esta norma los funcionarios de las instituciones y los órganos que operen en competencia, así como los que estén en servicio diplomático en el exterior**”.*⁸

En otras palabras, al presentarse un ascenso o movimiento de personal de un servidor a una clase de puesto, cuya remuneración resulta superior a la que ostenta y la cual ya forma parte de la estructura estatal y presupuestaria; dicho movimiento no contradice lo establecido en el Transitorio de reiterada cita, siempre y cuando la nueva remuneración no sobrepase el tope legalmente establecido en el numeral 42 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, tal como se expuso supra.

Por otro lado, esto no impide que si considera el consultante que el Transitorio XXXV riñe con alguna otra norma de rango igual o superior, o bien que podría

⁸ De conformidad con la Resolución N° DG-144-2019 de las 14:30 horas del 20 de agosto del 2019, emitida por la Dirección General de Servicio Civil, la categoría más baja de la escala de sueldos de la Administración Pública a la fecha de emisión del presente criterio, corresponde a la categoría 1, nivel salarial 1, salario base ₡ 270.750 (doscientos setenta mil setecientos cincuenta colones exactos), aumento anual ₡ 6.877 (seis mil ochocientos setenta y siete colones exactos). Es decir el equivalente a veinte salarios base corresponde a un total de ₡ 5.415.000 (cinco millones cuatrocientos quince mil colones exactos).

eventualmente ocasionar algún tipo de desigualdad en la aplicación del mismo, las personas afectadas puedan activar el mecanismo de control de constitucionalidad respectivo, o acudir a la Sede Jurisdiccional, dado que no le corresponde a esta Dependencia realizar esa función, toda vez que mientras la norma se encuentre vigente dentro del ordenamiento jurídico, ésta resulta de aplicación obligatoria y se mantiene incólume. Tesis jurídica que se sustenta en los criterios vertidos por la Procuraduría General de la República en el dictamen N° C-160-2017, del 6 de julio de 2017, entre otros y que sostienen que:

“...Partiendo de lo anterior, en lo que al proceder de la Administración Pública se refiere, desconocer una norma o estimarla obsoleta o injusta, no es razón suficiente para que el operador jurídico la desatienda. Significa que toda conducta administrativa debe estar amparada en la ley, sin que sea posible –en un principio– ignorar las normas vigentes al conocer de una situación en particular.”

Esto responde al principio de legalidad, que debe ser entendido de la siguiente manera:

“VI- El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración". (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 3410-1992 de las 14:45 horas del 10 de noviembre de 1992).”

Se trata entonces, en palabras de autor Eduardo Ortiz, que el “principio de legalidad impone a la Administración el respeto de ordenamiento jurídico en su totalidad.” (Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Stradtman, 2002, p.76). En este mismo sentido, el autor García de Enterría dispone que la Administración “...está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento, y por lo tanto, también a sus propios Reglamentos.” (García de Enterría, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, décimo tercera edición, Editorial Azanzadi S.A., 2006, p.210).”

Desde esa perspectiva, mientras una norma –sea legal o reglamentaria– se encuentre vigente, es parte del ordenamiento jurídico, y con ello, del bloque de legalidad al cual debe sujetarse toda la actividad administrativa.

Pero además, en lo que al tema de la consulta se refiere, nos permite comprender que las razones para no atender a la práctica del desuso de una ley, se aplican sin miramientos cuando se trata de un reglamento. En ese orden de ideas, el operador jurídico debe actuar sometido al ordenamiento jurídico, lo que implica que deberá acatar los reglamentos vigentes.

Esta Procuraduría General ha sido conteste con ese razonamiento al indicar que la Administración Pública no tiene competencia para desaplicar las normas, sean esas legales o infralegales. (Ver Procuraduría General de la República, dictámenes C-246-1998 del 18 de noviembre de 1998, C-81-2005 del 24 de febrero de 2005, C-372-2007 del 18 de octubre de 2007, C-170-2008 del 20 de mayo de 2008, C-120-2011 del 1° de junio de 2011 y C-126-2011 del 10 de junio de 2011). (El resaltado no corresponde al original)

De manera tal, que no es procedente desaplicar en vía administrativa, normas que gozan de presunción de legitimidad constitucional y en este tanto, las autoridades administrativas deben aplicarlas.

Asimismo debe señalarse, que en el caso de que se hayan efectuado pagos, sin considerar la normativa vigente, las sumas que hayan sido pagadas de más deberán ser recuperadas, según lo establecido en el Decreto Ejecutivo N° 34574-H del 14 de mayo de 2008 “Reglamento general para el control y recuperación de acreditaciones que no corresponden”.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, esta Asesoría Jurídica concluye que:

1. Una disposición transitoria puede regular un supuesto autónomo y nuevo, aún y cuando ello no se encuentre normado en una ley anterior o en una ley nueva, sin que ello implique un conflicto de normas.
2. En términos generales y sin excepciones **“los salarios de los funcionarios públicos, cuyas remuneraciones totales mensuales sean iguales o superiores a cuatro millones de colones (¢4.000.000,00), no serán susceptibles de incrementos salariales durante los próximos dos años a partir de la aprobación de esta ley”**, por ello deberá la Administración ajustarse a lo establecido en el Transitorio XXXV y no podrá reconocer ningún incremento

salarial a los funcionarios en la clase de puesto que actualmente ostentan y cuyas remuneraciones totales mensuales sean iguales o superiores a cuatro millones de colones (¢4.000.000,00).

3. Debe entenderse el concepto de incremento salarial como el aumento de cualquier tipo en el salario total compuesto por *“la suma del salario base e incentivos, dietas, y/o complementos salariales correspondientes, o cualquier otra remuneración independientemente de su denominación”*.
4. A partir del 4 de diciembre del 2020- siempre y cuando no se emita norma que establezca lo contrario- los funcionarios cuyos salarios se encuentren congelados, tendrán derecho a que se incorporen a sus salarios los incrementos (tales como los aumentos semestrales de costo de vida, aumentos por antigüedad, carrera profesional, entre otros) dejados de percibir con motivo de la restricción temporal impuesta por la citada norma legal, sin que ello implique un pago retroactivo de esos incrementos dejados de percibir.
5. Ante el supuesto que se presente un ascenso o movimiento de personal de un servidor a una clase de puesto, cuya remuneración resulte superior a la que ostenta y la cual ya forma parte de la estructura estatal y presupuestaria; dicho movimiento no contradice lo establecido en el Transitorio XXXV, siempre y cuando la nueva remuneración no sobrepase el tope legalmente establecido en el numeral 42 de la Ley de Salarios de la Administración Pública.
6. En el caso de que se hayan efectuado pagos, sin considerar la normativa vigente en cuanto al congelamiento temporal de salarios, las sumas pagadas de más deberán ser recuperadas, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ejecutivo N° 34574-H, del 14 de mayo de 2008 *“Reglamento general para el control y recuperación de acreditaciones que no corresponden”*.

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

ASESORÍA JURÍDICA

Irma Velásquez Yánez
DIRECTORA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

RECURSOS DE AMPARO FALLADOS EN EL SEGUNDO SEMESTRE DEL AÑO DOS MIL DIECINUEVE

RESULTADO Y ACTOR	ASUNTO	POSICIÓN DE LA SALA
SIN LUGAR		
<p>SIN LUGAR Exp. 19-006726-0007-CO AJ-OF-353-2019 Jackeline Y. Delgado Rodríguez José F. Jiménez Arroyo Byron J. Montero Salas Jason A. Ríos Alfaro Raquel M. Solano Araya Kalman S. Vega Sánchez y Yeiner J. Viales Valerín</p>	<p>Alegan los recurrentes que se encuentran laborando en forma interina en el Ministerio de Hacienda y que se lesionan sus derechos por cuanto no se les ha permitido ingresar al concurso interno necesario para estar elegibles y poder participar en los nombramientos de los puestos que ocupan interinamente o bien, para ser ascendidos interinamente. Señalan que el Ministerio de Hacienda, en los avisos para ocupar puestos vacantes, indican que solo pueden participar personas que cumplan con los requisitos de ascenso o traslado en propiedad, lo que no cumplen y por ende, no pueden participar en igualdad de condiciones. Sostienen que, el no permitir la selección de un interino participante para ocupar puesto vacante de un puesto de mayor categoría, es una contradicción y una flagrante violación al derecho al trabajo, que también se opone a la</p>	<p>En primer lugar, porque según se ha informado bajo juramento a la Sala, al momento en que se realizó ese concurso en el Ministerio de Hacienda, los recurrentes todavía no habían ingresado a laborar interinamente en esa Cartera en los puestos que ocupan actualmente y, por ende, no pueden pretender que ahora, de manera extraordinaria, se les permita ingresar si ya pasó el plazo para presentar las solicitudes y manifestar el interés de participar...”</p> <p>En segundo lugar, obsérvese que no es cierto que no puedan participar en igualdad de condiciones para optar por un puesto interino o en propiedad en el Ministerio de Hacienda pues, si bien es cierto, en esa Cartera no hay en este momento ningún concurso interno abierto en el que puedan participar de acuerdo a sus condiciones particulares, también es lo cierto que ello no es</p>

	<p>carrera administrativa.</p>	<p>así en la Dirección General de Servicio Civil, toda vez que, bajo juramento se ha afirmado, que el Área de Reclutamiento y Selección de Personal de la Dirección General de Servicio Civil, instauró el proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente para aquellas personas interesadas en ofrecer sus servicios a las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil.</p> <p>En tercer lugar, tampoco sería cierto que los recurrentes no van a poder estar en un registro de elegibles como lo pretenden hacer creer pues, es más que evidente que, una vez que terminen con ese proceso de reclutamiento en el Servicio Civil, hayan realizado las pruebas respectivas y logren estar en condición de elegibles al cumplir los requisitos, bien podrían participar en cualquier nuevo concurso que se abra en alguna institución cubierta por el Régimen de Servicio Civil.</p> <p>Los Magistrados determinaron lo</p>
--	--------------------------------	---

		<p>siguiente: no llevan razón los recurrentes en su reclamo y, por ende, no se ha dado ninguna vulneración de sus derechos fundamentales en los términos en que lo alegan en el memorial de interposición del amparo, por lo que el amparo es improcedente y así se declara.</p>
<p>SIN LUGAR Exp. 19-011687-0007-CO AJ-OF-381-20199 Kimberly Tatiana Murillo Salas</p>	<p>La recurrente, quien labora para el Ministerio de Educación Pública desempeñando funciones en la Escuela de Excelencia Domingo González Pérez, alega que la demora de la Dirección General de Servicio Civil en realizarle las pruebas de idoneidad para lograr el ingreso al Registro de Elegibles y hacer efectivo su derecho en los puestos que concursó, le está afectando, pues ha tenido que rechazar nombramientos por no estar incluida en ese registro.</p>	<p>Los Magistrados determinaron lo siguiente: La Sala estima que del informe rendido por el Director General del Servicio Civil, bajo juramento, se tiene que efectivamente, la recurrente registró su oferta de servicios e ingresó clases y especialidades los días: 21 de noviembre de 2017, 16 de mayo de 2018 y el 12 de marzo de 2019. Por ello, para el Reclutamiento Abierto y Permanente que tiene habilitado la Dirección General de Servicio Civil, se encuentra inscrita y en espera de que su oferta de servicios sea revisada para poder convocarla a realizar las pruebas respectivas. Siendo que en ese proceso, actualmente se están analizando de manera cronológica las</p>

		<p>ofertas de servicio en digital registradas en los tres primeros meses, a saber: noviembre y diciembre del año 2017 y enero del año 2018. En consecuencia, no se le ha negado el libre acceso a cargos en la Administración Pública, ya que está participando en igualdad de condiciones con otras personas oferentes. Aunado a que el recurrido ha aclarado que la permanencia de los oferentes en los Registros de Elegibles no garantiza su postulación en una nómina de elegibles, la cual se conforma con las personas oferentes que se encuentren en las primeras posiciones en el Registro de Elegibles, y el acto de nombramiento de un oferente que se encuentra dentro de ese Registro, corresponde en forma exclusiva y excluyente al Ministro del ramo o la autoridad que éste delegue dentro de la Institución.</p>
<p>SIN LUGAR Exp. 19-011257-0007-CO AJ-OF-396-2019 Luis Guillermo Valverde Tenorio</p>	<p>El recurrente considera lesionados sus derechos fundamentales debido a que la respuesta brindada a su gestión de 04 de junio de 2019, está incompleta.</p>	<p>Los Magistrados determinaron lo siguiente:</p> <p>Sobre las actuaciones de la Dirección General de Servicio Civil. De la</p>

		<p>relación de hechos probados se desprende que, aunque las direcciones electrónicas a las que el tutelado remitió su petición el 04 de junio de 2019, no son mecanismos oficiales de comunicación de la Dirección General de Servicio Civil con los administrados, la Encargada de Prensa y Comunicación Institucional de esa Dirección General de Servicio Civil respondió la gestión del recurrente.</p> <p>Corolario. Visto que la pretensión del recurrente se vio satisfecha sin la intervención de este Tribunal, se impone desestimar el recurso en todos sus extremos.</p> <p>Razones distintas del Magistrado Castillo Víquez. Si bien concuerdo con la mayoría de la Sala, en desestimar el presente recurso de amparo, lo cierto es que considero que los derechos de la parte tutelada no fueron lesionados, por cuanto del estudio de los autos se desprende que el correo electrónico al cual se remitió su gestión, no está previsto como mecanismo oficial de</p>
--	--	--

		<p>comunicación. Tal y como se indica en la sentencia, el correo electrónico al cual la parte amparada remitió la solicitud de información, no está previsto como mecanismo oficial de comunicación de la Dirección General de Servicio Civil. Estimo que el reclamo resulta improcedente, con independencia de si le contestaron o no al recurrente, pues se denota que el correo electrónico al que el interesado remitió su petición, no constituye un medio oficial para la recepción de tales gestiones.</p>
<p>SIN LUGAR Exp. 19-013130-0007-CO AJ-OF-428-2019 Yajandri de los Ángeles Montero Delgado</p>	<p>La recurrente indica que ha venido laborando, de forma interina, para el Ministerio de Educación Pública, desde el mes de noviembre de 2017. Alega que desde ese año participó en el proceso de reclutamiento abierto por la Dirección General de Servicio Civil, pero a la fecha no ha sido convocada para realizar las pruebas correspondientes. Acusa que, en virtud de lo anterior, existe el riesgo de que no se le realicen</p>	<p>Sobre el caso concreto. En consonancia con el precedente parcialmente transcrito, la amparada debe someterse al procedimiento de reclutamiento pertinente y ajustarse –en igualdad de condiciones que los demás oferentes- a las distintas etapas del mismo, conforme al respectivo cronograma. Además, no corresponde a esta Sala determinar si procede o no la realización de las pruebas de idoneidad pretendidas por la</p>

	<p>nuevos nombramientos por no integrar el registro de elegibles, conforme lo dispuesto en la Circular No. DG-012-2014. Solicita que se le ordene a la Dirección General de Servicio Civil que le realice las respectivas pruebas de idoneidad.</p>	<p>recurrente, previa comprobación de los requisitos legales y reglamentarios del caso, pues este es un tema que debe ser discutido en la vía de legalidad. Máxime en el sub judice, en que la autoridad recurrida informa que la recurrente, en su momento, no completó totalmente su oferta de servicios, sea, no ingresó los datos requeridos para que su oferta de servicios pudiera ser validada. En cuyo caso, cualquier disconformidad de la recurrente con respecto a tal extremo debe dilucidarse ante la propia autoridad recurrida.</p>
<p>SIN LUGAR Exp. 19-017179-0007-CO AJ-OF-544-2019 Michael Esteban Rojas Vargas</p>	<p>El recurrente alega que, a pesar de su inscripción en enero de 2018 en la página web del Servicio Civil, todavía no ha sido llamado para que se le efectúen las pruebas respectivas. Acusa que se le impidió participar en un concurso interno del IAFA. Señala que se trasladaron dos plazas del IAFA a otras instituciones y no fueron puestas a concurso.</p>	<p>Después de analizar los elementos probatorios aportados éste Tribunal descarta la lesión a los derechos fundamentales de la recurrente. De la prueba que consta en autos la Sala tiene por acreditado que el 21 de noviembre de 2017, KAREN RODRÍGUEZ CASTILLO, se reclutó en el proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente en digital de la Dirección de Servicio Civil, en la cual especificó que desea participar en el puesto de Oficinista de Servicio</p>

		<p>Civil 1, en labores de oficina varias. El proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente, se encuentra en la etapa de reclutamiento digital. Una vez completada esta fase, se estará dando una convocatoria para cumplir con el proceso de aportación de documentos por parte de los interesados, y su confrontación con los documentos originales y títulos académicos. Una vez verificados los datos de la oferente para comprobar si cumple con los requisitos del Manual de Clases de Puesto, se continúa con la etapa o fase de las pruebas de idoneidad. Por ello, a la tutelada no se le ha negado el libre acceso a cargos en la Administración Pública, sino que el proceso se encuentra en una etapa inicial, propiamente en el reclutamiento digital. Por otra parte, determinar si procede o no la realización de las pruebas de idoneidad, previa comprobación de los requisitos legales y reglamentarios del caso, es un tema que debe ser discutido en la vía de legalidad en razón de su competencia.</p>
SIN LUGAR	La recurrente manifiesta	Vistos los alegatos de la

<p>Exp. 19-018419-0007-CO AJ-OF-558-2019 María José Castillo Phillips</p>	<p>que labora como Trabajadora Social desde febrero de 2019 en la Escuela San Felipe de Alajuelita, siendo que actualmente no puede ser nombrada o prorrogada en cualquier plaza vacante debido a que la apertura de concursos se encuentra suspendida desde el año 2011, y el Ministerio de Educación Pública no ha anunciado concursos internos para ella poder participar. Por otro lado, señala que, el 21 de junio de 2019 solicitó ante la Dirección General de Servicio Civil la aplicación de las pruebas de idoneidad, y por oficio ARSP-UAC-401-2019 se le indicó que de la Unidad de Sistematización y Estandarización para la Evaluación de la idoneidad, se comunicarían con su persona.</p>	<p>recurrente, la Sala constata que la misma no ha gestionado ante la dirección recurrida la realización de las pruebas para ingresar al registro de elegibles ni ha indicado la categoría de puesto a la que aspira, por lo que las inquietudes que plantea la recurrente en el amparo, deberán ser dilucidadas en la institución accionada a través de los mecanismos establecidos para ello, o bien, en la jurisdicción ordinaria competente; sedes en las cuales podrá, en forma amplia, discutir el fondo del asunto y hacer valer sus pretensiones. Así las cosas, el presente recurso es inadmisibles y procede su rechazo de plano.”.</p>
<p>SIN LUGAR 19-017856-0007-CO AJ-OF-576-2019 Dahianna José Picado Vásquez</p>	<p>Reclama la recurrente que el 17 de junio del 2019 solicitó a la recurrida se le indicara “(...) cuáles son los criterios técnicos y jurídicos por los cuales no se me ha considerado para un nombramiento en propiedad en el puesto</p>	<p>“SOBRE EL CASO CONCRETO. la Sala considera que se debe declarar sin lugar el recurso de amparo por lo siguiente: Como puede constatarse se desprende que la gestión planteada por la tutelada ante ese Ministerio de Educación Pública, y</p>

	<p>que ejerzo (...)" Sin embargo, a la fecha no se le ha respondido la solicitud. Estima que le han violado sus derechos fundamentales.</p>	<p>reiterado ante la Dirección General de Servicio Civil, fue referida a la Dirección del Área de Carrera Docente de la Dirección General del Servicio Civil para su debida tramitación, por el oficio número DRH-DGPTS-681- 2019, suscrito por la Jefa de la Plataforma de Servicios del Ministerio de Educación Pública. En su informe, el Director General de Servicio Civil, añade que además de haber recibido la gestión enviada para su tramitación por parte del Ministerio de Educación Pública, la propia amparada presentó una solicitud con idéntica pretensión ante el Área de Carrera Docente de esta Dirección General. En atención a lo pedido, fue respondida, a través del oficio N° ACDUACD-OF-1001-2019 del 19 de junio del 2019, mediante el cual se mencionaron y aclararon las justificaciones objetivas, por las cuales la amparada no fue nombrada en propiedad en el concurso para puestos propiamente docentes N° PD-01-2017. estudia, se observa falta de los requisitos esenciales de</p>
--	---	--

		<p>admisibilidad, cual es el plazo en el que debió realizarse la acción recursiva, pues de la simple lectura de la fecha en que presenta su solicitud y el tiempo que da la ley, se ve claramente una disonancia que trasciende y supera el lapso en el que el derecho de accionar contra su petición podía ejercerse.</p>
<p>SIN LUGAR 19-017471-0007-CO AJ-OF-577-2019 Paola Ureña Pinto</p>	<p>La recurrente alega que, a pesar de su inscripción en febrero de 2018 en la página web del Servicio Civil, todavía no ha sido llamada para que se le efectúen las pruebas respectivas. Acusa que en virtud de esta situación se le impedirá participar en un concurso del FONABE que estará disponible a partir del 1° de noviembre. Solicita que se ordene a la autoridad recurrida a convocarla para participar en las pruebas respectivas antes de la fecha de inicio del concurso en cuestión.</p>	<p>VI.- CASO CONCRETO: Después de analizar los elementos probatorios aportados éste Tribunal descarta la lesión a los derechos fundamentales de la recurrente. De la prueba que consta en autos la Sala tiene por acreditado que el 21 de noviembre de 2017, Karen Rodríguez Castillo, se reclutó en el proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente en digital de la Dirección de Servicio Civil, en la cual especificó que desea participar en el puesto de Oficinista de Servicio Civil 1, en labores de Oficina Varias. El proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente, se encuentra en la etapa de reclutamiento digital. Una vez completada esta</p>

		<p>fase, se estará dando una convocatoria para cumplir con el proceso de aportación de documentos por parte de los interesados, y su confrontación con los documentos originales y títulos académicos. Una vez verificados los datos de la oferente para comprobar si cumple con los requisitos del Manual de Clases de Puesto, se continúa con la etapa o fase de las pruebas de idoneidad. De lo expuesto, la Sala rechaza que las autoridades recurridas hayan lesionado los derechos fundamentales de la amparada. Vemos que la accionante está participando en igualdad de condiciones con otros oferentes en el proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente de la Dirección de Servicio Civil, en el puesto de su interés, sea como Oficinista de Servicio Civil 1, en labores de oficina varias.</p>
<p>SIN LUGAR 19-019507-0007-CO AJ-OF-584-2019 Elizabeth de Los Ángeles Mora Bolaños</p>	<p>La recurrente alega que, el 19 de enero de 2018, presentó su oferta laboral a través de la página web de la recurrida, con indicación expresa de las plazas de su interés; lo anterior, de acuerdo con sus</p>	<p>Después de analizar los elementos probatorios aportados éste Tribunal descarta la lesión a los derechos fundamentales de la recurrente. De la prueba que consta en autos la Sala tiene por acreditado que el 21 de</p>

	<p>atestados académicos y experiencia. Acusa, que más de año y medio después, continúa esperando ser convocada para continuar el proceso de selección. Estima, que dicha dilación vulnera sus derechos fundamentales. Solicita se declare con lugar el recurso, con las consecuencias legales que esto implique.</p>	<p>noviembre de 2017, KAREN RODRÍGUEZ CASTILLO, se reclutó en el proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente en digital de la Dirección de Servicio Civil, en la cual especificó que desea participar en el puesto de Oficinista de Servicio Civil 1, en labores de oficina varias. El proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente, se encuentra en la etapa de reclutamiento digital. Una vez completada esta fase, se estará dando una convocatoria para cumplir con el proceso de aportación de documentos por parte de los interesados, y su confrontación con los documentos originales y títulos académicos. Una vez verificados los datos de la oferente para comprobar si cumple con los requisitos del Manual de Clases de Puesto, se continúa con la etapa o fase de las pruebas de idoneidad. De lo expuesto, la Sala rechaza que las autoridades recurridas hayan lesionado los derechos fundamentales de la amparada.”</p>
--	--	---

RESULTADO Y ACTOR	ASUNTO	POSICIÓN DE LA SALA
CON LUGAR		
<p>CON LUGAR AJ-OF-323-2019</p> <p>Rosibel de los Ángeles Jiménez Díaz</p>	<p>La recurrente reclama la vulneración a sus derechos fundamentales, pues acusa que trabaja para el Ministerio de Educación Pública, como docente de Turismo Hotelero en el Colegio de Orientación Tecnológica Barbacoas de Puriscal, con 36 lecciones. No obstante, la institución accionada, solamente le está pagando el equivalente a 4 lecciones de Turismo Rural. Esto se da, a pesar de que ha cumplido las funciones asignadas. Alega que la falta de pago del resto de lecciones le impide cubrir sus necesidades básicas y las de su familia.</p>	<p>Después de haber analizado el informe y las pruebas aportadas por las partes, esta Sala verifica la vulneración a los derechos fundamentales de la recurrente, el cual por un tema presupuestario no ha podido ser tramitado en el Sistema Integra-2, al requerirse la apertura del parámetro de retroactividad en el citado sistema para liberar lecciones y poder tramitar la acción de personal con carácter retroactivo a la recurrente. Es decir, adviértase que la falta de pago del salario completo a favor de la recurrente se da a propósito de temas de índole administrativo, lo cual no puede ser imputado a la parte demandante, en el tanto –al ser un hecho no controvertido- la funcionaria ha venido laborando sin la respectiva contraprestación que por derecho así le corresponde.</p> <p>Sobre la condenatoria en</p>

		<p>costas, daños y perjuicios en el caso concreto, sea la omisión de pago del salario o de las prestaciones que por derecho le corresponda a la persona interesada- sí procede la plena aplicación de la estimatoria del recurso de amparo, incluso con la correspondiente condena en costas, daños y perjuicios, por cuanto dicha condenatoria se erige en garantía de que lo adeudado podrá ser honrado por la administración –de oficio o a gestión de parte- con la debida actualización o indexación que corresponda fijar en el ámbito de la legalidad ordinaria, en el correspondiente proceso de ejecución de la sentencia constitucional estimatoria. Es por esta razón, que en el caso bajo estudio sí resulta procedente la condenatoria en costas, daños y perjuicios.</p>
<p>CON LUGAR Oficio AJ-OF-530-20199 Exp. 19-010628-0007-CO María Luisa Vega Marín</p>	<p>La recurrente aseguró que las autoridades del Ministerio de Educación Pública no han asignado un docente para que imparta lecciones en la Escuela Las Tumbas de Barú de Pérez Zeledón, en la modalidad de</p>	<p>Se declara con lugar el recurso. Se le ordena a Yaxinia Díaz Mendoza, Directora de Recursos Humanos, a Geovanny Soto Solórzano, Director Regional de Educación de Pérez Zeledón, a Minor Arias Morera,</p>

	<p>Educación Abierta para adultos (I y II ciclos). Reclamó que se lesiona su derecho de educación.</p>	<p>Director de la Escuela Las Tumbas de Barú de Pérez Zeledón, todos del Ministerio de Educación Pública, y a Alfredo Hasbun Camacho, Director General del Servicio Civil, o a quienes en sus lugares ocupen esos cargos, que DE INMEDIATO gestionen lo necesario y coordinen con las dependencias competentes (entre ellas, los Departamentos de Formulación Presupuestaria, Planificación Institucional, ambos del Ministerio de Educación Pública y la Dirección General del Servicio Civil), a efectos de que, a la brevedad posible, se nombre al o la docente que corresponda y se ejecute el proyecto de Educación Abierta para Adultos (I y II ciclos), en Escuela Las Tumbas de Barú de Pérez Zeledón. Además, deberán girar las órdenes y directrices necesarias así como organizar y coordinar lo pertinente, para que los estudiantes de dicho proyecto puedan ponerse al día con el programa curricular, pese al inicio retardado, en su caso, del ciclo lectivo 2019.</p>
--	--	--

<p>Parcialmente con lugar Oficio AJ-OF-444-2019 Exp. 19-011334-0007-CO Ana Erika Sánchez Madrigal y otros</p>	<p>No obstante lo anterior, recientemente se les informó que a partir de 7 de junio de este mismo año, sus hijos no van a continuar recibiendo sus clases de inglés debido a que el Departamento de Asignaciones del Recurso Humano del Ministerio de Educación Pública no logra tramitar la ampliación de la jornada laboral en materias complementarias para educación preescolar en inglés, ya que no tiene los lineamientos técnicos para tramitarle al profesor la ampliación de la jornada. Lo anterior, pese a que el Ministerio debió tener por acreditado que la escuela había certificado en tiempo y forma que Luis Roberto Ureña Díaz estaba impartiendo el recargo. Señalan que el actuar reclamado, vulnera los derechos fundamentales de los menores amparados.</p>	<p>Debe tenerse presente que la obligación del Ministerio de Educación, es asegurar la continuidad del servicio público a la educación, así que, los nombramientos necesarios para ello deben realizarse con la oportunidad debida, lo que se echa de menos en el presente caso, por lo que se comprueba la violación al derecho a la educación. Ante este panorama, la Sala considera necesario declarar con lugar el recurso, en primer lugar, por el retraso mencionado, y en segundo lugar porque a la fecha, aún está pendiente el nombramiento del docente del idioma Inglés en el centro educativo referido. Bajo esa tesitura, lo pertinente es acoger este asunto, a efecto de ordenar el nombramiento de dicho docente en el Centro Educativo Escuela Ciudadela Fátima, como se indicará en la parte dispositiva de esta sentencia. No obstante, el amparo debe ser desestimado contra la Dirección General del Servicio Civil, toda vez que antes de la</p>
--	--	---

		<p>notificación de la resolución que dio curso al presente amparo -el 5 de agosto del 2019-, ya se había comunicado a la Directora de Recursos Humanos del MEP, y a un Asesor del Despacho Ministerial, la Resolución DG-140-2019 de fecha 29 de julio del 2019, mediante la cual se autoriza que a los Profesores de Idioma Extranjero (I y II Ciclos) se les pueda asignar lecciones en el Nivel Preescolar, Ciclo Transitorio”.</p>
--	--	--