JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

SEGUNDO SEMESTRE 2007

CONSULTA	***OFICIO AJ-***	***PÁGINA***
ACTO ADMINISTRATIVO		
Nulidades, derecho adquirido, caducidad	529	9
ACTUACIONES DE ORH		
Art. 25 RESC y conceptos mero trámite**,** competencia, atribución y delegación.	419	20
Facultación o delegación a ORH, y su responsabilidad.	452	41
Nombramientos y su validez	603	50
AGUINALDO Y SALARIO ESCOLAR		
Conformación	424 462	56 64
ASIGNACIÓN DE PUESTO DE CONFIANZA	539	78
AUMENTOS ANUALES		
Reconocimiento de tiempo servido en **CONARE**, e **IICA** (Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura).	413	85

CENAT (Centro Nacional de Alta Tecnología) y **CONARE** (Consejo Nacional de Rectores).	441	91
Normativa que regula el reconocimiento	442 447	93 95
CATIE (Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza)	453	102
CORREOS DE COSTA RICA, reconsidera oficio AJ-627-06 y cualquier otro que se oponga. Se reconoce años servidos.	522	109
CAMBIO DE FUNCIONES		
Funciones diferentes responsabilidades	407	122
Reasignación y cambio de funciones, interpone recurso de amparo y acto de administración	487	124
CAPACITACIÓN – LICENCIAS PARA ESTUDIO		
Gastos de maestría	544	126
Tiempo que debe retribuir al suscribir contrato de estudio.	631	131
CARRERA PROFESIONAL		
En factor Publicaciones. A un interino Licenciatura adicional y pago retroactivo A los Auxiliares administrativos docentes Ajuste de puntos por calificación inferior a bueno	414 423 560 595 646	138 143 147 155 166
CERTIFICACIÓN DE EXPEDIENTE Y LAS		

SANCIONES	581	173
COLEGIOS PROFESIONALES Incorporación	473	177
CONFORMACIÓN DEL FONDO DE FORMACIÓN PERMANENTE DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS	655	188
CONTINUIDAD LABORAL De un interino	691	191
DEDICACIÓN EXCLUSIVA Labores Docentes y limitación de tiempo. Capacitación en instituciones privadas (sociedades, asociaciones, fundaciones, otras). Renuncia a la dedicación exclusiva.	477 542 631	195 200 210
EJERCICIO DE LA DOCENCIA	609	218
ESTUDIO DE VIDA Y COSTUMBRES Mal llamado estudio de preingreso	579	222
FASE TERMINAL Beneficios que otorga la Ley y su modificación	684	231
INCAPACIDADES Incompetencia para contestar	443 479	237 239

Interpretación de Art. 34 RESC	540 557	241 242
INDEMNIZACIONES Y REGLAMENTO AUTÓNOMO - ENTE ADSCRITO	647	248
INGRESO AL REGIMEN		
Aplicación Art. 11 RESC (cómputo de los dos años)	648	255
Aplicación Art. 11RESC, proviniendo de un puesto de confianza	425	265
Puestos de Servicio Fotosanitario del Estado (SFE o FIDEICOMISO)	448 552	271 276
Requisito de incorporación a colegio profesional.	555	290
Aplicación Art. 11 cumplimiento de los dos años	587	293
Aplicación Art. 14 RESC cumplimiento de plazo de diez años	615	295
Aplicación Art. 11 RESC, ascenso interinos fuera del régimen	664	310
Puestos de FONABE	674	322
LICENCIA		
Art. 24 RESC, período de prueba	434 531	328 330
MOVIMIENTO DE PERSONAL		

Traslado - Reubicación Art. 112 RESC Traslado - Reubicación art. 22bis RESC y permiso sin goce de salario. Traslado horizontal y Art. 22 bis RESC Traslado y la aplicación de Art. 24 RESC Traslado-reubicación Art. 22 bis RESC y el riesgo del trabajo.	401 403 538 561 591	333 335 338 341 345
NATURALEZA JURÍDICA FIDAGRO y puestos del Régimen de Servicio Civil	 440	 358
NOMBRAMIENTO DEL DIRECTOR DE RECURSOS HUMANOS	521	365
PARENTESCO Incompatibilidad y postulante en nombramiento Impedimento legal para que hermanos trabajar juntos en un mismo lugar.	 435 624	 367 371
PARTICIPACIÓN DE UN INTERINO EN CONCURSO EXTERNO.	651	375
PEDIMENTO DE PERSONAL Concurso interno versus Concurso externo	 559	 378
PROFESIONALES EN ENFERMERÍA Aplicación del Estatuto de Servicio Civil	 565	 382
PROHIBICIÓN		

Nivel académico y requisito	421	385
Ejercicio liberal y licencia sin goce de salario	429	393
Limitaciones para el ejercicio profesional y la pertenencia a una Sociedad Anónima.	455	398
Media un traslado o reubicación.	467 602	402 405
A profesionales en Derecho	468	409
Brindar capacitación en instituciones privadas (sociedades, asociaciones, fundaciones entre otras).	542	419
A funcionarios de la DGSC y la incompatibilidad para participar de la Junta Administrativa de FUSIDERHE	593	429
REASIGNACIÓN TEMPORAL		
Art. 112 RESC y su aplicación a plaza vacante	410	436
Art. 112 RESC aplicado a funcionario prestado a entidad privada **FITTACORI**(Fundación para el Fomento y Promoción de la Investigación y Transferencia de Tecnología Agropecuaria)	546	440
REASIGNACIONES		
Plazo para efectuar reasignaciones Estabilidad impropia del interino para interponer revocatoria	583 645	449 453

RECARGO DE FUNCIONES En puesto de confianza	486	457
RECURSOS Para el agotamiento de la vía administrativa.	669	462
REGISTRO DE FIRMAS PARA VISADO DE GASTOS.	649	465
REINGRESO Aplicación Art.14 RESC a un docente Pago de prestaciones Aplicación Art.14 mediando causal de despido	405 415 451 533 556	469 474 478 482 487
REUBICACIÓN POR ENFERMEDAD	671	490
SANCIONES DISCIPLINARIAS Sanción impuestas por Ministerio diferente que abre Órgano Director	428	497
SUMINISTRO DE HERRAMIENTAS Para el cumplimiento de las tareas	643	502
TRASLADO HORIZONTAL- MUNICIPALIDADES Permiso, reconocimiento años de servicios,	594	505

carrera profesional, dedicación exclusiva o prohibición.		
VACACIONES Cómputo ante permiso sin goce de salario Aprobación por Sistema INTEGRA (individuales y colectivas) Calculo mediando permiso o licencia sin goce de salario	541 604 675 676	513 519 522 530
VEHÍCULO OFICIAL Uso discrecional	562	536

COMUNICACIÓN DE SENTENCIA		
Recurso de Amparo medió reasignación y no se le permitió consolidar la reasignación.	427 487	547 552
Resuelve aclaración y adición a Voto 2006-16793 comunicado por AJ-359-07.	481	554
Comunica presentación de Acción de Inconstitucionalidad del Art. 5 de Ley de Salarios de la Administración Pública (tope de los treinta años de servicios)	607	556

AJ-529-2007
06 de setiembre de 2007

Máster
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General
Dirección General de Servicio Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a emitir criterio respecto a qué remedio legal cabe frente a un acto administrativo que crea un *plus* (sobresueldo) salarial, cuando se ha determinado que dicho acto es absolutamente nulo, y han pasado más de cuatro años de haberse dictado, tomando además en cuenta que, las circunstancias de hecho que sirvieron de fundamento para dicho acto se encuentran actualmente superadas.

Asimismo, se cuestiona sobre cuál sería el procedimiento a seguir, y si con esta actuación se verían afectados de alguna manera, los derechos adquiridos de los funcionarios a los cuales se les viene reconociendo dicho sobresueldo.

En primer lugar, debe analizarse de manera sucinta el tema de la nulidad del acto, ya que del tipo de nulidad que se trate dependerá el proceso que se siga. A grandes rasgos la ley, doctrina y la jurisprudencia han sido constantes en señalar que existen tres tipos de nulidad del acto administrativo, a saber:

- ✓ Nulidad Relativa;
- ✓ Nulidad Absoluta;
- ✓ Nulidad Absoluta, Evidente y Manifiesta.

La nulidad relativa se produce cuando uno, o varios de sus elementos constitutivos es imperfecto, mientras que la nulidad absoluta se da cuando falten totalmente uno o varios de dichos elementos, real o jurídicamente hablando (artículos 165 y 166 de la Ley General de la Administración Pública Nº 6227 de 2 de mayo de 1978). Así, mientras en la nulidad relativa el acto se presume legítimo, mientras no se declare lo contrario, pudiendo producir efectos jurídicos, el acto absolutamente nulo, ni se puede presumir válido, legal o legítimo, ni puede producir efectos jurídicos.

Ahora bien, de la nulidad absoluta se ha derivado un tipo especial, que goza de características muy propias: la nulidad absoluta evidente y manifiesta, la cual ha sido definida y estudiada por la Procuraduría General de la República en innumerables ocasiones, de las cuales, para los fines de este estudio, puede resaltarse lo indicado en su Dictamen C-116-97, cuando señaló que:

"...Lo anterior nos induce a pensar que, para efectos de la declaratoria de las nulidades, dentro de nuestro derecho podemos distinguir tres categorías de nulidades, que son: la nulidad relativa, la nulidad absoluta, y la nulidad absoluta evidente y manifiesta. La última categoría es la nulidad de fácil captación y para hacer la diferencia con las restantes tenemos que decir, que no puede hablarse de nulidad absoluta evidente y manifiesta cuando se halla muy lejos de saltar a la vista de su comprobación, comprobación cuya evidencia y facilidad constituyen el supuesto sustancial e indeclinable que sirve de soporte fundamental a lo que, dentro de nuestro derecho, podemos denominar la máxima categoría ambulatoria de los actos administrativos..."

Ahora bien, tal y como se determinó al inicio de este oficio, si bien el acto administrativo que otorgó el *plus* salarial se encuentra viciado de nulidad absoluta, hay que determinar a ciencia cierta ante qué tipo de nulidad nos encontramos, pues de ello dependerá el proceso a seguir, pues de ser nulidad absoluta evidente y manifiesta,

se podrá declarar de esta manera en vía administrativa en los términos expuestos en el artículo 173 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública, mas si dicha nulidad no resulta ser evidente ni manifiesta, se tendrá que acudir al ordinario de lesividad para que en vía jurisdiccional el juez respectivo declare la nulidad de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, N° 3667, de 12 de marzo de 1966.

Este sistema se orquestó de esta manera, para garantizar que la Administración tuviera límites a la hora de anular sus propios actos, pues de lo contrario podría aducirse que cualquier acto por solo ser absolutamente nulo puede ser anulado en vía administrativa, lo cual desvirtuaría el principio de la intangibilidad de los actos propios *("venire contra factum propium"),* que ata a la Administración. Dicha conjetura se reafirma en lo expuesto por la Procuraduría General de la República en su Dictamen Nº C-080-94 el cual expuso que:

"El proceso de lesividad constituye una garantía para los administrados, en cuya virtud debe entenderse proscrita la posibilidad de que la Administración declare, en vía administrativa, la nulidad de actos suyos creadores de derechos subjetivos favorables a aquéllos (sic). Para el logro de tal finalidad debe, más bien, demandar la anulación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, debiendo -a tales efectos- haber declarado previamente que el acto es lesivo a los intereses públicos, económicos o de otra naturaleza (artículos 10.4 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Empero, dicha regla conoce una excepción, establecida en el numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública. A su tenor, queda la Administración autorizada a declarar, en la vía administrativa y sin necesidad de recurrir al contencioso de lesividad, la nulidad de un acto declaratorio de derechos, cuando la misma, además de ser absoluta, sea evidente y manifiesta. Aún así y también en garantía del administrado, en el procedimiento respectivo subsiste la intervención de un órgano ajeno al autor del acto en cuestión: la Procuraduría General de la República. Su actuación en estas hipótesis, se plasma mediante la emisión de un dictamen vinculante, que reviste la naturaleza de un acto de control preventivo de legalidad; lo anterior, en el

tanto que dicho dictamen, que ha de rendirse antes de dictar el acto final del procedimiento, debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la Administración, en el sentido de acreditar que en la especie los vicios del acto son efectivamente de tal magnitud" .

De esta manera, la correcta determinación de la nulidad que adolece el acto administrativo orientará el proceso a seguir por parte de la Administración. Sin embargo, pese a lo expuesto debe hacerse una acotación obligatoria, y es el señalar que tal y como se explicó el acto por medio del cual reconoció el sobresueldo, a pesar de ser absolutamente nulo, tiene más de cuatro años de haber sido dictado.

En este orden de ideas, la posibilidad de declarar la nulidad del acto ya sea de manera oficiosa (vía administrativa), como vía judicial (contencioso de lesividad), han caducado, atendiendo para esto a la letra de los artículos 173 inciso 5) de la Ley General de la Administración Pública como al 35 inciso 1) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los cuales indican que:

" Artículo 173.- *(...)*
5.- La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo caducará en cuatro años.

Artículo 35.-
1. Cuando la propia Administración autora de algún acto declarativo de derechos, pretendiere demandar su anulación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, deberá previamente declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de otra naturaleza, en el plazo de cuatro años, a contar de la fecha en que hubiere sido dictado..."

Se consagra así la imposibilidad de accionar contra el acto nulo una vez acaecido el plazo fatal de cuatro años, situación que fue expuesta por la ya citada Procuraduría en oficio ADpb-2825-2007 de fecha 23 de agosto de 2007, dirigido a la Dirección General de Servicio Civil, cuando mencionó que:

"Sobre el punto del plazo de caducidad para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta resulta importante realizar varias reflexiones, que también son válidas en los supuestos de revocación y de lesividad. Si partimos de las resoluciones de la Sala Constitucional en materia de anulación y revocación de los actos administrativos, se concluye que han mantenido una tesis lineal, en el sentido de que en aquellos supuestos en que se han dictado un acto a favor de un particular, la Administración puede revocarlo o anularlo siguiendo los procedimientos dispuestos por los artículos 155, 173 de la Ley General de la Administración Pública y 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ello tiene como consecuencia inevitable, que como existe un plazo de caducidad, la Administración debe declarar la nulidad, decretar la revocación, o bien declarar lesivo el acto a efecto de acudir al proceso de lesividad dentro de dicho plazo (...) En iguales términos se ha expresado Jinesta Lobo, quien refiriéndose al límite temporal del artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, para la anulación oficiosa de actos favorables, criterio que es aplicable, mutatis mutandi, a la lesividad, expuso: " Se trata de un plazo rígido de caducidad –aceleratorio y perentorio- que no admite interrupciones o suspensiones en aras de la seguridad jurídica de los administrados en cuyo favor se hayan declarado derechos subjetivos (...) Corolario de lo expuesto, la Administración debe declarar lesivo el acto cuya nulidad se procura, en el plazo de cuatro años contados a partir de la fecha en que el mismo haya sido dictado. Transcurrido ese plazo sin que ello sucediere, no podría la Administración pretender la anulación del acto administrativo"

De lo anteriormente expuesto es fácil colegir que la posibilidad de anular un acto administrativo (en este caso el que crea un determinado *plus* salarial), solamente procede dentro de los cuatro años posteriores al dictado del mismo.

Ahora bien, dejando a un lado la nulidad de la que adolece el acto, debe analizarse qué procede en los casos en los cuales las circunstancias de hecho que sirvieron de fundamento para el acto nulo (pero caduco para su declaración), que crea el sobresueldo, se encuentran ya superadas.

Para empezar el estudio de este extremo debe, en primer lugar, tenerse claro el significado del termino "*plus* salarial" (también denominado para los fines de este estudio como sobresueldo), para lo cual es pertinente traer a colación lo dispuesto por la Sala Segunda de

la Corte, en su Voto N° 00005 de fecha 18 de enero del 2002, en la cual indicó que:

"La voz francesa "plus", siguiendo la jurisprudencia de la antigua Sala de Casación (véase el Voto No. 10, de las 16:00 horas, del 21 de enero de 1975), es una acepción gramatical y semántica que significa "más", y es aceptada como un galicismo jurídico. El Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas define "plus" como "... "sobresueldo o bonificación" que se da a las tropas en campaña por servicios especiales. Cualquier pago suplementario; como gratificaciones, dietas, viáticos, primas, premios, etc. ...". Con fundamento en esa definición, se afirmó que el "plus salarial", se funda en otro "servicio especial" a remunerar, extendiéndose a cualquier pago suplementario, como los indicados. Pérez Botija...en su Manual de Derecho de Trabajo los define también como "emolumentos que se agregan a la retribución base para compensar trabajos generales o especiales... ". Esa compensación, entonces, no es gratuita ni general; es especial, directa y personal, o sea, se funda en la compensación por la relación laboral particular de cada trabajador. Constituyen pluses los aumentos por antigüedad que se le hace al trabajador en reconocimiento de los años de servicio, a su buen desempeño y a la mayor experiencia adquirida en sus labores, como también lo que percibe por zonaje, puesto que con este rubro se compensan los mayores desembolsos que debe hacer el trabajador que tiene que ejecutar sus labores en lugares distintos al centro de trabajo. El "MAS" trabajo se gratifica con un suplemento salarial y afecta, mejorando, el salario total, pero no el salario base." El destacado es suplido.

Lo subrayado de la cita en mención deja ver un elemento importante en lo que a *pluses* o sobresueldos se refiere, y es el hecho de que los mismos son compensaciones que responden a una situación especial que fundamentan su estipendio, es decir nace un requisito *sine qua non* para su otorgamiento, y es la necesaria existencia de elementos de hecho o de derecho que lo justifiquen.

En esta inteligencia, puede decirse que existe una relación de dependencia entre el sobresueldo y las razones que la justificaron, que conlleva que, en caso de fenecer estas últimas, inevitablemente debe hacerlo el primero. Así, si tal como se planteó al inicio, las circunstancias que dieron vida al sobresueldo han sido superadas (entiéndase han desaparecido), no hay nada que justifique que el mismo aún exista.

Dicha conjetura es apoyada por lo expuesto en varias ocasiones tanto por la Procuraduría General de la República, como por la jurisprudencia de distintos órganos jurisdiccionales, de las cuales pueden citarse:

"III.- Sobre el fondo. *Esta Sala en múltiples oportunidades ha establecido que los sobresueldos que dependan de alguna condición para ser otorgados, no constituyen un derecho adquirido que se incorpore como tal al salario propiamente dicho, toda vez que su otorgamiento depende de las condiciones objetivas por las cuales fue reconocido..."* **Voto Nº 2006-007589 Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia.**

"En el caso concreto, el principio citado no resulta de aplicación en el tanto en que la concesión del plus por desplazamiento tiene una causa jurídica debidamente establecida; de forma tal que se concede, cuando se cumplen los presupuestos de hecho que prevé la norma concreta. Se trata de condiciones objetivas de simple constatación y el plus se elimina por ausencia de requisitos.

El otorgamiento del plus, entonces, no se da con efectos definitivos, sino en el tanto en que se mantengan las condiciones de hecho que permitieron su concesión, las cuales están debidamente normadas. Por consiguiente, si en algún momento no se cumplen o se dejan de cumplir los presupuestos de hecho previstos en la norma, el sobresueldo no puede ser concedido. En consecuencia, no se trata de un derecho con carácter de permanencia o definitivo, sino que depende del cumplimiento de las condiciones indispensables que permiten su otorgamiento. Si éstas no se cumplen, el plus no se cancela, sin que deba la administración acudir al procedimiento de lesividad o al de revocación, tal y como lo ha sostenido la representación de la parte actora..." **Voto N° 2003-00331 Sala Segunda de La Corte Suprema de Justicia.**

"En nuestro medio se hace una gran diferencia entre lo que es, por una parte el salario base; y por otra los complementos salariales. El primero sólo se refiere a la retribución que recibe el trabajador fijada para cada categoría profesional; los segundos son aquellas otras percepciones económicas del trabajador, que éste devenga, en función de determinadas circunstancias..." **Sentencia N° 00301 Tribunal de Trabajo, Sección III.**

Todos los subrayados son suplidos

En este punto debe concluirse que, es lícito eliminar un sobresueldo cuyo acto de creación esta viciado de nulidad absoluta, aún pasado cuatro años desde su emanación, si las circunstancias que lo generaron, desaparecen de manera absoluta o parcial, siendo que en este último caso aquél desaparecerá en la misma proporción del hecho que lo fundamenta.

Por otro lado, una vez determinada la licitud de eliminar el sobresueldo bajo los presupuestos ya señalados, debe aclararse cual es el procedimiento a seguir para dicha eliminación. La respuesta a dicha interrogante es dada por lo dispuesto tanto por la sentencia de la Sala Segunda *supra* indicada, como por el mismo voto 2006-007589 de la Sala Constitucional, cuando señala que:

"...En otras palabras, si las condiciones bajo las cuales fue otorgado un sobresueldo varían y la persona ya no se encuentra en las mismas circunstancias, no resulta arbitrario que la Administración revoque en forma unilateral tal beneficio, toda vez que no se cumple la condición bajo la cual se originó..." El destacado no es del original.

En síntesis, en los casos en los que el sobresueldo deba ser eliminado por no existir ya las condiciones que lo justificaron, la Administración esta llamada a dejar sin efecto el acto por medio del cual éste fue creado. Así, por razones de la competencia dada por el artículo 13 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil, para poder dejar sin efecto los sobresueldos creados mediante resolución de la Dirección General de Servicio Civil, deberá acudirse a este mismo medio, es decir, a otra resolución de la misma Dirección que así lo declare, para lo cual deberá rendirse un informe previo por parte del Área de Salarios e Incentivos de dicha Dirección, por medio del cual se constate que efectivamente las razones que dieron vida al *plus* salarial han desaparecido, pues de lo contrario el acto que pretende la derogatoria devendría en absolutamente nulo por carecer de motivación (elemento esencial del acto administrativo).

Por último se cuestiona si la eliminación de dicho sobresueldo afectarían de alguna manera, posibles derechos adquiridos de los funcionarios a los cuales se les ha venido otorgando.

Para dar una cabal respuesta a dicha cuestión debe analizarse, a grandes rasgos, qué se ha considerado un derecho adquirido. En este sentido esta Asesoría Jurídica en oficio AJ-437-2005, ha señalado que dicha figura es:

"... aquella circunstancia consumada en la que una cosa (material o inmaterial, trátese de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable"

Tal concepto, si bien corto, engloba la figura del derecho adquirido en el tanto señala que en él solamente pueden albergarse aquellas cosas que han ingresado de manera definitiva en el patrimonio del sujeto, mas no así las simples expectativas de derecho.

En caso de un sobresueldo, el derecho adquirido será todo el dinero que se ha recibido por concepto de éste y que ya forma parte del patrimonio del funcionario al cual se le ha otorgado, pero no así el otorgamiento de dicho beneficio una vez vencidas las circunstancias que le dieron vida al acto que lo creo, conclusión que ha sido sostenida por distintos órganos jurisdiccionales de entre los cuales pueden destacar:

"...Lo primero que debe destacarse es que el extremo salarial discutido (zonaje) no puede corresponder a una situación definitiva y permanente, porque depende básicamente, de que el funcionario se encuentre dentro de los supuestos normativos que posibilitan el pago. En consecuencia, cuando ya no tiene o no se ubica en la situación jurídica que genera el beneficio, no existe razón para continuar pagando ese monto, y por ello la Administración tiene la obligación de revisar las situaciones de sus servidores, a efecto de que no se produzcan pagos ilegales o indebidos.

De modo que no se trata de un derecho subjetivo que no pueda ser suprimido por la Administración en caso de determinarse que no procede y, por ende, no debe seguir la Administración el procedimiento que establece el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública para la anulación de actos declarativos de derechos subjetivos, como lo reclama el recurrente. En efecto, el disfrute de esos pluses salariales no debe entenderse como un derecho adquirido del trabajador que los devenga, pues es necesario que se den las situaciones fácticas y jurídicas para devengarlos, existiendo por parte del patrono plena facultad para modificarlos de acuerdo al principio del ius variandi , y dentro de los límites permitidos. **Voto N° 05730 Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia.**

Por ello, quien solicita ese reconocimiento, debe demostrar que se encuentra en la situación de hecho que establece la norma. De ahí que, el derecho a percibir tal beneficio persista sólo, cuando las condiciones establecidas, se puedan seguir constatando en el tiempo. Por ello, la sola percepción del beneficio -con anterioridad-, por sí mismo, no crea un derecho. Pretende el actor que se tenga aquel sobresueldo como derecho adquirido, sin embargo, ello no resulta atendible, porque los derechos adquiridos son los que ingresan en forma definitiva y permanente en el patrimonio de su titular. Para ello, los presupuestos de hecho se constatan una sola vez. Por el contrario, en el caso que nos ocupa, para poder exigir el pago del incentivo, requiere necesariamente que una norma así lo disponga, y a la vez, cumplir con las condiciones y con los presupuestos por ella establecidos; pero, sucesivamente en el tiempo y el derecho adquirido es una situación jurídica plenamente consolidada, que no admite incertidumbre ni fluctuación. **Voto N°00003 Sala Segunda de La Corte Suprema de Justicia.**

Lo trascrito deja por demás claro que, en caso de que las circunstancias que dieron vida al sobresueldo se extingan, este también deberá hacerlo, sin que quepa posibilidad de reclamar derecho adquirido sobre ese extremo, razón por la cual una vez declarada la extinción del mismo debe dejar de pagarse y solamente constituirá derecho adquirido lo que haya ingresado al patrimonio del funcionario desde la declaratoria hacia atrás, mas no a futuro.

Como corolario de lo expuesto debe dejarse claro que, los pluses salariales siempre deben responder a una situación real que haga que su pago sea fundamentado, razón por la cual la Administración debe analizar periódicamente que dichos presupuestos aun existan, y

combatir por todos los medios legales disponibles los otorgamientos arbitrarios, pues de lo contrario se estarían dando ya no sobresueldos, sino mas bien privilegios a un sector de los funcionarios públicos, lo cual va no solo en contra de los principios de igualdad y reserva de ley que existen en materia salarial, sino que además va en detrimento del erario público, idea plasmada magistralmente por la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-267-98 en el que indicó:

"...Considérese que el fin del acto de otorgamiento de un sobresueldo o plus salarial por concepto de zonaje es la protección del trabajador, compensándole mediante una retribución de carácter pecuniario, los trastornos que pueda ocasionarle el tener que trasladar su domicilio habitual a la zona en que debe desplegar sus funciones.

Es de interés público que esto sea así por cuanto, como ya se indicó, de por medio está la protección de los trabajadores y el respeto a los derechos que a éstos compete; sin embargo, esta situación varía radicalmente si el funcionario no se ve compelido a trasladarse de su residencia habitual. Ante esta última posibilidad, el pago resulta injustificado por cuanto no se está causando trastorno alguno que justifique este rubro, y en consecuencia, no tendría razón de ser el otorgamiento de esta suma de más como parte de su salario. Por el contrario, proceder en ese sentido resulta ser contrario al interés de la colectividad no solo por el hecho de que se estaría actuando en contradicción con lo que establece la legislación vigente, violentándose el principio de legalidad, con el evidente perjuicio social que un proceder en este tipo conlleva, sino que sería legitimar una situación irregular, con el consecuente menoscabo injustificado de finanzas públicas, de las que todo ciudadano es contribuyente..."

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales
Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-419-2007
19 de julio del 2007

Licenciada
Sandra María Quirós Álvarez
Directora
Área Gestión de Recursos Humanos
S. O.

Estimada señora:

En relación con el oficio GESTIÓN 030-2007 de fecha 09 de febrero de 2007 y de acuerdo con la solicitud efectuada en la reunión del Consejo Técnico Consultivo el 14 de febrero del año en curso, así como lo coordinado en diversas reuniones de trabajo efectuadas para analizar integralmente la situación, se procede a ampliar el oficio AJ-805-2006 de fecha 18 de diciembre de 2006, en los siguientes términos:

I.- SOBRE LA MODIFICACIÓN HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 25 DEL REGLAMENTO DEL ESTATUTO DE SERVICIO CIVIL

El artículo 25 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil ha tenido las siguientes modificaciones:

1.- Versión original, emitida por el Decreto Ejecutivo No. 21 del 14 de diciembre de 1954:

> "*ARTICULO 25.- Toda acción de personal -ingreso, ascenso, traslado, aumento de sueldo, vacación, permiso, incapacidad, suspensión, regreso al trabajo, renuncia, cesación, o cualquier otro acto, disposición o resolución que debe figurar en el respectivo expediente personal del servidor-, será tramitada mediante la fórmula "ACCION DE PERSONAL" (P-21), con la aprobación del respectivo Ministro o funcionario debidamente autorizado por éste, en todos los casos que, conforme a las disposiciones pertinentes, así se disponga. El Tesorero Nacional no tramitará el pago de salarios a servidores que hayan sido nombrados, ascendidos, trasladados o reinstalados en sus puestos o cuyos sueldos hayan sido aumentados o disminuidos en cualquier otra forma sin haber recibido la correspondiente "ACCION DE PERSONAL" (Fórmula P-21), debidamente autorizada*".

2.- Versión emitida por el Decreto Ejecutivo No. 13419 del 02 de marzo de 1982

> "*Artículo 25.-Todo movimiento de personal, acto, disposición o resolución que deba figurar en el respectivo expediente de personal de los servidores regulares, se tramitará mediante el formulario denominado "acción de personal". En los casos de movimientos de personal, de ingreso, promoción, traslado, descenso, recargo de funciones, aumento o disminución de jornada, permuta, modificación de movimientos de personal, reasignación, nombramiento interino, aumento de sueldo, reconocimiento de incentivos, permisos con goce de sueldos o sin él, las acciones de personal deberán ser aprobadas por el ministro respectivo o funcionario debidamente autorizado por éste y la Dirección General.*
> *Los restantes movimientos de personal de vacaciones, despidos, regreso al trabajo, reinstalación, cese de interinidad, cese de funciones, renuncias, incapacidad, suspensión de la relación laboral y anulación de acciones de personal, y cualesquiera otros a juicio de la Dirección*

General, podrán ser aprobadas únicamente por el ministro o representante autorizado.
El Tesorero Nacional no tramitará el pago de salarios a servidores a quienes se haya efectuado movimientos de personal con omisión de las disposiciones de este artículo".

3.- Versión emitida por el Decreto Ejecutivo No. 18658 del 15 de noviembre de 1988

"*Artículo 25.- Todo movimiento de personal, acto, disposición o resolución que deba figurar en el respectivo expediente de personal de los servidores regulares, se tramitará mediante el formulario denominado "acción de personal". Los casos de movimientos de personal de ingreso, traslado, promoción, descenso, recargo de funciones, aumento o disminución de jornada, permuta, modificación de movimiento de personal, reasignación, nombramiento interino, aumento de sueldo, reconocimiento de incentivos, permisos con goce de sueldo o sin él, despidos, cese de funciones, reinstalación y renuncia, deberán ser aprobados por el ministro respectivo o funcionario debidamente autorizado por éste, y la Dirección General.*
Los restantes movimientos de personal de vacaciones, regreso al trabajo, cese de interinidad, incapacidad, suspensión de la relación laboral y anulación de acciones de personal y cualesquiera otras a juicio de la Dirección General, podrán ser aprobadas únicamente por el ministro o funcionario autorizado.
El Tesorero Nacional no tramitará el pago de salarios a servidores a quienes se haya efectuado movimientos de personal con omisión de las disposiciones de este artículo."

4.- Versión emitida por el Decreto Ejecutivo No. 23181 del 25 de abril de 1994

"*Artículo 25.- Todo movimiento de personal, as¡ como todo acto, disposición o resolución que afecte la situación legal de ocupación de los puestos cubiertos por el Estatuto y que deban figurar en el expediente personal de los servidores, se debe tramitar mediante el formulario denominado "Acción de Personal". Se exceptúan aquellos movimientos que afecten a un grupo numeroso de servidores, los cuales podrán tramitarse por "planillas colectivas" u otros medios que garanticen su apego a la normativa vigente y siempre que estos no*

sean de los que requieren la aprobación anticipada de la Dirección General, en cuyos casos se deberán anexar las acciones de personal debidamente firmadas y selladas.
Los originales de las acciones de personal y de cualquier otro medio que se use para tramitar movimientos de personal una vez aprobados permanecerán bajo custodia de las Oficinas de Recursos Humanos, quienes dispondrán la mejor forma de incluir los correspondientes documentos o datos en los expedientes personales de los servidores.
Los movimientos de personal originados en ingresos, reingresos, traslados y ascensos en propiedad y permutas y las correspondientes modificaciones, o anulaciones que procedan as¡ como los nombramientos interinos por más de un mes, sus prórrogas o modificaciones, requieren de la aprobación previa de la Dirección General. Los demás movimientos de esta naturaleza producto de la gestión de recursos humanos del Régimen de Servicio Civil, quedarán a juicio de la citada Dependencia sujetarlos, o no, a ese mismo procedimiento, decisión que debe comunicar a los usuarios vía resolución.
Cada vez que la Dirección General modifique tal decisión, junto a la resolución respectiva, deber especificar las normas, los procedimientos y los instrumentos básicos bajo los cuales en adelante se regulará lo correspondiente a tales trámites, a fin de garantizar la legalidad, oportunidad y eficiencia con que estos sean llevados a cabo por las Oficinas de Recursos Humanos de las instituciones usuarias de sus servicios.
Quedan bajo responsabilidad de dichas Oficinas aquellos movimientos de personal no sujetos a la aprobación anticipada de la Dirección General, por lo cual, cuando estas tengan duda al respecto, deberán recurrir oportunamente a la asesoría de la Dirección General para decidir lo pertinente.
La Dirección General supervisará en cualquier tiempo y circunstancia la correcta aplicación de las disposiciones que regulan estos trámites.
En tal sentido, sus recomendaciones serán de acatamiento obligatorio dentro de los términos y plazos establecidos por esta.
La Tesorería Nacional no autorizará el pago de salarios a servidores, cuando se hayan omitido las disposiciones de este artículo. "

5.- Versión emitida por el Decreto Ejecutivo No. 24724 del 30 de octubre de 1995

"*Artículo 25.- Todo movimiento de personal, así como todo acto, disposición o resolución que afecte la situación legal de ocupación de los puestos cubiertos por el Estatuto y que deban figurar en el expediente personal de los servidores, se debe tramitar mediante el formulario denominado "Acción de Personal". Se exceptúan aquellos movimientos que afecten a un grupo numeroso de servidores, los cuales podrán tramitarse por "planillas colectivas" u otros medios que garanticen su apego a la normativa vigente y siempre que éstos no sean de los que requieren la aprobación anticipada de la Dirección General, en cuyos casos se deberán anexar las acciones de personal debidamente firmadas y selladas.*

Los originales de las acciones de personal y de cualquier otro medio que se use para tramitar movimientos de personal una vez aprobados permanecerán bajo custodia de las Oficinas de Recursos Humanos, quienes dispondrán la mejor forma de incluir los correspondientes documentos o datos en los expedientes personales de los servidores.

Los movimientos de personal originados en: nombramientos en propiedad, ascensos en propiedad, nombramientos interinos (mayores a un mes) y sus prórrogas o modificaciones y los ascensos interinos y sus prórrogas o modificaciones, requieren de la aprobación previa de la Dirección General.

Los demás movimientos de esta naturaleza producto de la gestión de recursos humanos del Régimen de Servicio Civil, quedarán a juicio de la citada dependencia sujetarlos, o no, a ese mismo procedimiento, decisión que debe comunicar a los usuarios vía resolución.

Queda bajo la responsabilidad de dichas Oficinas aquellos movimientos de personal no sujetos a la aprobación anticipada de la Dirección General, por lo cual, cuando éstas tengan duda al respecto, deberán recurrir oportunamente a la asesoría de la Dirección General para decidir lo pertinente.

La Dirección General supervisará en cualquier tiempo y circunstancia la correcta aplicación de las disposiciones que regulan estos trámites. En tal sentido, sus recomendaciones serán de acatamiento obligatorio dentro de los términos y plazos establecidos por ésta.

La Tesorería Nacional no autorizará el pago de salarios a servidores, cuando se hayan omitido las disposiciones de este artículo."

6.- Versión vigente emitida por el Decreto Ejecutivo No. 27331 del 2 de octubre de 1998.

"***Artículo 25.-***

Todo movimiento de personal, así como todo acto, disposición o resolución que afecte la situación legal de ocupación de los puestos cubiertos por el Estatuto y que deban figurar en el expediente personal de los servidores, se debe tramitar mediante el formulario denominado "Acción de Personal". Se exceptúan aquellos movimientos que afecten a un grupo numeroso de servidores, los cuales podrán tramitarse por "planillas colectivas" u otros medios que garanticen su apego a la normativa vigente y siempre que estos no sean de los que requieren la aprobación anticipada de la Dirección General, en cuyos casos se deberán anexar las acciones de personal debidamente firmadas y selladas.

Los originales de las acciones de personal y de cualquier otro medio que se use para tramitar movimientos de personal una vez aprobados permanecerán bajo custodia de las Oficinas de Recursos Humanos, quienes dispondrán la mejor forma de incluir los correspondientes documentos o datos en los expedientes personales de los servidores.

Los movimientos de personal originados en nombramientos en propiedad, ascensos en propiedad, nombramientos interinos y sus prórrogas y modificaciones y los ascensos interinos y sus prórrogas y modificaciones requerirán de la aprobación previa de la Dirección General de Servicio Civil.

Los demás movimientos de esta naturaleza producto de la gestión de recursos humanos del Régimen de Servicio Civil, quedarán a juicio de la Dirección General sujetarlos, o no, a ese mismo procedimiento, decisión que debe comunicar a los usuarios vía resolución.

Quedan bajo la responsabilidad de la Oficinas de Recursos Humanos aquellos movimientos de personal no sujetos a la aprobación anticipada de la Dirección General por lo cual, cuando éstas tengan duda al respecto, deberán recurrir oportunamente a la asesoría de la Dirección General para decidir lo pertinente.

La Dirección General supervisará en cualquier tiempo y circunstancia la correcta aplicación de las disposiciones que regulan estos trámites. En tal sentido, sus recomendaciones serán de acatamiento obligatorio dentro de los términos y plazos establecidos por ésta.

La Tesorería Nacional no autorizará el pago de salarios a servidores, cuando se hayan omitido las disposiciones de este artículo."

II.- SOBRE EL CONTENIDO DEL CONCEPTO “MERO TRÁMITE”

El concepto “mero trámite” no es ajeno en la legislación costarricense. Por ejemplo, el inciso 1) del artículo 153 del Código

Procesal Civil se refiere a las providencias, cuando estas sean de mero trámite, así como también el inciso b) del artículo 154 del Código Municipal se refiere a los acuerdos de mero trámite de ejecución.

La jurisprudencia judicial ha reconocido el concepto, como por ejemplo en la resolución de la Sala Segunda No. 1072-2006 de las once horas del diecisiete de noviembre del dos mil seis, que señala:

> "*Siendo evidente, por todo lo dicho, que ese oficio no constituye, propiamente, un acto administrativo válido y eficaz, en el sentido señalado por el Ad Quem, sino tan solo, un acto interno,* ***de mero trámite****, sin los efectos propios de un nuevo nombramiento de la actora como profesional, y mucho menos sustituye, la correspondiente e indispensable acción de personal, en ese mismo sentido*." (el subrayado y resaltado no es del original)

La actuación de mero trámite también puede encontrarse en doctrina como actuación interlocutoria, concerniendo al desenvolvimiento del trámite, posibilitándolo u obstaculizándolo.

III. SOBRE EL CASO EN CONCRETO

1.- Como primer fundamento normativo para evacuar lo consultado, debe señalarse la competencia constitucional establecida en el inciso 2) del artículo 140 y en el artículo 192 de la Constitución Política, que señalan:

> ***"Artículo 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:***

2) Nombrar y remover, con sujeción a los requisitos prevenidos por la Ley de Servicio Civil, a los restantes servidores de su dependencia;

Artículo 192.- Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos"

2.- La competencia señalada supra evidencia la obligatoriedad del dictado de un acto administrativo emanado del Ministro para nombrar a los servidores públicos. Sin embargo, de esa competencia no se infiere que toda la actuación administrativa que se relacione con la gestión del recurso humano en la administración pública tenga obligatoriamente que ser suscrita por el Ministro, menos aún si esa actuación puede considerarse que sea de mero trámite. Por el contrario, la Constitución Política únicamente señala el acto de nombramiento y el acto de remoción, sin hacer mención a ningún otro tipo de actuación que resida de manera exclusiva en la competencia ministerial.

3.- Esa literalidad de la norma y atendiendo a principios administrativos de eficiencia y eficacia en la administración pública, más bien hacen pensar que todos los otros actos administrativos que se relacionen con la gestión del recurso humano – sobre todo los de mero trámite – pueden ser atribuidos a la competencia orgánica interna que el Ministro decida, siguiendo los instrumentos legales que el ordenamiento establece.

4.- Para efectuar la distribución interna de competencias orgánicas y atribuírselas a oficinas, unidades, departamentos u otra denominación

que el diseño organizacional haya determinado, se ha utilizado el instrumento jurídico denominado "Reglamento Autónomo de Servicios". En tal sentido, el artículo 15 del Estatuto de Servicio Civil señala:

> "*Artículo 15.- Es atribución de los Ministros de Gobierno, dar los reglamentos interiores de trabajo con sujeción al artículo 13, inciso i), en los cuales deberán estar especificadas las atribuciones que ellos se reserven en sus respectivas dependencias y las atribuciones de los Jefes subalternos en relación con esta ley*."

5.- Resulta característico que en cada "Reglamento Autónomo de Servicios" se defina una cantidad de atribuciones en la gestión del recurso humano a una unidad, oficina o departamento denominado comúnmente "de personal", "de gestión del potencial humano", "de recursos humanos" y otras denominaciones similares y atinentes; quedando a cargo de un jefe, director, coordinador o encargado. En igual sentido, en la normativa sobre el Sistema de Administración de Recursos Humanos del Régimen de Servicio Civil se han estipulado atribuciones similares.

6.- Cuando se hace un repaso por las atribuciones otorgadas a esas oficinas, se muestra una concentración de toda la actuación administrativa relacionada con la gestión del recurso humano a cargo de ellas, cuyo fundamento normativo de actuación proviene de ese "Reglamento Autónomo de Servicios", incluida la actuación considerada de mero trámite.

7.- Sobre el concepto atribución, el sentido jurídico se puede encontrar en la definición contenida en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, que el Tomo I señala:

> "*ATRIBUCIÓN: Adjudicación. Asignación. Imputación, cargo. Facultad, potestad concedida por disposición legal o*

inherente a determinadas funciones. Suele emplearse la voz en plural en esta última acepción, por la pluralidad y permanencia de lo encomendado o ejercido. Con respecto entonces a los derechos y deberes, a las obligaciones y facultades propios de cada cargo o empleo, expresa Almirante que la base y el principio de toda buena organización y composición consiste en el exacto deslinde, en la variedad legal y manifiesta de atribuciones, según la diversidad de empleos. Éstos serán superfluos en cuanto haya igualdad de aquéllas, y mal servidos si hay excesiva acumulación o mal repartimiento; en ambos casos surgen las dudas, las competencias, las contestaciones, las intrusiones, el disgusto, la indisciplina."

8.- Corresponde indicar la relación existente entre los institutos de la atribución y la delegación. Sobre el particular, mediante oficio AJ-386-94, esta Asesoría Jurídica indicó lo siguiente:

"*Según Manuel Ossorio, la delegación como vocablo encierra el "... más amplio repertorio jurídico, se sintetiza así, en sus principales acepciones, por Cabanellas y Alcalá Zamora: el acto de dar jurisdicción. Otorgamiento de representación. Concesión de mandato. Cesión de atribuciones. Designación de instituto. Cargo y Oficina de un delegado. Conjunto de delegados". De las anteriores acepciones nos interesa aquella que tiene que ver con la cesión de atribuciones, que la doctrina predominante define como Delegación de Competencia, que es muy propia del Derecho Administrativo, por lo que resulta indispensable analizarla en su contenido y limitaciones. Contenido. La delegación de competencia la doctrina la define como: "... la decisión del órgano administrativo a quien legalmente aquella le corresponde, por la cual transfiere el ejercicio en todo o parte de la misma a un órgano inferior". ...* "

9.- Por todo lo señalado hasta aquí, las atribuciones pueden ser otorgadas mediante el dictado de una norma (Reglamento Autónomo de Servicios) y también mediante el dictado de actos administrativos para tal efecto (delegación).

10.- Sobre el tema de los cambios de competencia y la delegación, la Ley General de la Administración Pública, indica en los artículos 70, 84 a), 85 y 86 lo siguiente:

> ***Artículo 70.- La competencia será ejercida por el titular del órgano respectivo, salvo caso de delegación, avocación, sustitución o subrogación, en las condiciones y límites indicados por esta ley.***
>
> ***De los Cambios de Competencia en General***
>
> ***Artículo 84.- Las competencias administrativas o su ejercicio podrán ser transferidas mediante:***
> ***a) Delegación;***
>
> ***Artículo 85.-***
> ***1. Toda transferencia de competencias externas de un órgano a otro o de un servidor público a otro, tendrá que ser autorizada por una norma expresa, salvo casos de urgencia.***
> ***2. En toda hipótesis, la norma que autoriza la transferencia deberá tener rango igual o superior al de la que crea la competencia transferida.***
> ***3. No podrán hacerse transferencias por virtud de práctica, uso o costumbre.***
>
> ***Artículo 86.- No podrán transferirse las competencias de los órganos constitucionales de la Administración que estén regulados únicamente en la Constitución.***

11.- En el mismo sentido, se transcriben algunos aspectos del Dictamen de la Procuraduría General de la República C-056-2000 del 23 de marzo de 2000:

> "*Conforme el principio de legalidad, los entes públicos y los órganos administrativos requieren habilitación legal para actuar. De este modo, su acción está determinada por el principio de competencia, la cual puede estar sujeta a cambios. La delegación es uno de ellos.*
>
> *1-. La competencia determina la esfera de actuación pública*
>
> *Cada organismo público posee capacidad para actuar jurídicamente la competencia de que es titular. La competencia es la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos y se resume en los poderes y deberes que han sido atribuidos por el ordenamiento a un órgano o ente público, lo que delimita los actos que puede emitir validamente. En esa medida, la competencia constituye un elemento de validez del acto administrativo.*
>
> *La atribución de una competencia en favor de un ente u órgano presenta varias características. En primer término, la atribución debe ser expresa: los órganos y entes públicos sólo son competentes para ejercitar los poderes que expresamente hayan sido otorgados por el ordenamiento. En ese sentido, se afirma que la atribución de competencias no puede presumirse, sino que debe derivar de un acto normativo expreso.*
>
> *La norma atributiva de la competencia debe ser de rango legal cuando se trate del ejercicio de potestades de imperio y en todos los casos en que se afecte el régimen*

de libertades de los administrados (artículo 59.2 de la LGAP).

La asignación de fines no implica una atribución de competencias. Es decir, la Administración no está autorizada para realizar cualquier acto que en su criterio implique concreción del fin público, porque la definición de los fines a los cuales debe responder la actuación administrativa no implica autorización de emisión de actos.

La competencia está sujeta al principio de imperatividad: la competencia es un poder deber, su ejercicio es imperativo e indisponible. La competencia ha sido otorgada por el ordenamiento para ser ejercida. En consecuencia, no puede ser renunciada ni dispuesta (artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública). El órgano al que le haya sido otorgado un poder para actuar, para emitir ciertos actos, está obligado a ejercer dicho poder a menos que exista otra norma posterior que otorgue dicha competencia a otro órgano, derogando tácita o expresamente la competencia originalmente atribuida. Es, pues, irrenunciable, característica que se deriva del principio de legalidad, si el ordenamiento atribuye una competencia a un órgano administrativo, éste no puede trasladar su ejercicio a otro, a no ser que haya sido habilitado para ello por el propio ordenamiento. Pero, además, la imperatividad de la competencia deriva de su carácter funcional, en cuanto ha sido atribuida para satisfacer el interés público y no el interés particular del ente u órgano públicos.

2-. No obstante, la competencia puede ser trasladada mediante delegación:

La competencia puede, sin embargo, sufrir diversos cambios. Puede producirse una transferencia de competencias, de manera que el anteriormente competente devenga en incompetente o bien, su ejercicio puede ser modificado. Entre los cambios interorgánicos de la competencia tenemos la delegación.

La delegación es un cambio de competencia, de acuerdo con el cual el superior puede transferir sus funciones en el inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza (artículo 89 de la Ley General de la Administración Pública). Empero, la ley puede autorizar una delegación no jerárquica o en diverso grado.

A diferencia de la descentralización y la desconcentración, en la delegación no se transfiere la titularidad de la competencia, por lo que el delegado ejerce la competencia que pertenece jurídicamente a otro. Esto explica que la delegación pueda ser revocada en cualquier momento por el órgano delegante (artículo 90, a) de la Ley General de la Administración Pública).

Empero, la posibilidad de delegar la competencia es limitada. Así, no pueden delegarse potestades delegadas. La delegación debe concernir parte de la competencia y esto en el tanto en que no se trate de la "competencia esencial del órgano, que le da nombre o que justifique su existencia. ...

Impone la ley que el delegado debe ser el inmediato inferior, salvo disposición legal en contrario, y debe tener funciones de igual naturaleza que el delegante. Asimismo, se prohíbe a los órganos colegiados delegar su competencia, independientemente de la naturaleza de esa competencia. La respuesta a su consulta se

encuentra, precisamente, en la observancia de esos límites."

12.- Acerca de las acciones de personal, actuación administrativa relacionada con la gestión del recurso humano que podría considerarse de mero trámite, mediante oficio AJ-386-94 citado supra, esta Asesoría Jurídica indicó lo siguiente:

"*Conviene que nos refiramos por último a un tema que reviste mucha importancia para el quehacer de esta institución, cual es el procedimiento aplicable en la tramitación de las acciones de personal de los movimientos de personal realizados en las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil y la potestad de delegación que tiene los distintos jerarcas en esta materia.*
Sobre el particular la Procuraduría General de la República, en el año 1986, analizó las disposiciones legales aplicables al respecto y concluyó que "el señor Ministro ... tiene suficientes potestades para delegar la aprobación de acciones de personal en el sujeto que él estime idóneo para ello, no se requiere ningún procedimiento especial, salvo la comunicación oportuna a la Dirección General del (sic) Servicio Civil (artículo 25 del Reglamento al (sic) Estatuto de Servicio Civil) para su aceptación; resulta conveniente además que la persona delegada esté suficientemente enterada de la dinámica propia de la Administración de Personal." (Procuraduría General de la República (Lic. Juan José Soto Cervantes) Procuraduría de Relaciones de Servicio, Sección II N°C-269-86 de 20 de noviembre de 1986)
De lo transcrito se colige con facilidad que bastaba la comunicación efectuada a la Dirección General de Servicio Civil, de parte del Ministro respectivo indicando a quién le encomendaba la aprobación de las acciones de personal para tener por acreditada la aprobación de las mismas en una persona distinta del Ministro.

Sobre la base de lo que regula el artículo 25 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil en el año 1986, en el sentido de que "... las acciones de personal deberán ser aprobadas por el Ministro respectivo o funcionario debidamente autorizado por este y la Dirección General ..." es que la Procuraduría General consideró que la simple comunicación hecha por el Ministro a esta Dirección era suficiente para que se tomara en cuenta la designación de un funcionario para los trámites de aprobación de las acciones de personal, sin ningún otro procedimiento especial.

A pesar de lo anterior, dada la nueva redacción del artículo 25 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, no es procedente considerar que en la actualidad esta Dirección General se pueda dar por satisfecha por el envío de una simple comunicación por parte del Ministro respectivo en donde designa a una persona para que apruebe acciones de personal; puesto que el texto del citado artículo no contempla tal posibilidad.

Conforme con lo anterior resulta aplicable en esta materia lo previsto en el artículo 89 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, por lo que la designación de un funcionario, por parte del jerarca de una institución cubierta por el sistema de méritos, a efecto de que apruebe acciones de personal, es un acto que debe ser considerado como delegación de competencia; la cual por referirse a un tipo de acto requerirá ser publicado en el Diario Oficial."

Ahora bien, para este tipo de acciones de personal calificadas de mero trámite bastará con la firma del Jefe de Recursos Humanos facultado o no, siempre y cuando para cada una de ellas tenga el respaldo del acto administrativo respectivo, conferido por la autoridad competente para dictarlo.

13.- Sobre la concurrencia de diversas delegaciones en una misma persona, ni el Estatuto de Servicio Civil, ni el Reglamento del Estatuto

de Servicio Civil, ni la Ley General de la Administración Pública contienen alguna norma al respecto, razón por la cual es necesario recurrir a otras normas de Derecho Público o Derecho Común, para brindar una interpretación plausible.

14.- En la Ley No. 8292 “Ley General de Control Interno”, se señala:

> “Artículo 11.—**El sistema de control interno en la desconcentración de competencias y la contratación de servicios de apoyo**. El jerarca y los titulares subordinados tendrán la responsabilidad de analizar las implicaciones en el sistema de control interno, cuando se lleve a cabo una desconcentración de competencias, o bien la contratación de servicios de apoyo con terceros; asimismo, la responsabilidad de tomar las medidas correspondientes para que los controles sean extendidos, modificados y cambiados, cuando resulte necesario”.

15.- En la Ley No. 8422 “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”,

> “Artículo 3º—**Deber de probidad**. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.”

16.- En el Derecho Privado el instituto de la delegación podría asimilarse al contrato de mandato. Véase por ejemplo el Punto Octavo supra, que se refiere a delegación como concesión de mandato. En ese sentido, el artículo 1263 del Código Civil señala que:

> "*No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le haya ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le haya ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante. Si tuviere encargo de tomar dinero prestado, podrá prestarlo al mismo interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente; pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin la aprobación del mandante*."
> (El subrayado no es del original)

17.- Nótese que en el Derecho Privado no existe ninguna restricción a que en una misma persona (mandatario) se reúnan o confluyan de manera simultánea tantos intereses como le hubieren sido conferidos por su mandante y la única condición es que en caso de realizar contratos entre esos intereses, debe contar con aprobación expresa de sus mandantes. Es decir, una misma persona podría tener infinita cantidad de representaciones y únicamente requeriría autorización expresa de sus mandantes cuando vaya a realizar algún contrato entre esos intereses.

18.- Aunque en las normas del Derecho Público no se ha encontrado norma alguna que restrinja la cantidad de delegaciones que una misma persona puede ostentar o recibir, por un principio de sana administración pública, sería recomendable, atendiendo al espíritu de la Ley General de Control Interno más que a su texto expreso, tomar las medidas administrativas para que en una misma persona atribuida o delegada no confluyan varios intereses, porque en tal supuesto, evidentemente sus decisiones no tendrían más límite y control que sí mismo y el deber de vigilancia de los delegantes.

19.- Ese control se residencia en un primer momento como responsabilidad del delegado, porque es el único que tiene conocimiento de las delegaciones que ostenta. Es decir, si varios delegantes delegan en una misma persona, ¿cómo podrían saberlo unos u otros si no es porque el delegado se los informa oportunamente?. En otras palabras, es responsabilidad del delegado poner en conocimiento de todos sus delegantes la confluencia en su persona de varias delegaciones a fin de que tomen las medidas de sana administración que sean necesarias.

20.- Atendiendo a ese principio de sana administración, igualmente sería recomendable que si hubiere concurrencia de intereses en una misma persona atribuida o delegada, cuando se vayan a tomar las medidas administrativas pertinentes, tampoco resultaría conveniente que la atribución o delegación se hiciere para un subordinado directo de esa persona. Por el contrario, la atribución o delegación se podría variar hacia otra persona de igual o superior rango en la organización o incluso, se podrían modificar los respectivos Reglamentos Autónomos de Organización y Servicio, si fuere el caso.

IV. SOBRE LOS ACTOS DE MERO TRÁMITE

Sin pretender que sea una lista taxativa, cerrada o numerus clausus sobre actos de mero trámite que se realizan en aplicación de una acción de personal, se tiene la siguiente tipología:

1.- Anulación de otra acción de personal
2.- Ascenso en propiedad
3.- Ascenso interino
4.- Nombramiento interino
5.- Nombramiento en propiedad
6.- Aumento anual
7.- Cambio de categoría
8.- Cese de funciones
9.- Cese de interinidad
10.- Descenso en propiedad
11.- Descenso interino

12.- Despido por causa
13.- Modificación de otra acción de personal
14.- Nombramiento a plazo fijo
15.- Permisos con sueldo
16.- Permisos sin sueldo
17.- Permuta
18.- Prórrogas
19.- Reajustes de sobresueldo
20.- Recargo de funciones 22 bis
21.- Reasignación de funciones
22.- Traslado en propiedad
23.- Traslado interino
24.- Regreso al trabajo
25.- Renuncia
26.- Suspensión indefinida
27.- Suspensión temporal

CONCLUSIONES:

1.- El Ministro no puede delegar el dictado del acto administrativo de nombramiento o remoción, por tratarse de una competencia constitucional, salvo el caso de los entes adscritos o instituciones con competencia o desconcentración máxima.

2.- Si mediante reglamento autónomo se ha fijado la atribución de la firma de acciones de personal, consideradas con este criterio de mero trámite, se deberán hacer las modificaciones a este cuerpo jurídico, esto de conformidad con lo que dispone el articulo 4 inciso e) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, dado que esta suscripción es competencia de los Directores de Recursos Humanos.

3.- En caso de que no exista designación tácita para la suscripción de acciones de personal, que se consideran actuaciones administrativas de mero trámite, debe entenderse que esta corresponde al Director de Recursos Humanos respectivo, siempre y cuando para cada movimiento tenga el acto administrativo de respaldo. (Ejemplo en el

caso de los nombramientos y remociones el dictado del acto por parte del Ministro y en otros casos tales como Reajustes de Sobresueldo o Cambios de Categoría, los respectivos actos tales como contratos de dedicación exclusiva, ajustes de puntaje por concepto de carrera profesional o bien resolución de reasignación de puestos, entre otros). Debe quedar claro que cada acción de personal considerada de mero trámite debe estar respaldada por el acto administrativo respectivo, según la normativa que rige cada caso.

4.- Por la interpretación teleológica de la Ley General de Control Interno, en aplicación de un principio de sana administración, no es conveniente que en una misma persona concurran varias atribuciones o delegaciones que puedan generar conflicto de intereses.

5.- La persona atribuida o delegada es la responsable de informar a sus delegantes del eventual conflicto de intereses, para que estos tomen las medidas de sana administración que sean necesarias, tales como modificar delegaciones o modificar normas.

6.- En caso de que pudiera presentarse un eventual conflicto de intereses, el cambio de atribución o delegación debe el delegante hacerlo hacia delegados de igual o superior rango en la organización de la persona a la que originalmente había delegado, pero no hacia subordinados inferiores del delegado original, porque si no, el conflicto de intereses podría presentarse en el deber de obediencia de los subordinados inferiores para con el delegado original.

7.- Se reafirma que tanto la aprobación previa de la Dirección General de Servicio Civil para las acciones de personal de nombramientos y ascensos interinos, siguen bajo el principio regulado en el artículo 25 del Reglamento

del Estatuto de Servicio Civil, tanto para jefes de oficinas de recursos humanos facultados como para los no facultados.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Licda. Miriam Rojas González
Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA

AJ-452-2007
08 de agosto de 2007

Master
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General
Dirección General de Servicio Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica nos referimos, en virtud de su solicitud, al oficio de la Dirección de

Auditoria y Control en Recursos Humanos Nº AC-191-2007 de fecha 18 de julio de 2007, por medio del cual se expone lo siguiente:

> *"Las Auditorias efectuadas han detectado diferentes inconsistencias en la "Gestión de los Recursos Humanos" de las instituciones cubiertas por "Régimen de Servicio Civil", sobre este particular podrían enumerase diversos factores que inciden en ello.*
>
> *Pero el propósito de esta nota va orientado al proceso de formalización de la "facultación" pareciera que la simple emisión de una resolución no ha permitido que los "facultados" tomen conciencia de la dimensión y responsabilidad, que se adquiere al asumir tal condición, ya que como es conocido, con esta figura los Jefes de Recursos Humanos adquieren las competencias que le son delegadas por el Director General de Servicio Civil. Una posible solución sería la de adicionar a la "Resolución" un contrato refrendado por ambas partes en el que podrían incluirse los siguientes aspectos:*

- ✓*Generalidades.*
- ✓*Competencias delegadas.*
- ✓*Auditorajes.*
- ✓*Procesos de Desfacultación.*
- ✓*Condiciones finales.*

> *Podría aducirse que parte de esta información esta incluida en la resolución actual, pero lo que se pretende es esté (sic) funcionario, de fe con su firma, de la aceptación de las condiciones y exigencias que el Director General de Servicio Civil, establece al delegarle algunas de sus competencias.*
>
> *El contrato podría denominarse "Contrato de Facultación" lo que lo haría diferente al proceso actual es*

el compromiso que se adquiere al existir la suscripción de las partes interesadas."

Sobre el particular exponemos algunas consideraciones acerca de la propuesta, siendo en primer lugar importante analizar que la administración pública debe desarrollar su actividad en virtud del principio de legalidad el cual se recoge tanto en el artículo 11 de la Constitución Política, como en su homólogo de la Ley General de la Administración Pública, lo cual quiere decir resumidamente que la administración esta obligada a realizar lo que la ley le autorice.

Por otra parte igualmente su funcionamiento debe ser respetuoso del principio de jerarquía de las normas recogido en el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, en tal sentido respetar el ordenamiento jurídico de la forma que ahí se enumera, véase al efecto lo que dispone la norma citada:

"Artículo 6º.-

1. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden:

a) La Constitución Política;

b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;

c) Las leyes y los demás actos con valor de ley;

d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia;

e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y

f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas.

2. Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia.

3. En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos."

Finalmente ya bajo una égida más cercana a la leyes especiales que regulan el funcionamiento del Régimen de Servicio Civil como el Estatuto de Servicio Civil, debe respetarse lo establecido en el artículo 51 de este cuerpo jurídico el cual establece:

"Artículo 51.- Los casos no previstos en esta ley, en sus reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo al Código de Trabajo, la ley de Seguro Social, los principios generales de Servicio Civil, los principios y leyes de derecho común, la equidad, la costumbre y el uso de locales"

Como corolario de lo anterior, hasta aquí el ordenamiento jurídico llama a la aplicación fundamentalmente de las leyes de derecho público, y es así como deben resolverse las cuestiones relacionadas con la administración pública.

Es por ello, que en cuanto a la idea de la suscripción de un contrato privado, la administración saldría del ámbito del derecho público, para adentrarse en aquel derecho, más concretamente del derecho civil, que es precisamente la rama del derecho que regula las relaciones entre particulares a través de distintos institutos jurídicos como el contrato privado al cual llegan las partes en virtud del principio de libertad contractual.

Por lo expuesto es que jurídicamente habría una contraposición o desnaturalización del funcionamiento de la administración, pues como se recuerda, precisamente es la Ley General de la Administración Pública la que viene a indicar como debe ser el actuar de la administración, precisando la forma en que se distribuyen las competencias de los distintos órganos o entes que la componen, como lo sería la figura de la delegación, subordinación, así como las potestades de emitir los distintos actos administrativos.

Ahora bien, se considera necesario presentar un análisis de las figuras denominadas contrato y delegación.

Nuestro Código Civil establece en el artículo 632 lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 632.- Las causas productoras de obligación, son: -los contratos, los cuasi-contratos, los delitos, los cuasi-delitos y la ley."*

De lo anterior se desprende que el contrato produce obligaciones entre las partes que los suscriben, no obstante estas obligaciones se producirán en el ámbito del derecho privado en virtud del principio de la libertad contractual.

Contrato

Por su parte la Real Academia Española define por contrato:

> **"1.** m. Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.
>
> **2.** m. Documento que recoge las condiciones de este convenio." Definición del Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición. www.rae.es

El diccionario Jurídico Espasa define contrato de la siguiente forma:

> *"Contrato: Negocio Jurídico por el que unas o más partes crean o modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial. Diccionario jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe S.A. Pag 239.*

Véase al respecto la jurisprudencia nacional que sobre el tema de los contratos ha dicho :

> "Esta facultad de relacionarse y contraer obligaciones encuentra su concreción en el contrato, entendido como pacto o acuerdo mediante el cual uno o varios sujetos de derecho, ejerciendo su libertad, deciden entablar relaciones jurídicas a fin de crear una situación generadora de derechos y obligaciones, lo que presupone libertad para definir si desean o no realizar el negocio, sus condiciones relativas, en caso de que el mismo se lleve a cabo, así como la forma contractual más adecuada a sus intereses e incluso la posibilidad de optar por modelos atípicos." Ver sentencia Nº 000656-F-2005 de la Sala Primera De La Corte Suprema De Justicia de las diez horas quince minutos del ocho de setiembre del dos mil cinco.

Como puede verse, el contrato es un instrumento por medio del cual se regula las relaciones entre dos partes y que generalmente versa sobre aspecto patrimoniales.

Por su parte la figura de la Delegación, encuentra regulación a partir del artículo 84, 89 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, en cuyo caso se establece al respecto:

> *"Artículo 84.-*
>
> *Las competencias administrativas o su ejercicio podrán ser transferidas mediante:*

a) Delegación;

...

Artículo 89.-

1. Todo servidor podrá delegar sus funciones propias en su inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza.

2. La delegación no jerárquica o en diverso grado requerirá de otra norma expresa que la autorice, pero a la misma se aplicarán las reglas compatibles de esta Sección.
3. No será posible la delegación cuando la competencia haya sido otorgada al delegante en razón de su específica idoneidad para el cargo.

4. La delegación deberá ser publicada en el Diario Oficial cuando sea para un tipo de acto y no para un acto determinado.

Artículo 90.-

La delegación tendrá siempre los siguientes límites:

a) La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano que la ha conferido;

b) No podrán delegarse potestades delegadas;

c) No podrá hacerse una delegación total ni tampoco de las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o que justifican su existencia;

d) No podrá hacerse delegación sino entre órgano de la misma clase, por razón de la materia, del territorio y de la naturaleza de la función; y

e) El órgano colegiado no podrán delegar sus funciones, sino únicamente la instrucción de las mismas, en el Secretario.

Artículo 91.-

El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia. Sólo habrá lugar a culpa en la elección cuando ésta haya sido discrecional.

Artículo 92.- Se podrá delegar la firma de resoluciones, en cuyo caso el delegante será el único responsable y el delegado no podrá resolver, limitándose a firmar lo resuelto por aquél."

De lo aquí citado se extrae claramente que una de las figuras por medio de las cuales la administración puede distribuir su competencia es la delegación , y así ha venido funcionando al menos en cuanto a la delegación de algunas competencias que la Dirección General ha establecido.

No hay duda de que el medio idóneo para administrar y ceder la competencia de un ente público u órgano estatal es la Delegación, y esta seguirá siendo la forma adecuada de distribuirla a pesar de que existan otras figuras.

Por su parte la delegación ha sido objeto de análisis por parte de la Procuraduría General de la República en dictamen C-207-2007 del 25 de junio de 2007 en el cual se retomaron los dictámenes C-171-95, y el C-057-1999 en los cuales se expuso al respecto:

"cabría afirmar que no existe, de principio, limitación alguna para que un Ministro delegue en un subordinado (y no necesariamente quien sea su inmediato inferior) la firma de las resoluciones que le correspondan, siempre entendiendo que en tal proceder quien toma la decisión es el delegante. Amén de ello, debe precisarse que, en caso de los Ministros como órganos superiores de la Administración del Estado (vid. artículo 21 de la Ley General) dicha "delegación" se circunscribe únicamente a la resolución de asuntos que sean competencia exclusiva y excluyente de ese órgano, es decir, que no impliquen competencias compartidas con el Presidente de la República...". (Dictamen C-171-95 de 7 de agosto de 1995).

"Al respecto, es pertinente referir que la delegación de firma no es una delegación propiamente dicha, por cuanto con la misma no se transfiere competencia alguna.(8) En efecto, la potestad decisoria es conservada por el Superior o Titular del Órgano competente. (9) El inferior únicamente lleva a cabo la tarea material de firmar el acto administrativo correspondiente como delegado de aquél. Siendo que la firma es requisito de validez de la actuación según el numeral 134 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública. Por ello, el "delegante" sigue siendo el único responsable de la decisión firmada por el "delegado", conforme al numeral 92 de la Ley 6227 de cita". Dictamen C-057-1999 de 19 de marzo de 1999.

Como puede verse la delegación es una forma de distribuir la competencia, pero la potestad sigue siendo del ente delegante, con ello se quiere decir que el delegante nunca pierde su competencia, solo la transfiere momentáneamente, pero continúa siendo responsable por lo que haga la persona en quien se ha delegado la competencia de un acto determinado.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto debe quedar claro que el funcionamiento de la administración pública se rige por el Derecho Público, y cuyo medio adecuado para distribuir su competencia, se encuentra establecido en la Ley General de la Administración Pública, por lo tanto no puede aplicar otros instrumentos que están relegados a regular relaciones privadas de orden patrimonial. En el caso de la administración no procede jurídicamente establecer contratos para delegar competencias, ya que como se indicó, la forma por medio de la cual ésta se distribuye, es a través de las figuras que al respecto establece la ley ibid.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

CC. Licda. Sandra Quiros Álvarez – Directora Área de Gestión RH.

AJ-603-2007
31 de octubre de 2007

Licenciado
Alex Gutiérrez De La O
Director
Área de Auditoria y Control de Recursos Humanos

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio número AC-256-2007 de fecha 17 de octubre de 2007, por medio del cual consulta lo siguiente:

> "Con motivo de los resultados obtenidos en diversas auditorias realizadas, así como en los seguimientos programados para éstas, se ha detectado entre los hallazgos más recurrentes que algunos jefes de las unidades de recursos humanos **formalizan actos administrativos** relacionados con movimientos de personal, principalmente en lo que se refiere a nombramientos interinos o ascensos, sin que para ello se disponga de la totalidad de los documentos de respaldo o soporte **(Certificación del Registro Judicial, Declaración de Parentesco, Declaración de Pago de Prestaciones Legales, Declaración Jurada del Jefe de Recursos Humanos, Certificaciones de experiencia que no se ajustan a la normativa establecida)**, conforme lo establecen las disposiciones técnicas y legales emitidas por la Dirección General de Servicio Civil (entre ellas el Oficio Circular Gestión 001-2005).
>
> En tal sentido queda claro que en todo momento el acto administrativo emitido no cumplió con todos los requisitos requeridos, si bien la Administración Activa procede a subsanar posteriormente los actos emitidos; para esta Auditoria reviste de suma importancia que esa Asesoría Jurídica nos oriente jurídicamente, para efectos recomendativos de nuestros informes sobre los siguientes tópicos:
>
> **¿Existe alguna terminología técnico-jurídico en nuestro ordenamiento que podamos aplicar, para identificar los diferentes respaldos o soportes documentos que formalizan los actos administrativos en materia de recursos humanos?**
>
> **¿Debe recomendarse iniciar las diligencias para anular el acto administrativo cuando este carece de dichos requisitos ya sea parcial o totalmente? ¿Si la clasificación incorpora requerimientos sustanciales estos pueden con el tiempo, anexarse al expediente de personal o simplemente con el tiempo transcurrido se cumplen y dar por satisfecha la anomalía en la tramitación del movimiento de personal que se**

> **trate por satisfecha la anomalía en la tramitación del movimiento de personal que se trate por ejemplo: a) no se contaba con la cantidad de experiencia solicitada b) se incumplió con la consolidación de funciones c) no aportó la garantía económica?**
>
> **¿Si los actos administrativos son subsanables, debe la Administración Activa emitir alguna resolución para dicho propósito? E informar a la Auditoria de la Dirección General de Servicio Civil sobre ello?**
>
> **¿Administrativamente, podemos sugerir que se deben sentar las responsabilidades administrativas y disciplinarias en los funcionarios que tramitaron incorrectamente los actos administrativos?"** (La negrilla pertenece al original)

En cuanto a su primer pregunta, debemos indicar que todos los documentos en los cuales esté basado un acto administrativo, podemos denominarlos pruebas, ya que tienen la virtud de ser considerados el fundamento probatorio sobre el cual puede sustentarse el acto que emana de la administración pública, véase en particular lo que dispone el artículo 298 de la Ley General de la Administración Pública en cuanto a los medios de prueba:

> *"Artículo 298.-*
>
> *1. Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común.*
>
> *2. Salvo disposición en contrario, las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica."*

Ahora bien, partiendo de un ejemplo, propiamente de una certificación emitida por una entidad pública y aportada por un administrado con el cual quiere demostrar si hubo vinculo con dicho órgano para efectos del reconocimiento de anualidades, dicho documento vendría a constituir la prueba sobre la cual la administración fundara su decisión final materializado a través de un acto administrativo de reconocer las

anualidades, desde luego que la prueba por sí sola no tendría posibilidad de constituirse en acto, pues el acto administrativo es una declaración de voluntad de la administración, cuyo validez recae sobre los elementos formales y materiales del acto administrativo que pretende la administración sancionar.

Resulta importante traer a colación el tema de la validez y eficacia del acto, pues así lo exige nuestro ordenamiento jurídico, los cuales deben contener los siguientes elementos: **Elementos Formales**: Sujeto: Es el funcionario que emite el acto administrativo el cual contiene necesariamente tres aspectos: a) Competencia, b) regularidad de la investidura del funcionario y c) Legitimación del Funcionario, lo anterior se encuentra recogido en el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública. **Voluntad:** todo acto administrativo debe aparecer objetivamente como una manifestación de voluntad libre, consiente y dirigida a producir el efecto jurídico deseado pare el fin requerido por el ordenamiento jurídico. **Procedimiento:** Entendido como los aspectos preparatorios y preliminares necesarios para la emisión de un acto administrativo. **Objeto:** El acto jurídico siempre tiende a la producción de un efecto de derecho, el cual debe ser posible y licito, donde se ubica el interés público que se requiere satisfacer. Dentro de los E**lementos Materiales** del acto administrativo encontramos el **Contenido:** Que es el resultado inmediato del acto del acto, es este lo que el acto dispone, certifica, declara o juzga, este contenido debe necesariamente ser lícito, posible, claro, preciso, y comprende todas las cuestiones de hecho y de derecho. **Motivo:** Es el antecedente jurídico que hace posible o necesaria la emisión del acto de conformidad con la ley. El motivo crea la necesidad publica de emitir un acto y le hace posible. **Fin:** Es el resultado último, de índole no jurídica, que persigue el acto en relación con el motivo realizado. El fin del acto es siempre realizado, sin perjuicio de que se puedan dar fines discrecionales.

En cuanto a la siguiente pregunta **¿Debe recomendarse iniciar las diligencias para anular el acto administrativo cuando este carece de dichos requisitos ya sea parcial o totalmente?** Sobre ésta,

debemos indicar lo siguiente, un acto administrativo debe ser anulado cuando éste adolezca de alguno de los elementos formales o materiales del acto administrativo ya analizados, y su anulación total, procedería cuando se trate de una Nulidad absoluta, es decir en aquellos casos en donde se ha existido un grueso error o inobservancia de los elementos del acto.

No se procedería igual, en los caos de las nulidades relativas, pues en estas últimas el acto puede ser subsanado, enderezando las actuaciones a partir de las cuales se genere la nulidad relativa. Para continuar con el ejemplo arriba mencionado, una cosa sería que el funcionario del todo nunca ha laborado en la administración pública y se le reconocen las anualidades solicitadas en cuyo caso habría una Nulidad Absoluta, y otro sería el caso de que aún cuando se sabe que el funcionario sí laboró para la administración, no ha presentado en forma conjunta a su solicitud, las pruebas que vendrían finalmente a demostrar que efectivamente laboró para la administración, pero la presentación de la certificación lo fue en un momento posterior a la solicitud o acto que reconocimiento de la anualidad, en tal caso lo que estaríamos frente a una Nulidad relativa.

¿Si la clasificación incorpora requerimientos sustanciales estos pueden con el tiempo, anexarse al expediente de personal o simplemente con el tiempo transcurrido se cumplen y dar por satisfecha la anomalía en la tramitación del movimiento de personal que se trate por ejemplo: a) no se contaba con la cantidad de experiencia solicitada b) se incumplió con la consolidación de funciones c) no aportó la garantía económica?

En el presente supuesto debe quedar claro que cuando a lo que se aspira es a un puesto cuyo requisito requiera la demostración de experiencia, este requisito debe necesariamente poseerlo el funcionario al momento de realizarse el movimiento de personal o el estudio de clasificación correspondiente, pues de no tenerlo estaría aspirando a un puesto cuyo requisitos consiste esencialmente en tener la experiencia que el puesto requiere, en tal caso estaría haciendo

falta un requisito esencial para ocupar el puesto. Igualmente pasaría con el caso de un funcionario que requiere consolidar funciones, y hasta tanto no se demuestre haberlas consolidado resultaría ilegítimo realizar la reasignación del puesto, dado que solo para este acto se requiere consolidar funciones.

Respecto de lo anterior puede resultar aplicable en lo que al caso interese la situación de las reasignaciones, y según lo que establece el artículo 111 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil el cual indica al respecto:

> ***"Artículo 111.-*** *En los casos previstos en los artículos 109 y 110 precedentes, la reasignación se resolverá de acuerdo con el siguiente procedimiento:*
>
> *La reasignación sólo podrá efectuarse si se cumplen los requisitos técnicos señalados en el artículo anterior y el servidor titular del puesto reúne los requisitos que para la clase recomendada señala el Manual respectivo, salvo casos de excepción contemplados en la normativa que para tal efecto dicte la Dirección General."*

Por otro parte en lo que se refiere a la pregunta: **¿Si los actos administrativos son subsanables, debe la Administración Activa emitir alguna resolución para dicho propósito? E informar a la Auditoria de la Dirección General de Servicio Civil sobre ello?**

Como se indicó en líneas arriba, procedería la subsanación de los actos, en el tanto estemos frente a un acto sobre el cual se arguye de nulo relativamente, pues evidentemente sobre aquellos en los que se alegue la Nulidad Absoluta resultaría insubsanables por la vía de la revocación del acto por medio de una resolución pura y simple. En cuanto a la segunda parte de la pregunta, nuestro criterio es que si el asunto ha sido subsanado por los procedimientos legalmente procedentes al menos lo que podría hacer la administración es poner en conocimiento de la Auditoria tal situación, a efectos de evitar que innecesariamente se prosiga con una auditoria sobre la cual no hay

nada que investigar, pues ya el asunto ha sido debidamente enderezado.

Finalmente en lo que se refiere al siguiente punto: **Administrativamente, podemos sugerir que se deben sentar las responsabilidades administrativas y disciplinarias en los funcionarios que tramitaron incorrectamente los actos administrativos?"**

A nuestro juicio, tanto las auditorias como todos los funcionarios públicos, están en la obligación de solicitar que se sienten las responsabilidades del caso en aquellas situaciones en donde efectivamente se pueda determinar fehacientemente o se desprenda del estudio o investigación, que la administración o algún funcionario ha incurrido en procedimientos irregulares, no obstante lo anterior dicha solicitud debe estar debidamente respaldada documental o probatoriamente, pues no resultaría dable hacer una solicitud, en un caso en donde no se tiene un grado mínimo de certeza, que permita llegar a una conclusión de que hubo una irregularidad.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca
Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
AJ-424-2007
23 de julio de 2007

Licenciada
Ileana Pérez Ávila
Analista
Área de Salarios e Incentivos

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos permitimos atender el oficio Nº SI-082-2007 de fecha 11 de los corrientes, y por medio del cual consulta:

> *"De acuerdo con el AJ-158-2004 del 29 de noviembre de 2004 se señaló lo siguiente:*
> *"...la ley Nº 1835 no es aplicable a los servidores cubiertos por el Estatuto de Servicio Civil; así lo dispone expresamente el artículo uno, inciso a, de dicha ley: "Artículo 1º(...)".*
>
> *En razón de lo anterior esta instancia emitió el oficio IT-NT-229-2004 indicando:*
>
> *"De conformidad con lo externado, ha de reiterarse lo expuesto en nuestro oficio IT-NT-200-2004, y por ende las horas extras no ese (sic) tomarán en cuenta para el cálculo del aguinaldo; consecuentemente tampoco para el cálculo del salario escolar, por cuanto conforme al artículo 1º inciso b) de la Resolución DG-005-95, del 12 de enero de 1995,..."*
>
> *No obstante lo anterior, para resolver algunas situaciones que se presentan para el uso del sistema INTEGRA, y su actualización en cuanto las mejoras que deben realizarse para ajustar esta herramienta a lo legalmente establecido, debe quedar claro si los salarios extraordinarios se pueden considerar para el cálculo, tanto del aguinaldo como del salario escolar, requerimos que se nos indique a que se refiere el artículo 2 de la ley 1835 que a la letra dice:*
>
> *"Artículo 2º.- (...)"*

Lo anterior en razón de que la ley referida modifica otra ley (Nº 1581 del30 de mayo de 1953) y la situación por la que se ha sostenido que lo correspondiente al pago de horas extras no se puede incluir en el cálculo del aguinaldo es porque así lo indica el inciso g) del artículo 49 del Reglamento al (sic) Estatuto de Servicio Civil, el cual tiene su sustento legal en el Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954).”

Para ir resolviendo el fondo de la consulta, nos permitiremos hacer referencia al dictamen de la Procuraduría General de la República Nº C-011-2006 del 16 de enero del 2006 en el cual se analizó el tema y dispuso al efecto:

“1. Breve reseña histórica de la normativa legal que origina el derecho a percibir el aguinaldo en el Sector Público, y los parámetros para el cálculo del aguinaldo de los servidores bajo el Régimen del Servicio Civil (Ley No. 1981 de 30 de mayo de 1953 y sus reformas)

La primera normativa que contempló el pago del aguinaldo para el personal excluido del Régimen de Servicio Civil, fue la promulgada por Ley No. 1719 de 10 de diciembre de 1953, que en su artículo 2, establecía que para el cálculo del aguinaldo, solamente se tomarían en cuenta los salarios provenientes de una jornada ordinaria.

Posteriormente, esa ley fue derogada por la Ley No. 1835 de 11 de diciembre de 1954, que a su vez, y mediante el párrafo segundo del artículo 2 (hoy tercero), viene a complementar o adicionar al referido inciso h) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil, en lo que corresponde al período para el cómputo de los salarios a tomar en consideración en el aguinaldo del personal bajo ese sistema. Así, el texto de adición reza:

" A los propósitos de este artículo se tiene por ampliado y modificado el inciso h) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil."

Bajo esa ampliación y/o modificación, se soluciona lo que aquella norma estatutaria no regulaba en aquel entonces, sea, en lo que toca al período para los efectos del cálculo del sueldo adicional a que tienen derecho los servidores que se encuentran cubiertos por el Régimen de cita. Específicamente, el contenido de la norma ampliada, expresa lo siguiente:

"Para los efectos de calcular el sueldo adicional a que tienen derecho los servidores del gobierno, el año para el cómputo de las sumas recibidas y tiempo servido, será el comprendido entre el 1 de noviembre del año anterior y el 31 de octubre del año respectivo." (Lo resaltado en negrilla no es del texto original)

Posteriormente, y luego de un estudio exhaustivo de los antecedentes históricos del actual párrafo segundo de la Ley No. 1835, este Despacho ha notado que en el proyecto de la Ley No. 3929 de 8 de agosto de 1967, se propuso un texto cuya intención fue no sólo la de computar para el cálculo del aguinaldo los salarios extraordinarios, sino que esa norma iba dirigida a todos los funcionarios o empleados del Estado y sus instituciones. De esa manera, se pretendía establecer:

"Para el cálculo del decimotercer mes correspondiente a los funcionarios y empleados del Estado y sus instituciones se actuará en la forma indicada en esta ley."

Sin embargo, esa propuesta se dividió en tres reformas individuales, a saber: la No. 2412 de 23 de octubre de

1959 (que regula el aguinaldo para los que laboran en la empresa privada); la citada Ley No. 1835 de 11 de diciembre de 1954 (para los que laboran en instituciones y empleados estatales excluidos del Servicio Civil) y la Ley No. 1981 de 9 de noviembre de 1955 (para los que trabajan en instituciones autónomas). Y en todas ellas se incorporó un texto idéntico donde se dispuso que el aguinaldo "…será calculado con base en el promedio de los sueldos ordinarios y extraordinarios devengados…" durante el respectivo periodo.

Pero en ninguna de esas reformas se tomó en cuenta la incompleta regulación del derecho al décimo tercer salario del mencionado inciso h) del numeral 37 del Estatuto de Servicio Civil, (aunque debe recordarse que en el texto del recién citado proyecto de Ley No. 3929 sí quedaba comprendido el personal cubierto por ese régimen estatutario). Sin embargo es criterio de esta Procuraduría que el hecho de que el legislador no se haya referido en alguno de los textos de reforma a lo dispuesto en ese inciso estatutario, en modo alguno puede ser entendido como una omisión de integrar a ese personal en los parámetros necesarios para el cómputo del décimo tercer salario, pues la intención siempre fue acoplar esa hipótesis a todo el empleado o funcionario que trabaja para el Estado o en alguna de sus instituciones, sin excepción. Aunado a ello, repetimos, en el texto de la citada Ley No. 1835 permaneció o subsistió (aunque ya como párrafo tercero) la disposición que adiciona o amplía el inciso h) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil sobre el período para el cálculo del aguinaldo del funcionario en mención, cuando señala: "A los propósitos de este artículo, se tiene por ampliado y modificado el inciso h), del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil." Incluso en la actualidad este párrafo se

ubica en el texto final del citado artículo, integrando toda la norma al régimen estatutario, de la siguiente forma:

"Artículo 2.-
Para los efectos de calcular el sueldo adicional a que tiene derecho los servidores del gobierno, el año para el cómputo de las sumas recibidas y tiempo servido, será el comprendido entre el 1 de noviembre del año anterior y el 31 de octubre del año respectivo. En cuanto a los trabajadores pagados por sistema de jornales o planillas, el Ministerio de Hacienda podrá adoptar el procedimiento que estime más apropiado al caso.
El sueldo adicional a que se refiere esta ley, será calculado con base en el promedio de los sueldos ordinarios y extraordinarios, devengados durante el período indicado en el párrafo primero.
A los propósitos de este artículo, se tiene por ampliado y modificado el inciso h), del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil. (Reformado mediante Ley No. 3929 de 8 de agosto de 1967)."
(Lo resaltado en negrilla no es del texto original)

De modo que más bien debe entenderse, que al tenerse por adicionado en el inciso h) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley No. 1835, -respecto del período para el cálculo del aguinaldo de los servidores cubiertos por el Estatuto de Servicio Civil- al legislador le bastó esa disposición para no volver a mencionarlos en los parámetros que posteriormente dicta mediante Ley No. 3929 de 8 de agosto de 1967 y que son de interés en este estudio. De esa forma se solventa razonablemente el déficit de los aludidos presupuestos que no prevé la indicada norma estatutaria.

Por consiguiente y conforme al orden de las disposiciones legales analizadas hasta aquí, se puede colegir, sin lugar a dudas, que la restricción contenida en el artículo 49, inciso g) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (emitido el 14 de diciembre de 1954), responde al texto original del artículo 3 de la Ley No. 1835 de 11 de diciembre de 1954, que expresaba:

"Artículo 3.-
Las sumas que reciban los beneficiarios por el desempeño de otras funciones distintas a las de su cargo principal, así como las que perciban en concepto de horas extras, de trabajos extraordinarios, de viáticos o gastos de viaje y del subsidio familiar no se considerarán como parte del salario o pensión, para los efectos del cálculo a que se refiere el artículo anterior."
(Lo resaltado en negrilla no es del texto original)

En síntesis, a partir de ese estudio detallado de lo que aconteció con lo dispuesto en el inciso g) del artículo 49 en cuestión, este Despacho arriba a la conclusión de que la existencia de dicho ordinal obedeció a un momento histórico determinado, en tanto su texto fue adoptado con base en la limitación legal existente en aquel entonces (a finales de 1954), que en forma categórica negaba la posibilidad del cómputo para el cálculo del aguinaldo de sumas devengadas por concepto de horas extra. En otras palabras, la única explicación de que aparezca aún la limitación en ese inciso reglamentario, radica en que el Poder Ejecutivo de ese entonces se vio obligado a sujetarse a la restricción contenida en la normativa legal de recién cita, estableciéndose allí que tampoco podían ser computadas para el cálculo de aguinaldo –entre otras- las sumas por concepto de horas extra.

En consecuencia, al haberse suprimido dicha restricción a partir de la vigencia de la citada Ley Nº 3929 de 8 de agosto de 1967, necesariamente debe entenderse que la norma reglamentaria de consulta perdió aplicación, al quedar superada o derogada tácitamente por la regla de rango jerárquico superior, que fue la que vino a prevalecer para los efectos del cálculo del mencionado salario adicional.

Aparte de los anteriores argumentos, a nuestro juicio contundentes, hay que tener en consideración también que de seguirse la tesis de que la aplicable es la norma reglamentaria de consulta, ello conduciría no sólo a una absurda e injusta discriminación del personal cubierto por el régimen de Servicio Civil, sino que su texto contravendría, evidentemente, con el "principio de la jerarquía de las normas", que puntualmente establece el mencionado artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública. "

Como puede verse, el artículo 49 inciso g) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, evidentemente perdió aplicación, en virtud de la entrada en vigencia de la reforma operada por la ley 3929 del 8 de agosto de 1967, por lo que hoy día efectivamente deben ser considerados los sueldos ordinarios y extraordinarios para efectos del cálculo del aguinaldo.

Lo anterior encuentra respaldo en la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República en el dictamen ibid, y en el dictamen C-346-2006 de fecha 28 de agosto del 2006 en el cual dicha institución subrayó al respecto:

"2.-
Asimismo, y con base en el citado artículo 2 de la Ley No. 1835, también se calculará el aguinaldo de los funcionarios regidos por el Estatuto de Servicio

Civil; es decir, tomándose en cuenta para ello, el promedio de 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 (sic) Estatuto de Servicio Civil. "

Ahora bien, dado que el Salario Escolar, consiste en un ajuste adicional -para los servidores activos- **al aumento de salarios por costo de vida** otorgado a partir del 1 de julio de 1994, y que será un porcentaje del salario nominal de dichos servidores, para que sea pagado en forma acumulativa en el mes de enero de cada año, no procede considerar los salarios extraordinarios, pues el fundamento o naturaleza jurídica del Salario escolar, es totalmente distinta al del aguinaldo.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-462-2007
10 de agosto de 2007

Master

Francisco Chang Vargas
Director
Área de Salarios e Incentivos

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su oficio SI-094-2007 de fecha 31 de julio del 2007, por medio del cual se refiere al oficio de esta instancia asesora Nº AJ-424-2007, de fecha 23 de julio de los corrientes, y respecto del cual hace la siguiente conclusión:

> "Valga recordar que esta Dependencia, ha emitido normativa variada (resoluciones, oficios circulares, criterios) con la finalidad no solo de conceptuar y contextualizar el salario escolar como elemento de la política salarial y la estructura retributiva; sino también de que su aplicación y administración se encuentra dentro de dicho contexto.
>
> A este respecto, resulta necesario, dados los contenidos del párrafo transcrito supra, traer a colación lo que estipula el artículo 1º inciso b) de la Resolución DG-062-94, conforme a la modificación contenida en la Resolución DG-005-95, del 12 de enero de 1995, referido al cálculo del componente salarial denominado "salario escolar":
>
> "Artículo 1º. Crear el "Salario Escolar", el cual consistirá en un porcentaje calculado sobre el salario de cada servidor, el mismo será acumulativo y se regirá de conformidad con lo siguiente:
> (...)
> b. Para efectos del cálculo, se tomarán en consideración los mismos componentes salariales que se utilizan para determinar el aguinaldo."
>
> De conformidad con lo expuesto, se llega a colegir que el sueldo extraordinario es parte de la remuneración de los servidores del Régimen de Servicio Civil; y que el aguinaldo se calcula con base en el promedio de los sueldos ordinarios y extraordinarios. Consecuentemente, es criterio de esta Área que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1º inciso b) de la Resolución DG-

062-94, para el cálculo del salario escolar sí deben tomarse en cuenta las sumas percibidas por concepto de sueldo extraordinario.

En el sentido apuntado en el párrafo precedente se externa el criterio de esta Área, para los fines pertinentes."

Sobre el particular conviene aclarar y analizar los conceptos de "Salario Escolar" y de "Aguinaldo" o "Decimotercer Salario Extraordinario", así como la regulación en que se sustenta cada figura, a efectos de ir uniformando los criterios jurídicos emanados por este ente asesor, respecto de la Jurisprudencia de nuestros Tribunales comunes, así como del Alto Tribunal Constitucional costarricense y de la Procuraduría General de la República.

I.- Salario Escolar.

Para al análisis histórico y la definición de este concepto, traeremos a colación el Dictamen de la Procuraduría General de la República Nº C-002-2001, del 04 de enero del 2001 , que sobre el tema ha indicado al respecto:

"II.- CONCEPTO DEL SALARIO ESCOLAR:
Este rubro económico fue autorizado, fundamentalmente, mediante el Decreto número 23495-MTSS de 19 de julio de 1994 y modificado por el Decreto Ejecutivo número 23907-H de 21 de diciembre del mismo año, definiéndose como*"... un ajuste adicional, para los servidores activos, el aumento de salarios por costo de vida otorgado a partir del 1 de julio de 1994, y será un porcentaje del salario nominal de dichos servidores, para que sea pagado en forma acumulativa, en el mes de enero de cada año.*(2)

(2) Ver artículo 2 del citado Decreto No. 23907-H

En la reglamentación de cita, se incluye la Resolución DG-062-94, de las diez horas del cinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, en donde se autoriza a la Dirección General del Servicio Civil crear el plus salarial para los servidores que se encuentran en ese Régimen, así como la Resolución AP-34-94, mediante la que,

se autoriza a la Autoridad Presupuestaria extenderlo a las instituciones y empresas públicas cubiertas bajo ese ámbito, según lo dispone claramente el numeral 3 del citado Decreto No.23907-H.
Como se ha logrado extraer de toda esa normativa, así como lo expuesto en el acápite que antecede, el "Salario Escolar" responde a un componente económico fijo anual, que percibe el trabajador o servidor, como ajuste adicional al aumento de salarios por costo de vida. En esa medida, resulta ser una parte que integra el salario total del empleado. De ahí que, con toda razón, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante el Voto Número 0722 -98 de las 12:09 horas del seis de febrero de 1998, ha subrayado, en lo que aquí interesa, que:

"...es menester hacer un análisis de lo que comúnmente se ha venido denominando "salario escolar", salario que nace mediante el Decreto número 23495-MTSS publicado en el Alcance número 23 a la Gaceta número 138 del veinte de julio de mil novecientos noventa y cuatro, el cual fue modificado por el Decreto Ejecutivo número 23907-H publicado en la Gaceta número 246 del veintisiete de diciembre del mismo año. Dicho decreto estableció un sistema de retención y pago diferido de un porcentaje del total del aumento decretado por costo de la vida para el año que corresponda. Ese porcentaje se fijó en un dos por ciento del total a pagar por dicho rubro, el cual debería cancelarse por parte del patrono en forma acumulada y diferida con el último pago del mes de enero siguiente. Así, verbigracia, si el aumento decretado por el Estado para el sector equivale a un ocho por ciento, mensualmente el patrono retendrá -al trabajador activo- un dos por ciento de ese aumento sobre una base mensual y pagará junto con el salario mensual la diferencia, sea en el caso de ejemplo, un seis por ciento. De esta forma queda claro que el monto pagado por la vía del llamado "salario escolar" es un monto que no paga el Estado en forma adicional como si fuera un monto extraordinario en el mes de enero de cada año, ***sino que es un monto que por derecho le corresponde al trabajador recibir en forma diferida en el mes de enero, monto que de por sí ya ha devengado y se encuentra dentro de su patrimonio. "****Si lo anterior se ajusta a lo dispuesto en el señalado Decreto, el recurrente parte de una premisa falsa, toda vez que lo que el trabajador activo percibe en el mes de enero siguiente al aumento decretado el año anterior, es un dinero que el Estado no paga en forma extraordinaria o como*

un decimocuarto mes, ***sino que corresponde a una suma que ya se encontraba dentro del patrimonio del trabajador por cuanto ya había sido reconocida por éste e incluida dentro del salario a percibir, sólo que se le paga en forma diferida..."***

La jurisprudencia recién citada es puntual con las disposiciones mencionadas, al explicarse allí, la retribución de análisis, como un pago acumulado que se hace anualmente al funcionario, ya que, para ello, es necesario retenerle en el período correspondiente, un cierto porcentaje del reajuste al sueldo, que por concepto de costo de vida dicta el Poder Ejecutivo; lo que, con tal exposición, no hay duda de que ese plus, constituye un aumento salarial diferido, corriente y común como cualquier otro de ese carácter."

En igual sentido, recientemente dicha instancia asesora del Estado mediante dictamen Nº C-426-2007 de fecha 24 de octubre de 2006, expone sobre el concepto en análisis lo siguiente:

"Asimismo, mediante Decreto Número 23907-H de 21 de diciembre de 1994, que es modificación del Decreto No. 23495-MTSS de 19 de julio de 1994, se establece la conformación del Salario Escolar para todo funcionario o empleado público, cuando en el artículo 2, se establece;

"Que el Salario Escolar, consiste en un ajuste adicional, para los servidores activos, al aumento de salarios por costo de vida otorgado a partir del 1 de julio de 1994, y será un porcentaje del salario nominal de dichos servidores, para que sea pagado en forma acumulativa, en el mes de enero de cada año."

Es decir, el salario escolar se va formando sobre un porcentaje del total del aumento por costo de vida que dicta el Poder Ejecutivo durante el año que precede, debiéndose otorgar en forma acumulada en el mes de enero siguiente. (Véanse los Dictámenes Nos. C-218 de 14 de junio del 2005 y C-148 de 7 de abril del 2006) "

De lo anterior podemos concluir que el Salario Escolar comienza a reconocerse a los funcionarios del Estado costarricense, a partir de la

emisión del Decreto Número No. 23495-MTSS de fecha 19 de julio de 1994, reformado por el Decreto Ejecutivo Nº DE-23907-H de fecha 21 de diciembre de 1994, y que precisamente este concepto es reconocido a los funcionarios cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, a partir de la resolución de la Dirección General de Servicio Civil número DG-62-94 de las 10 horas del 05 de agosto de 1994.

II.- Concepto de Aguinaldo o Decimotercer Salario Extraordinario.

De igual forma, para el estudio del concepto en cuestión, y por la completés y abundancia del análisis, haremos referencia a la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, invocando el dictamen Nº C-211-2006 del 16 de enero del 2006, que sobre el particular estableció:

> *"**1. Breve reseña histórica de la normativa legal que origina el derecho a percibir el aguinaldo en el Sector Público, y los parámetros para el cálculo del aguinaldo de los servidores bajo el Régimen del Servicio Civil (Ley No. 1981 de 30 de mayo de 1953 y sus reformas)***
>
> *La primera normativa que contempló el pago del aguinaldo para el personal excluido del Régimen de Servicio Civil, fue la promulgada por Ley No. 1719 de 10 de diciembre de 1953, que en su artículo 2, establecía que para el cálculo del aguinaldo, solamente se tomarían en cuenta los salarios provenientes de una jornada ordinaria.*
>
> *Posteriormente, esa ley fue derogada por la Ley No. 1835 de 11 de diciembre de 1954, que a su vez, y mediante el párrafo segundo del artículo 2 (hoy tercero), viene a complementar o adicionar al referido inciso h) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil, en lo que corresponde al período para el cómputo de los salarios a tomar en consideración en el aguinaldo del personal bajo ese sistema. Así, el texto de adición reza:*
>
> *" A los propósitos de este artículo se tiene por ampliado y modificado el inciso h) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil."*

Bajo esa ampliación y/o modificación, se soluciona lo que aquella norma estatutaria no regulaba en aquel entonces, sea, en lo que toca al período para los efectos del cálculo del sueldo adicional a que tienen derecho los servidores que se encuentran cubiertos por el Régimen de cita. Específicamente, el contenido de la norma ampliada, expresa lo siguiente:

"Para los efectos de calcular el sueldo adicional ***a que tienen derecho los servidores del gobierno, el año para el cómputo de las sumas recibidas y tiempo servido, será el comprendido entre el 1 de noviembre del año anterior y el 31 de octubre del año respectivo****." (Lo resaltado en negrilla no es del texto original)*

Posteriormente, y luego de un estudio exhaustivo de los antecedentes históricos del actual párrafo segundo de la Ley No. 1835, este Despacho ha notado que en el proyecto de la Ley No. 3929 de 8 de agosto de 1967, ***se propuso un texto cuya intención fue no sólo la de computar para el cálculo del aguinaldo los salarios extraordinarios, sino que esa norma iba dirigida a todos los funcionarios o empleados del Estado y sus instituciones.*** *De esa manera, se pretendía establecer:*

"Para el cálculo del décimotercer mes correspondiente a los funcionarios y empleados del Estado y sus instituciones se actuará en la forma indicada en esta ley."

Sin embargo, esa propuesta se dividió en tres reformas individuales, a saber: la No. 2412 de 23 de octubre de 1959 (que regula el aguinaldo para los que laboran en la empresa privada); la citada Ley No. 1835 de 11 de diciembre de 1954 (para los que laboran en instituciones y empleados estatales excluidos del Servicio Civil) y la Ley No. 1981 de 9 de noviembre de 1955 (para los que trabajan en instituciones autónomas). Y en todas ellas se incorporó un texto idéntico donde se dispuso que el aguinaldo "…será calculado con base en el promedio de los sueldos ordinarios y extraordinarios devengados…" durante el respectivo periodo.

Pero en ninguna de esas reformas se tomó en cuenta la incompleta regulación del derecho al décimo tercer salario del mencionado inciso h) del numeral 37 del Estatuto de Servicio Civil,

(aunque debe recordarse que en el texto del recién citado proyecto de Ley No. 3929 sí quedaba comprendido el personal cubierto por ese régimen estatutario). Sin embargo es criterio de esta Procuraduría que el hecho de que el legislador no se haya referido en alguno de los textos de reforma a lo dispuesto en ese inciso estatutario, en modo alguno puede ser entendido como una omisión de integrar a ese personal en los parámetros necesarios para el cómputo del décimo tercer salario, pues la intención siempre fue acoplar esa hipótesis a todo el empleado o funcionario que trabaja para el Estado o en alguna de sus instituciones, sin excepción. Aunado a ello, repetimos, en el texto de la citada Ley No. 1835 permaneció o subsistió (aunque ya como párrafo tercero) la disposición que adiciona o amplía el inciso h) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil sobre el período para el cálculo del aguinaldo del funcionario en mención, cuando señala: "A los propósitos de este artículo, se tiene por ampliado y modificado el inciso h), del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil." Incluso en la actualidad este párrafo se ubica en el texto final del citado artículo, integrando toda la norma al régimen estatutario, de la siguiente forma:

"Artículo 2.-
Para los efectos de calcular el sueldo adicional a que tiene derecho los servidores del gobierno, ***el año para el cómputo de las sumas recibidas y tiempo servido, será el comprendido entre el 1 de noviembre del año anterior y el 31 de octubre del año respectivo.*** *En cuanto a los trabajadores pagados por sistema de jornales o planillas, el Ministerio de Hacienda podrá adoptar el procedimiento que estime más apropiado al caso.*
El sueldo adicional a que se refiere esta ley, será calculado con base en el promedio de los sueldos ordinarios y extraordinarios, devengados durante el período indicado en el párrafo primero.
A los propósitos de este artículo, se tiene por ampliado y modificado el inciso h), del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil. (Reformado mediante Ley No. 3929 de 8 de agosto de 1967)."
(Lo resaltado en negrilla no es del texto original)

De modo que más bien debe entenderse, que al tenerse por adicionado en el inciso h) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley No. 1835, -respecto del

período para el cálculo del aguinaldo de los servidores cubiertos por el Estatuto de Servicio Civil- al legislador le bastó esa disposición para no volver a mencionarlos en los parámetros que posteriormente dicta mediante Ley No. 3929 de 8 de agosto de 1967 y que son de interés en este estudio. De esa forma se solventa razonablemente el déficit de los aludidos presupuestos que no prevé la indicada norma estatutaria.

Por consiguiente y conforme al orden de las disposiciones legales analizadas hasta aquí, se puede colegir, sin lugar a dudas, que la restricción contenida en el artículo 49, inciso g) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (emitido el 14 de diciembre de 1954), responde al texto original del artículo 3 de la Ley No. 1835 de 11 de diciembre de 1954, que expresaba:

"Artículo 3.-
Las sumas que reciban los beneficiarios por el desempeño de otras funciones distintas a las de su cargo principal, ***así como las que perciban en concepto de horas extras, de trabajos extraordinarios,*** *de viáticos o gastos de viaje y del subsidio familiar* ***no se considerarán*** *como parte del salario o pensión, para los efectos del cálculo a que se refiere el artículo anterior."*
(Lo resaltado en negrilla no es del texto original)

En síntesis, a partir de ese estudio detallado de lo que aconteció con lo dispuesto en el inciso g) del artículo 49 en cuestión, este Despacho arriba a la conclusión de que la existencia de dicho ordinal obedeció a un momento histórico determinado, en tanto su texto fue adoptado con base en la limitación legal existente en aquel entonces (a finales de 1954), que en forma categórica negaba la posibilidad del cómputo para el cálculo del aguinaldo de sumas devengadas por concepto de horas extra. En otras palabras, la única explicación de que aparezca aún la limitación en ese inciso reglamentario, radica en que el Poder Ejecutivo de ese entonces se vio obligado a sujetarse a la restricción contenida en la normativa legal de recién cita, estableciéndose allí que tampoco podían ser computadas para el cálculo de aguinaldo –entre otras- las sumas por concepto de horas extra.

En consecuencia, al haberse suprimido dicha restricción a partir de la vigencia de la citada Ley N0. 3929 de 8 de agosto de 1967, necesariamente debe entenderse que ***la norma reglamentaria de***

consulta perdió aplicación, *al quedar superada o derogada tácitamente por la regla de rango jerárquico superior, que fue la que vino a prevalecer para los efectos del cálculo del mencionado salario adicional.*

Aparte de los anteriores argumentos, a nuestro juicio contundentes, hay que tener en consideración también que de seguirse la tesis de que la aplicable es la norma reglamentaria de consulta, ello conduciría no sólo a una absurda e injusta discriminación del personal cubierto por el régimen de Servicio Civil, sino que su texto contravendría, evidentemente, con el "principio de la jerarquía de las normas", que puntualmente establece el mencionado artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública.

Finalmente, esta Procuraduría, de oficio, amplía el Dictamen No. C-218-2005 de 14 de junio del presente año, en el tanto su fundamento jurídico queda precisado con el análisis histórico y jurídico realizado en este estudio sobre la procedencia de tomar en consideración, ***para el cálculo del aguinaldo de los funcionarios dentro del régimen del Servicio Civil, lo devengado por concepto de horas extra."*** (El subrayado no pertenece al original)

III.- Forma de calcular el Aguinaldo y el Salario Escolar.

En cuanto a la forma del cálculo del aguinaldo es sumamente sencilla, se trata simplemente de considerar lo percibido por el funcionario durante el tiempo laborado de manera ordinaria y extraordinaria, en el período comprendido entre el 01 de noviembre del año anterior y el 31 de octubre del año respectivo, véase en igual sentido lo manifestado por la Procuraduría General de la República en dictamen C-010-2005 de 14 de enero del 2005 retomado en su homólogo el C-218-2005 del 18 de junio del 2005, en cuyo sentido estableció:

"Como podemos observar del texto transcrito, ***para el cálculo del décimo tercer sueldo en cuestión, no se requiere de ningún tecnicismo complejo para hacerlo, cuando para esos efectos deben tomarse en cuenta simplemente el promedio de los sueldos ordinarios y extraordinarios***

devengados por el funcionario durante los doce meses anteriores al 1 de diciembre del año de que se trate. *Es decir, queda claro de esa norma que nada que no sean salarios, deben ser considerados para el otorgamiento del aguinaldo al personal que labora para el Instituto Costarricense de Pesca y Acuacultura…"* (El subrayado no pertenece al original)

Respecto a la forma de calcular el salario escolar, debemos indicar que en efecto responde a una fórmula más compleja que la del aguinaldo, véase al efecto lo establecido en el dictamen C-023-2005 de fecha 20 de enero del 2005 -retomando los pronunciamientos C-002-2001 de 4 de enero del 2001 y C-321-2002 de 28 de noviembre del 2002- por medio de los cuales se conceptualiza el "salario escolar" de la siguiente forma:

"II.- SOBRE EL FONDO.

La clave de bóveda en este asunto está en determinar cuál es la naturaleza del "salario escolar" (pago extraordinario, componente salarial o renta accesoria, etc.). Antes de abordar ese tema, debemos indicar que, en el dictamen C-002-2001, conceptualizamos el "salario escolar" de la siguiente forma:

"Este rubro económico fue autorizado, fundamentalmente, mediante el Decreto número 23495-MTSS de 19 de julio de 1994 y modificado por el Decreto Ejecutivo número 23907-H de 21 de diciembre del mismo año, **definiéndose como '... un ajuste adicional, para los servidores activos, el aumento de salarios por costo de vida otorgado a partir del 1 de julio de 1994, y será un porcentaje del salario nominal de dichos servidores, para que sea pagado en forma acumulativa, en el mes de enero de cada año**".

(...)

Como se ha logrado extraer de toda esa normativa, así como lo expuesto en el acápite que antecede, el 'Salario Escolar' responde a un componente económico fijo anual, que percibe el trabajador o servidor, como ajuste adicional al aumento de salarios por costo de vida. En esa medida, resulta ser una parte que integra el salario total del empleado. De ahí que, con toda razón, la Sala

Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante el Voto Número 0722 -98 de las 12:09 horas del seis de febrero de 1998, ha subrayado, en lo que aquí interesa, que:

‘ ...es menester hacer un análisis de lo que comúnmente se ha venido denominando "salario escolar", salario que nace mediante el Decreto número 23495-MTSS publicado en el Alcance número 23 a la Gaceta número 138 del veinte de julio de mil novecientos noventa y cuatro, el cual fue modificado por el Decreto Ejecutivo número 23907-H publicado en la Gaceta número 246 del veintisiete de diciembre del mismo año. Dicho decreto estableció un sistema de retención y pago diferido de un porcentaje del total del aumento decretado por costo de la vida para el año que corresponda. Ese porcentaje se fijó en un dos por ciento del total a pagar por dicho rubro, el cual debería cancelarse por parte del patrono en forma acumulada y diferida con el último pago del mes de enero siguiente. Así, verbigracia, si el aumento decretado por el Estado para el sector equivale a un ocho por ciento, mensualmente el patrono retendrá -al trabajador activo- un dos por ciento de ese aumento sobre una base mensual y pagará junto con el salario mensual la diferencia, sea en el caso de ejemplo, un seis por ciento. De esta forma queda claro que el monto pagado por la vía del llamado "salario escolar" es un monto que no paga el Estado en forma adicional como si fuera un monto extraordinario en el mes de enero de cada año, **sino que es un monto que por derecho le corresponde al trabajador recibir en forma diferida en el mes de enero, monto que de por sí ya ha devengado y se encuentra dentro de su patrimonio. "**Si lo anterior se ajusta a lo dispuesto en el señalado Decreto, el recurrente parte de una premisa falsa, toda vez que lo que el trabajador activo percibe en el mes de enero siguiente al aumento decretado el año anterior, es un dinero que el Estado no paga en forma extraordinaria o como un decimocuarto mes, **sino que corresponde a una suma que ya se encontraba dentro del patrimonio del trabajador por cuanto ya había sido reconocida por éste e incluida dentro del salario a percibir, sólo que se le paga en forma diferida...’**

La jurisprudencia recién citada es puntual con las disposiciones mencionadas, al explicarse allí, la retribución de análisis, como un pago acumulado que se hace anualmente al funcionario, ya que, para ello, es necesario retenerle en el período correspondiente, un cierto porcentaje del reajuste al sueldo, que por concepto de costo de vida dicta el Poder Ejecutivo; lo que, con tal exposición, no hay

> duda de que ese plus, constituye un aumento salarial diferido, corriente y común como cualquier otro de ese carácter." (El Subrayado no pertenece al original)

Así mismo consúltese la Resolución de la Dirección General de Servicio Civil Nº DG-136-97 del 01 de julio de 1997, que deja establecido el porcentaje desde el 01 de enero de 1998 de la siguiente forma:

> *"Artículo 1.- Modifíquese la Resolución DG-041-97 del 01-07-97, de forma que se incremente el porcentaje de salario escolar (...) este beneficio ajustado de acuerdo con la metodología definida al efecto, queda fijado en un ocho diecinueve por ciento (8,19%) del salario total de los servidores públicos.*
>
> *Artículo 2.- La aplicación de este porcentaje ... es sobre todas las sumas que legalmente se tengan como salario.*
>
> *Artículo 3.- Para efectos de pago este beneficio se establece como un acumulado mensual (de enero a diciembre) sobre el salario total, pagadero en el mes de enero de cada año."*

IV.- Análisis de fondo.

Resulta conveniente indicar que las figuras precedidamente citadas no encuentran relación o vínculo alguno, en cuanto a su fundamento jurídico, naturaleza, forma de cálculo y rebajos aplicables, por lo que darles un trato igual a ambos conceptos no resultaría un parangón jurídico sostenible.

En virtud de lo anterior, es que esta Asesoría Jurídica razonablemente entiende que tales conceptos encuentran diferencias sustanciales, entre las cuales podemos subrayar:

- ✓ Solamente es posible considerar el tiempo ordinario y extraordinario para el pago del aguinaldo, en virtud de lo que dispone la Ley No. 3929 de 8 de agosto de 1967 que tuvo por

ampliado y modificado el inciso h), del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil.

- ✓ No ocurre lo mismo con el Salario Escolar, pues la normativa que dio origen a éste, sea el Decreto Ejecutivo Nº 23495-MTSS de 19 de julio de 1994 y modificado por el Decreto Ejecutivo número 23907-H de 21 de diciembre del mismo año, no consideró el tiempo extraordinario para efectos de pago de este salario. Es Precisamente el "Área de Salarios e Incentivos" de esta Dirección General , quien en su oficio número SI-094-2007 de fecha 31 de julio de 2007 acudiendo a lo que dispone la Resolución de esta Dirección General Nº DG-005-95, del 12 de enero de 1995, la que viene a establecer, que sí deben considerarse las horas extras como un componente para el cálculo del Salario Escolar, en cuyo caso constituye un grueso error por vincularlo con los supuestos del Aguinaldo; además, por encontrarse en franca contradicción con su homólogo el "OFICIO CIRCULAR SI-04-94-0 de fecha 9 de septiembre de 1994", el cual establece en su numeral 2.c. del apartado 2. denominado "Restricciones sin connotación salarial **a no considerar en el cálculo del Salario Escolar**" disponiendo las "horas extraordinarias", como un elemento a no considerar en el cálculo del salario escolar, entiéndase por "horas extras" "tiempo extraordinario" según se dijo en dictamen *C-218-2005 de 14 de junio 2005 al establecer: "queda precisado con el análisis histórico y jurídico realizado en este estudio sobre la procedencia de tomar en consideración, **para el cálculo del aguinaldo de los funcionarios dentro del régimen del Servicio Civil, lo devengado por concepto de horas extra."*** (El subrayado no pertenece al original)*"*
- ✓ *Por otra parte, el fundamento jurídico que crea el Aguinaldo lo es la ley, promulgada por la Asamblea Legislativa, y el Salario Escolar se crea por medio de un Decreto Ejecutivo (*23495-MTSS de 19 de julio de 1994 y modificado por el Decreto Ejecutivo número 23907-H de 21 de diciembre 1995, y cuyo incentivo se extendió al Régimen de Servicio Civil, por medio de

la resolución de la Dirección General de Servicio Civil Nº DG-062-94, de las 10:00 horas del 05 de agosto de 1994).

- ✓ Finalmente, no pueden considerarse los mismos componentes para el cálculo del aguinaldo y el salario escolar, dado que la naturaleza de cada uno es distinta, tan es así que el aguinaldo no esta sujeto a que se le apliquen deducciones y cargas sociales, como sí corresponde hacerlo con el salario escolar, véase al respecto lo dicho por la Procuraduría General de la República en dictamen C-023-2005 del 20 de enero del 2005, en el cual se llega a la siguiente conclusión:

"**III.-**
CONCLUSIÓN.

El "salario escolar" forma parte del salario devengado en cada mes del año precedente a su pago y, consecuentemente, se debe recalcular el impuesto sobre la renta con base en el nuevo salario total o bruto mensual que corresponda, de conformidad con el inciso a) del artículo 32 de la Ley n.° 7092."

Conclusión.

Así las cosas esta Asesoría Jurídica arriba a la conclusión de que el "tiempo extraordinario" u "horas extras" no deben ser consideradas para efectos del cálculo del salario escolar, como en el caso del "Aguinaldo" o "Decimotercer Salario Extraordinario", pues como se analizó, son figuras con fundamento y naturaleza jurídica distintas.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-539-2007
17 de setiembre de 2007

Licenciada
Sandra María Quirós Álvarez
Directora de Área
Gestión de Recursos Humanos

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio N° GESTION–268-2007 de fecha 06 de setiembre del presente año, mediante el cual nos solicita resolver la solicitud planteada mediante Informe DAO-126-2007 de fecha 10 de agosto del año en curso, suscrito por la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, a fin de que se declare de confianza el puesto 028990, clase "Director General 1", correspondiente al cargo de "Director de la Dirección de Planificación Sectorial del MOPT", tomando como base legal para ello, lo dispuesto en el artículo 4 inciso g) del Estatuto de Servicio Civil, y su respectivo transitorio.

A tenor de lo indicado, debe procederse en un primer momento a transcribir la letra del numeral citado, el cual establece que:

"Artículo 4º-
Se considerará que sirven cargos de confianza: (...)

g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos

funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico"

Transitorio

"Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente ocupen en propiedad tales cargos, conforme al artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil seguirán en esa misma condición hasta el cese de la prestación de sus servicios. Cuando esto ocurra y el cargo quede vacante, la Dirección General de Servicio Civil elaborará la correspondiente resolución declarándolo de confianza" (Así adicionado este inciso, incluyendo su Transitorio, por la Ley No.7767 de 24 de abril de 1998).”

Siendo así las cosas, debe realizarse un estudio comparativo de los requisitos que la norma señala, con el caso en concreto, pues para la procedencia de la declaratoria del puesto de confianza, éstos deben cumplirse íntegramente, considerando lo señalado recientemente en el Oficio Circular número DG-004-2007 de la Dirección General de Servicio Civil:

“...su aplicabilidad solamente procede de manera limitada, pues de lo contrario, podrían violarse con facilidad los principios del Servicio Civil, contenidos en el artículo 192 de la Constitución Política, aduciendo a distintas razones que, en principio pudieran justificar la declaración del cargo como de confianza...” El destacado es propio.

En este sentido debe observarse que, para la declaración de confianza de puestos con base en el artículo citado, la norma establece, a grandes rasgos, tres requisitos ineludibles, a saber:

1) Que la declaración verse sobre cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y

descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros;

2) Que dichos funcionarios cumplan con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico;

3) Que el puesto que se pretende declarar de confianza, y que venia siendo ocupado en propiedad antes de la reforma que diera la Ley N° 7767, se encuentre actualmente vacante.

De los tres requisitos planteados, corresponde a esta Asesoría Jurídica pronunciarse únicamente sobre el primer extremo, pues la determinación de la idoneidad del funcionario que ocupará el cargo es una tarea que se escapa de nuestra competencia. Asimismo respecto a la necesidad de que el puesto se encuentre vacante, puede señalarse que de acuerdo con lo indicado en páginas número 3 y 12 del Informe DAO-126-2007 ya citado, el puesto número 028990 se encuentra vacante desde el 1 de marzo de los corrientes, debido a la renuncia de su titular Ing. María Lorena López Rosales.

Entrando en materia, en torno al primer requisito debe señalarse que, si bien la norma establece claramente que la declaratoria de confianza es posible solamente en cargos de *"directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros"*, en la praxis su aplicación no ha sido una tarea sencilla, debido a implicaciones semánticas de los términos usados, pues gracias a las distintas nomenclaturas que se le dan a mismos puestos en la Función Pública, ha sido difícil determinar a ciencia cierta el alcance correcto de los puestos ya citados, situación que incluso la Procuraduría General de la República expuso en su Dictamen C-196-98 cuando señaló que:

"...De lo expuesto hasta aquí cabe concluir que mediante un dictamen de carácter técnico-jurídico de este Órgano Consultivo, resulta imposible precisar concretamente cuáles de los cargos ubicados en los altos niveles de los Ministerios son los que deben entenderse excluidos del Régimen de Servicio Civil por la norma en análisis; o sea, cuáles son los que encasillan dentro de los conceptos de "directores" y "directores generales" (cuyo significado literal -según lo dicho- resulta insuficiente para definir la exclusión hecha por el legislador)..."

No obstante lo señalado, en ese mismo pronunciamiento la Procuraduría reconoció que existían criterios básicos para determinar si "x" puesto se podía encasillar entre los dispuestos en la norma, así por ejemplo indicó que:

"...Los niveles I e Intermedio, constituyen niveles de absoluta confianza política, y deben verse como el conjunto de cargos que han de permitir al jerarca político que llega, a contar con funcionarios suyos que coadyuven en la vital labor de orientar y fiscalizar el desempeño de los cuadros burocráticos de carrera en cada ente, dentro de las orientaciones del nuevo Gobierno y del nuevo jerarca..."

Aunado a lo anterior, puede citarse también parte del estudio que realizara esta Asesoría Jurídica a la norma de marras mediante oficio AJ-353-98 del 18 de Junio de 1998, cuando indicó entre otras cosas que:

"...debemos observar que estas unidades administrativas subordinadas en grado directo o inmediato con la dirección política superior, son aquellas cuya naturaleza, dimensión y demás características permitan enmarcarlas dentro de los alcances de la ley, a fin de cumplir con los fines de la modificación del Estatuto de Servicio Civil, de manera tal que, además de la relación de dependencia mencionada, el respectivo Director no lo sea un jefe cualquiera de una unidad, sino que este a cargo de un organismo o programa de nivel superior, como lo serían los Directores Generales (o Nacionales según sea el caso) y los Directores Ejecutivos- que son los

que designan órganos pluripersonales de órganos desconcentrados u órganos persona que la ley denomina "descentralizados"-, así como los Directores Regionales –siempre que éstos últimos dependan no de una Dirección Nacional sino del respectivo Ministro o Viceministro, tal y como lo dispone la ley-, aspectos que deben ser analizados y verificados en cada caso de previo y como fundamento técnico para motivar la resolución de declaratoria de confianza que se emita..." El destacado es suplido.

Cabe entonces corroborar si el puesto 028990 que se pretende declarar de confianza, goza de las características mencionadas, lo cual puede dilucidarse si se toma en cuenta tanto el organigrama brindado en la página número 9 del oficio DAO-126-2007, (en el cual se ubica al departamento de Planificación Sectorial inmediatamente debajo del Despacho del Ministro y de la Viceministra, junto con la Subdirección) , como lo dispuesto en los artículos 2 y 5 del Decreto Ejecutivo Nº 27917-MOPT *"Reforma Organizativa y Funcional del Ministerio de Obras Públicas y Transportes"* los cuales indican:

De la integración y funciones del nivel superior

Artículo 2º—Integración y funciones generales. *El nivel superior tendrá función de órgano rector, planificador, fiscalizador y regulador del Ministerio y del Sector de Obras Públicas y Transportes. Este nivel incluirá los Despachos del Ministro y de los Viceministros, la Oficialía Mayor, la Secretaría Sectorial, el Consejo Directivo, Programación y Control Sectorial, las Unidades Asesoras de Administración, Asesoría Jurídica, Informática, Planificación Sectorial....*

Artículo 5º—Planificación Sectorial. *La unidad de Planificación Sectorial tendrá como función principal establecer, a nivel superior, las políticas a largo plazo del sector de obras públicas y transportes de acuerdo con los lineamientos nacionales fijados por el Poder Ejecutivo y de*

los Consejos Subsectoriales, en el campo de la infraestructura y sus servicios asociados.

Deberá establecer las políticas intermodales de los subsectores a través de un Plan Nacional de Transportes que incluya objetivos, metas y orientaciones de financiamiento, coordinando la preparación de los planes de los Consejos y de las Unidades Ejecutoras del Ministerio. Además deberá coordinar todo lo necesario para desarrollar un Sistema Nacional Integrado para el transporte urbano e interurbano del país.

En coordinación con la unidad de Programación y Control Sectorial deberá verificar el cumplimiento de los planes y políticas emitidos. Se entiende que los actuales procesos de la unidad "Asesoría de Planificación" se integran a "Planificación Sectorial".

Nótese que el puesto aludido comparte un nivel de alta jerarquía incluso con el despacho del señor Ministro, siendo, sin embargo dependiente de éste, lo cual señala el informe de repetida cita en su página 12 cuando dice que *"...Por la naturaleza del cargo, se mantiene una relación directa de subordinación con las autoridades superiores del Ministerio...".*

De igual manera dicho informe destaca con vista de las obligaciones y tareas encomendadas al Director de Planificación Sectorial que el mismo tiene *"como objetivo fundamental, asesorar al nivel superior y gerencial de la Institución y que por ende, las acciones ejecutadas por el titular de dicho cargo, están supeditadas exclusivamente al rendimiento de cuentas hacia el máximo jerarca institucional".*

Así, con vista de las normas, pronunciamientos y criterios citados, así como del listado de responsabilidades (véase página 5 del informe DAO-126-2007), actividades (véase página 10 del mismo

informe), y ubicación (véase el organigrama ya citado) del puesto dentro del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y habiendo renunciado la titular y por ende, encontrándose vacante dicho puesto, cumpliéndose con lo que dispone el transitorio trascrito, considera esta Asesoría Jurídica que el puesto 028990 se encuentra entre los señalados por el artículo 4 inciso g) del Estatuto de Servicio Civil, por cuanto se trata de un puesto de Director de alto nivel jerárquico, que forma parte del nivel superior existente en el MOPT, incluso junto al Despacho del Ministro, cumpliendo además con una serie de funciones que coadyuvan a la consecución de políticas planteadas por el jerarca de la Institución.

Atentamente

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-413-2007
6 de julio del 2007

Licenciado
Daniel Vartanián Alarcón
Correo Electrónico: dvartanian@meic.go.cr
Dirección de Competitividad
Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, hacemos referencia a su consulta de fecha 28 de junio del presente año, mediante la cual expone su situación, con respecto al reconocimiento de aumentos anuales laborados en el Consejo Nacional de Rectores (CONARE) y en el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA) por espacio de tres y ocho años respectivamente, tiempo que no le reconocen en el Ministerio de Economía Industria y Comercio donde labora actualmente.

De previo debemos indicarle que este Centro de Trabajo tiene como política no atender casos concretos, nuestros dictámenes se emiten únicamente sobre situaciones genéricas, en las cuales no se aprecie la existencia de un sujeto particular a quien se le aplicarán las consecuencias derivadas de nuestro criterio, correspondiéndole a la Administración Activa, en este caso en Ministerio para el cual labora, resolver lo pertinente, por lo que analizaremos lo aplicable a la materia de anualidades según la Ley de Salarios de la Administración Pública y el Decreto Ejecutivo No. 18181-H de fecha 14 de junio de 1988, así como la naturaleza jurídica de ambas instituciones.

SOBRE CONARE.

Sobre el particular debemos indicarle que CONARE fue creada mediante Ley 6162 del 30 de noviembre de 1977, modificada por la Ley 7015 de 22 de noviembre de 1985, que en su artículo 1º dispone lo siguiente:

> **"Artículo 1º.- Otórgase personería jurídica, dentro de los límites establecidos en esta ley, al Consejo Nacional de Rectores, creado mediante el Convenio de Coordinación de la Educación Superior en Costa Rica, suscrito entre la Universidad de Costa Rica, el Instituto Tecnológico de Costa Rica y la Universidad Nacional, el 4 de diciembre de 1974.**
>
> **Como ente dependiente de las instituciones estatales de educación superior universitaria, el Consejo Nacional de Rectores gozará de todo derecho, prerrogativa o privilegio de que gocen dichas instituciones." *(El párrafo segundo de este artículo fue adicionado por la ley de presupuesto extraordinario de la República n.° 7015 de 22 de noviembre de 1985).***

En relación con este articulado transcrito, ha señalado la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-253-04 de 31 de agosto de 2004, lo siguiente:

> **"Como puede observarse, la terminología utilizada es bastante imprecisa. Por un lado cataloga al CONARE como un "ente" (naturaleza que implica la ausencia de subordinación respecto a una persona jurídica distinta) y por otra, señala que es "dependiente" de las instituciones estatales de educación superior universitaria (dependencia que es característica de un órgano y no de un ente).**
>
> **En todo caso, considera esta Procuraduría que el CONARE, más que un órgano desconcentrado de las**

universidades públicas, es un ente descentralizado, pues cuenta con personalidad jurídica propia, dada por ley, y con competencias exclusivas, relacionadas ya no solamente con el accionar de una universidad pública en particular (o con el de un grupo de ellas) sino con la planificación de la educación superior del país, según puede comprobarse de la lectura de las funciones que le fueron atribuidas en el artículo 3[1] de la ley n.° 6162 citada."

Por su parte, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia N° 96-222 de las nueve horas del 31 de julio del 1996 al analizar la relación entre el CONARE y las universidades públicas del país, indicó lo siguiente

"Por la ley Número 6162 del 30 de noviembre de 1977, se le otorgó personalidad jurídica propia al Consejo Nacional de Rectores, adquiriendo la condición de centro

[1] "Artículo 3º.- El Consejo Nacional de Rectores tendrá las siguientes funciones:

a) Señalar a la Oficina de Planificación de la Educación Superior las directrices necesarias para la elaboración del proyecto del Plan Nacional de Educación Superior.

b) Aprobar, preliminarmente, el Plan Nacional de Educación Superior y las reformas que se introduzcan a él, y enviarlo a los consejos directores de las instituciones de educación superior estatales con rango universitario, para su conocimiento y aprobación definitiva, con las enmiendas que a bien tengan introducirle esas instituciones.

c) Actuar como superior jerárquico de la Oficina de Planificación de la Educación Superior, con atribuciones suficientes para organizar y reglamentar el funcionamiento interno de esa Oficina.

ch) Establecer los mecanismos de coordinación adicionales a la Oficina de Planificación de la Educación Superior, que sean necesarios para el adecuado funcionamiento de la educación superior universitaria.

d) Proponer a los consejos directores de las instituciones estatales de educación superior universitaria los reglamentos de funcionamiento externo de la Oficina de Planificación de la Educación Superior, en cuanto tales reglamentos determinen procedimientos en que se involucre a tales instituciones, las que en cualquier momento podrán denunciarlos.

e) Integrar, junto con los Ministros de Educación Pública, de Hacienda y de Planificación y Política Económica, la Comisión de Enlace a que se refiere el Decreto Ejecutivo número cuatro mil cuatrocientos treinta y siete del veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro."

de imputación jurídica y, por ende, desde esta perspectiva, independencia, de aquellas instituciones que lo crearon mediante el Convenio de Coordinación de Educación Superior en Costa Rica"

Como bien lo dice la Procuraduría General de la República en el dictamen citado supra: " ...El CONARE es un ente público independiente de las universidades públicas que han suscrito el "Convenio de Coordinación de la Educación Superior en Costa Rica", y no un órgano desconcentrado de aquéllas."...

Ahora bien, de conformidad con lo que señala el artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública: "La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado." , por lo que el tiempo laborado en CONARE, puede ser reconocido para efectos de aumentos anuales.

SOBRE EL INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERACIÓN PARA LA AGRICULTURA (IICA)

RESEÑA HISTÓRICA DE CREACIÓN.

Este Instituto (IICA) tiene su sede central en Costa Rica, y representaciones en treinta y cuatro países de las Américas.

Con la creación de la OEA en 1948, el IICA se convirtió en el organismo especializado en agricultura del Sistema Interamericano y consolidó su labor al proyectar su acción en todos y cada uno de los países del hemisferio.

Durante la época de los setenta, el IICA puso en ejecución una serie de programas especializados de índole multinacional orientados por una estrategia de proyección hemisférica y humanista. Las funciones propias de la investigación y enseñanza directas se establecieron en el Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza

(CATIE), en 1973, por medio de un Contrato de creación del CATIE, entre el Gobierno de Costa Rica y el IICA, aprobado por todos los países miembros.

La nueva Convención del IICA, de 1979, redefinió los propósitos del Instituto, ajustó sus acciones de cooperación con los países miembros y creó la Junta Interamericana de Agricultura (JIA), como su nuevo órgano directivo. Este hecho implicó también la vigencia de un nuevo nombre para la organización: Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.

Posteriormente, los Jefes de Estado y de Gobierno de los países americanos, reunidos en la tercera Cumbre de las Américas, ratificaron ese acuerdo de la Asamblea General de la OEA, al instruir a los Ministros y Secretarios de Agricultura, para que en la reunión de la JIA, en noviembre del 2001, y en cooperación con el IICA: "promuevan una acción conjunta de todos los actores del agro, orientada al mejoramiento de la agricultura y la vida rural y que permita la implementación de los Planes de Acción de las Cumbres de las Américas".

Esa nueva dimensión de la JIA incorpora, a su papel de Órgano Superior para la gestión del IICA, su responsabilidad como Reunión Ministerial dedicada a apoyar la definición y ejecución de acciones para el mejoramiento sostenible de la agricultura y la vida rural, en el contexto de las Cumbres Interamericanas.

Desde la creación del IICA, la agricultura de las Américas se ha fortalecido mediante la cooperación hemisférica. Hoy treinta y cuatro oficinas se encuentran distribuidas a lo largo de todo el hemisferio y responden a las necesidades de los países en áreas como: Comercio y Desarrollo de los Agronegocios; Desarrollo Rural Sostenible, Sanidad Agropecuaria e Inocuidad de Alimentos, Tecnología e Innovación, Educación y Capacitación e Información y Comunicación.

Gracias a los esfuerzos emprendidos por las naciones de las Américas, apoyadas por el IICA, los Jefes de Estado y de Gobierno reconocen que la agricultura y la vida rural son contribuyentes esenciales en la reducción de la pobreza y el fomento del desarrollo integral en los países.

Por todo lo anterior, el IICA es como su nombre lo indica una Institución Internacional de los países miembros de la OEA, y como tal gracias a loas acciones conjuntas en las diferentes materias de necesidad en la agroindustria, es que tiene su funcionamiento y su cede en nuestro país.

No obstante, no es una institución del Estado Costarricense ya que éste recibe ayuda de aquella (el IICA), siendo esto así podemos interpretar que los años laborados para este Instituto no deben reconocerse para efectos de aumentos anuales.

Atentamente,

Original Firmado {Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA

AJ-441-2007
31 de julio del 2007

Master
Adriana Castro Montes
Directora de Recursos Humanos
Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Estimada señora:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, atendemos la consulta realizada por medio del oficio DRH-433-2007 de fecha 13 de julio de 2007 relacionado con la procedencia del reconocimiento de anualidades por tiempo laborado en el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura y el Centro Nacional de Alta Tecnología y sobre el particular nos referimos al tema haciendo de su conocimiento que esta instancia se refirió a lo consultado en oficio AJ-413-2007 del 06 de julio de 2007, y sobre el particular se indicó:

> *"Por todo lo anterior, el IICA es como su nombre lo indica una Institución Internacional de los países miembros de la OEA, y como tal gracias a loas acciones conjuntas en las diferentes materias de necesidad en la agroindustria, es que tiene su funcionamiento y su cede en nuestro país.*
>
> *No obstante, no es una institución del Estado Costarricense ya que éste recibe ayuda de aquella (el IICA), siendo esto así podemos interpretar que los años laborados para este Instituto no deben reconocerse para efectos de aumentos anuales."*

Ahora bien respecto de la situación jurídica del Centro Nacional de Alta Tecnología "Cenat", podemos señalar que este es un ente que pertenece al Consejo Nacional de Rectores, según sesión número 5-99, del 02 de marzo de 1999.

Para determinar la naturaleza jurídica del CONARE debemos referirnos al marco jurídico por medio del cual fue creado, sea la ley 6162 publicada en el Diario Oficial La Gaceta Nº 3 del 04 de enero de 1978 –reformado por ley 7015 publicada en La Gaceta Nº 229 del 29 de noviembre de 1985- y que establece en el artículo 1º lo siguiente:

> *"Artículo 1º.- Otórgase personería jurídica, dentro de los límites establecidos en esta ley, al Consejo Nacional de Rectores, creado mediante el Convenio de Coordinación de la Educación Superior en Costa Rica, suscrito entre la Universidad de Costa Rica, el Instituto Tecnológico de Costa Rica y la Universidad Nacional, el 4 de diciembre de 1974 como ente dependiente de las instituciones estatales de educación superior universitaria, el Consejo Nacional de Rectores gozará de todo derecho, prerrogativa o privilegio de que gocen dichas instituciones."*

Así las cosas, el CONARE es un órgano desconcentrado de las universidades públicas, es un ente descentralizado, pues cuenta con personalidad jurídica propia, en virtud de la ley que lo creó.

Ahora bien al ser el Cenat un ente creado por el Consejo Nacional de Rectores a nuestro modo, corre con la misma suerte del ente creador, así las cosas, es decir si determinamos que al CONARE – véase el oficio de esta Asesoría Jurídica Nº AJ-413-2007 del 06 de julio de 2007- le corresponde jurídicamente el reconocimiento del tiempo servido para esta institución, igualmente al Cenat le correspondería el reconocimiento del tiempo servido para efectos de las anualidades.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca
Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORIA JURÍDICA
AJ-442-2007
31 de julio del 2007

Señor
Marvin Rodríguez Villalobos
Correo Electrónico: Rodriguezvm@hacienda.go.cr

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico recibido el 11 de julio del presente año, mediante el cual expone a nuestra consideración su situación en cuanto a su relación de servicio.

Previo debemos indicar que este centro de trabajo tiene por política no atender casos concretos, por lo que se referirá al análisis de los aspectos que se deben considerar desde el marco jurídico de aplicación, correspondiéndole a la Administración Activa resolver lo que corresponda.

Sobre el particular debemos indicar que la normativa que regula el reconocimiento de años laborados en otras organizaciones es la Ley de Salarios de la Administración Pública No. 2166 indicando en su artículo 12 inciso d) lo siguiente:

"**Artículo 12.-** Los aumentos de sueldo a que hace referencia el artículo 5[2] se concederán el primer día del mes cercano al aniversario del ingreso o reingreso del servidor y de acuerdo con las siguientes normas:

d) A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos anuales a que se refiere el artículo anterior, el tiempo de servicio prestado en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo.

Ahora bien, por medio del Decreto Ejecutivo No. 18181-H de 23 de junio de 1988, se reglamenta el procedimiento para reconocer las anualidades en el Sector Público, el cual dispone las pautas o requisitos que debe cumplir el servidor que solicita el reconocimiento de dichas anualidades, indicando en su numeral 5 lo siguiente:

"Las anualidades que se reconozcan con base en este reglamento, tendrán vigencia partir de los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente, con excepción de las presentadas antes del primero de enero de mil novecientos ochenta y ocho que se reconocerán a partir del primero de enero citado."

Siendo esto así, si se cumple con lo que establece la normativa que al efecto se ha señalado, y en razón de lo que se conoce como la "Teoría de Estado Único" le recaerá a la última institución para la cual presta sus servicios, aplicar lo que corresponda según lo señala la norma.

En cuanto a la fecha de rige para efecto de aumentos anuales, el artículo 12 supra transcrito de la Ley de Salarios de la Administración, considera este Despacho resuelve su consulta al señalar que los

[2] Artículo 5. De conformidad con esta escala de sueldos, cada categoría tendrá aumentos o pasos, hasta un total de treinta de acuerdo con los montos señalados ...

aumentos de sueldo a que hace referencia el artículo 5 se concederán el primer día del mes cercano al aniversario del ingreso o reingreso del servidor .

Atentamente,

Original Firmado { Licda. Oralia Torres Leytón
Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA

AJ-447-2007
25 de julio del 2007

Licenciada
Carmen García Quirós
Coordinadora Recursos Humanos
CONAPAM

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio CONAPAM-DAF-DRH-109-2007 de fecha 11 de julio del presente año, mediante el cual expone a nuestra consideración lo siguiente:

"1. Si un servidor deja de laborar para la administración pública sea por renuncia voluntaria o de conformidad a lo que establece el Código de Trabajo en su artículo 586, ó para acogerse a lo estipulado en la Ley del Equilibrio Financiero del Sector Público y sus reformas. Cuando este servidor vuelve a ingresar al sector público:

a) ¿procede computar todo el tiempo laborado en el sector público sea este continuo o discontinuo para efecto de reconocimiento de anualidades?

b) Cuando el servidor haya ingresado y cumpla las cincuenta semanas de servicio continuo, se deben considerar los años servidos al estado en forma continua o discontinua para efecto de otorgar los días de vacaciones establecidos en los incisos a), b) y c) del artículo 28 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil?

Previo debemos indicar que nuestros dictámenes se emiten únicamente sobre situaciones genéricas, en las cuales no se aprecie la existencia de un sujeto particular a quien se le aplicarán las consecuencias derivadas de nuestro criterios, correspondiéndole a la administración activa resolver lo pertinente.

Antes de entrar en materia, primero debemos aclarar que dependiendo de la forma en que se terminó la relación de servicios, así podrá ser posible su reingreso al Sector Público.

Abordando la primer interrogante de su consulta en inciso a) respecto a materia de reconocimiento de anualidades, debemos citar el fundamento jurídico que permite reconocer el tiempo laborado en el Sector Público, encontrándose en los artículos 5 y 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública No. 2166 de siete de octubre de 1957 que dispone:

> ***"Artículo 5.- De conformidad con esta escala de sueldos, cada categoría tendrá aumentos o pasos, hasta un total de treinta, de acuerdo con los montos señalados en el artículo 4° anterior, hasta llegar al sueldo máximo, que será la suma del salario base más los treinta pasos o aumentos anuales de la correspondiente categoría.***
>
> ***Todo servidor comenzará devengando el mínimo de la categoría que le corresponde al puesto, salvo en casos de inopia a juicio del Ministro respectivo y de la Dirección General de Servicio Civil. Los aumentos anuales serán concedidos por méritos a aquellos***

servidores que hayan recibido calificación por lo menos de "bueno", en el año anterior, otorgándoles un paso adicional, dentro de la misma categoría, hasta llegar al sueldo máximo."

"Artículo 12.- Los aumentos de sueldo a que hace referencia el artículo 5° se concederán el primer día del mes cercano al aniversario del ingreso o reingreso del servidor y de acuerdo con las siguientes normas:

a) Si el servidor fuere trasladado a un puesto de igual o inferior categoría a la del puesto que estuviere ocupando, no habrá interrupción alguna en cuanto al cómputo del tiempo para el aumento de salario;

b) Si el servidor fuere ascendido, comenzará a percibir el mínimo de la nueva categoría; sin embargo, si en el antiguo puesto hubiere adquirido derecho a uno o más aumentos anuales, éstos se le computarán de acuerdo con la categoría del cargo al cual se le asciende;

c) Las vacaciones, la enfermedad justificada, el desempeño temporal de un puesto público, aunque éste estuviere excluido del Régimen de Servicio Civil, los permisos sin goce de salario para realizar estudios en organismos internacionales de los cuales Costa Rica sea miembro y las licencias para adiestramiento o estudios relativos a la función propia que desempeña el funcionario o en una disciplina afín, en la cual regresara a trabajar pro comprobada necesidad nacional, no

interrumpen el período de un año requerido para el aumento de sueldo.

d) ***A los servidores del Sector Público en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos anuales a que se refiere el artículo 5° anterior, el tiempo prestado en otras entidades del Sector Público (...)"*** **El subrayado no pertenece al original.**

Por otra parte el Decreto Ejecutivo No. 18181-H de 23 de junio de 1988, es el que viene a reglamentar el procedimiento para el pago de las anualidades adeudadas, no haciendo la diferencia en cuanto a que ese tiempo sea continuo o discontinuo.

Sobre este tema la Procuraduría General de la República, ha indicado que se reconocerán fracciones o períodos inferiores a un año a efecto de completar una anualidad, según dictamen C-181-05 de fecha 16 de mayo de 2005 y C-242-05 de 01 de julio de 2005 que reza:

"…Se señala que antes de mil novecientos ochenta y dos, la jurisprudencia había desarrollado la teoría del Estado patrono único, con base en la cual se reconocían los servicios prestados para las diversas instituciones públicas (entre otras, ver sentencias de este Tribunal N ° 1388 de 3 de noviembre de 1958, y N ° 105 de 12 de enero de 1973). Asimismo, como lo cita la sentencia de análisis dictada por la Sala, la misma Procuraduría en dictámenes C-194-83 de diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y tres y C-236-85 de treinta de setiembre de mil novecientos ochenta y cinco, avaló la tesis jurisprudencial aceptando expresamente el reconocimiento de la antigüedad para efectos del aumento progresivo de las vacaciones. Para tener una visión más clara de lo expresado por la Sala, se transcribe a continuación lo esencial de dicho

pronunciamiento: "II.-...se llega a la conclusión, por parte de los suscritos Juzgadores que sí resulta procedente el reconocimiento de la antigüedad laborada por los aquí demandantes, en el Sector Público, no sólo para efectos de aumentos anuales, aspecto típicamente salarial y por ende retributivo, sino también para efectos de vacaciones, aspecto éste más bien profiláctico y por ende no retributivo, salvo la mediación de la figura de la compensación. (Ver, entre otras, Sentencia **Nº 43, de** las nueve horas del dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y tres.)

Por su parte, el Tribunal del Derecho de la Constitución, ha dicho reiteradamente:

"Del principio de que el Estado es en realidad uno sólo, se deriva la conclusión de que en la relación de servicio que lo liga con sus servidores, el Estado es un mismo patrono y que no tiene importancia distinguir en cuál de las diversas dependencias públicas se prestó el servicio al establecer la antigüedad, servida para efectos de salario como servidor activo, o como requisito para acceder a la jubilación" (S.C.Voto No. 433-90 de las 15:30 horas del día 27 de abril de 1990).

Así las cosas, el Órgano Consultor en el mismo dictamen, señaló lo siguiente:

"De lo transcrito vale rescatar por importante, que cuando dicha disposición prescribe que para los efectos de los aumentos de sueldo a que hace referencia el artículo 5 ibid, debe reconocerse el tiempo laborado por el funcionario en cualquiera de la instituciones que integran la Administración Pública, ello significa que debe considerarse incluso los lapsos, períodos, días y meses que no hayan trascendido el año, pues de conformidad con

el concepto allí desplegado, ese tiempo es útil a los efectos del pago correspondiente."

En cuanto al inciso b) de su consulta supra trascrita, respecto a si se deben considerar los años servidos al Estado en forma contínua o discontinúa, traemos a colación lo que dispone el inciso b) del artículo 30 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que en lo que interesa dispone: "Para los efectos de computar el tiempo servido, se observarán las siguientes reglas: a)...., "b)... , y si sus servicios no hubieren sido consecutivos, tendrán derecho a la acumulación de sus períodos de servicio al Estado posteriores a dicha fecha.". Así deberá ubicarse al servidor en el disfrute de esas vacaciones, según lo que ordena el artículo 28 incisos a), b) y c), del Reglamento ibidem.

En cuanto a su segunda interrogante que dice: "Qué normativa prevalece en lo que respecta a relaciones entre el Estado y sus servidores, corregir siendo el Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor, un ente que esta bajo el ámbito del Servicio Civil en materia de Recursos Humanos."

Sobre este particular, la naturaleza jurídica de CONAPAM se señala en el Decreto Ejecutivo No. 30438 de 19-4-02 en su Artículo 25, que indica:

"Sobre la naturaleza jurídica: El Consejo como órgano de desconcentración máxima, adscrito a la Presidencia de la República y con personalidad jurídica instrumental, contará para su correcto funcionamiento con una Junta Rectora, Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva y el personal mínimo indispensable para cumplir con sus funciones y deberes.

Como se desprende de lo anterior, CONAPAM es un órgano adscrito a la Presidencia de la República conformando el aparato estatal, cubierto por el Régimen de Servicio Civil, por tal motivo se aplicará el Estatuto de Servicio Civil, norma que se dictó con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública y proteger a sus servidores.

Ahora bien, de acuerdo con lo que dispone el artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública, ".. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos, ..." agregando este mismo numeral que "Las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración,... se regirán por el derecho laboral o mercantil...".

Siendo esto así, y congruentes con lo que dispone ese cuerpo normativo, se hace necesario transcribir lo que señala el numeral 51 del Estatuto de Servicio Civil que en lo que interesa dice:

"Los casos no previstos en esta ley, en sus reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con el Código de Trabajo, la Ley de Seguro Social, los principios generales de Servicio Civil, los principios y leyes de derecho común, la equidad, la costumbre y el uso locales."...

Atentamente,

Original Firmado { Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA

AJ-453-2007
06 de agosto del 2007

Licenciada
Virginia Vega Castro
Coordinadora Área de Gestión
Departamento Recursos Humanos
Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, damos respuesta oficio MCJD-DRH-AG-0182-2007 recibido el 11 de julio del presente año, mediante el cual solicita criterio aportando fotocopia de constancia de tiempo laborado por una servidora en modalidad de contratación, en el Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE).

Previo debemos indicar que nuestros criterios se emiten únicamente sobre situaciones genéricas, en las cuales no se aprecie la existencia de un sujeto participar a quien se aplicarán las consecuencias derivadas de nuestro criterio, por lo que corresponderá a la Administración Activa resolver lo pertinente.

Para abordar su escrito, debemos aclarar que no se hace una consulta, sino que exponen una situación sin mayores datos, por lo que tocaremos el tema del reconocimiento de anualidades y el análisis de la naturaleza jurídica del CATIE para el reconocimiento de tiempo laborado en esa institución.

Sobre la naturaleza jurídica del CATIE, la encontramos en la Ley 6873 mediante un "Contrato del Gobierno de Costa Rica con el IICA, y la constitución del CATIE", suscrito el 21 de febrero de 1983 que a la letra se transcribe:

> **"Contrato Gobierno de C.R. e IICA sobre constitución del CATIE.**
> Artículo 1º.- Ratifícase el contrato entre el Gobierno de la República y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, sobre el Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza, suscrito en San José, el 21 de febrero de 1983 y cuyo texto es el siguiente: CONTRATO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA Y EL INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERACION PARA LA AGRICULTURA SOBRE EL CENTRO AGRONOMICO TROPICAL DE INVESTIGACIÓN Y ENSEÑANZA" (...)
>
> Contrato que en Disposición Transitoria indica:
>
> "Trigesimonovena: El CATIE constituido por el presente Contrato asumirá todos los derechos y obligaciones de la Asociación Civil de igual nombre, creada entre el IICA y el Gobierno de Costa Rica, por contrato suscrito el 12 de enero de 1973, ratificado por

la Asamblea Legislativa de Costa Rica con fecha 1º de junio de 1973."

Por otra parte, por Ley 8028 en Artículo Único ratifica el Contrato del Gobierno de Costa Rica con el IICA sobre el CATIE, y asimismo en dicho contrato se indica la Naturaleza Jurídica, señalando:

"ARTÍCULO ÚNICO.- Apruébese el texto que sustituye el contrato suscrito entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura sobre el Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE), aprobado por la Ley Nº 6873, de 17 de junio de 1983."

"DE LA NATURALEZA, DENOMINACIÓN Y DOMICILIO

PRIMERA.- El objeto del presente Contrato es la Constitución de una Asociación Civil de carácter científico y educacional, con personería jurídica propia, cuyos propósitos serán la investigación en el campo de las ciencias agropecuarias, de los recursos naturales y afines, en las regiones del trópico americano, particularmente de Mesoamérica y el Caribe. Asimismo, la enseñanza de postgrado y otras formas educativas en ciencias agropecuarias y de los recursos naturales renovables y afines, en beneficio de los Estados Miembros del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), según los convenios y programas que al efecto se lleguen a concretar. (...)

De lo anterior se desprende que se trata de la constitución de un Convenio bilateral, -es decir una contratación- que establece el IICA

como órgano internacional con el CATIE y que por medio de esta Ley 8028 la convierte en una Asociación Civil de carácter científico y educacional, en la que mediante la cláusula que se transcribe seguidamente reconoce a su personal contratado como Asociado, indicando lo siguiente:

> **"VIGESIMASEXTA**.- El IICA otorgará la condición de personal Asociado a los funcionarios profesionales del CATIE y proporcionará a éste y a sus funcionarios el amparo jurídico e institucional necesario, similar al que otorga a su personal, para el desarrollo de actividades fuera de Costa Rica, de acuerdo con el Convenio bilateral entre el IICA y el CATIE, que especifique las condiciones, costos y financiamiento de los servicios que ambas instituciones se brinden mutuamente."

Así mismo ha interpretado la Procuraduría General de la República en su Dictámen C-186-97 al indicar:

"La circunstancia de que ese organismo pueda disfrutar de privilegios e inmunidades propias de un organismo internacional, no modifica la naturaleza jurídica del acuerdo suscrito. El Estado costarricense acuerda dar a esa asociación, constituida conforme sus leyes y el contrato constitutivo, un tratamiento de favor para propiciar su instalación en el país y en el entendido de que tendrá una contrapartida (ejemplo, cláusulas décima y decimoquinta del contrato de 1983). Es de observar, por otra parte, que ese régimen de favor de que disfrutan el CATIE y su personal profesional tiene efectos únicamente en Costa Rica y en virtud del compromiso que se adquiere. Si se tratare de un organismo internacional y de privilegios adquiridos en virtud del Derecho Internacional la inmunidad y privilegios tendrían efecto en toda la Región, por lo que no sería necesario que fuera de Costa Rica el IICA que deba "amparar" jurídica e institucionalmente al CATIE y a sus funcionarios profesionales, como si fueran parte del IICA y obviando la circunstancia de que el CATIE cuenta con personalidad jurídica propia.

> Debe concluirse, entonces, que el documento suscrito el 21 de febrero de 1983 no es un contrato sujeto al Derecho Internacional, lo que impide considerarlo un tratado." (...)

"Ahora bien, a pesar de que en el acto de constitución del CATIE hayan concurrido dos sujetos de derecho internacional, a saber el Gobierno de Costa Rica y el IICA, y que el mismo fue aprobado por la Asamblea Legislativa, ello no lo convierte per se en un tratado ni en un convenio internacional. Su naturaleza jurídica es la de un contrato administrativo, suscrito por el Poder Ejecutivo de conformidad con las atribuciones que al respecto le confiere el inciso 19 del artículo 140 de la Constitución Política...".

De todo lo anterior se deduce que el CATIE es una institución creada mediante un contrato administrativo del Gobierno de la República de Costa Rica con el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), como una Asociación Civil con personalidad jurídica propia, de carácter científico y educacional en donde su personal no debe ser amparado jurídica e institucionalmente igual que el IICA.

Esto se reafirma al haberse concluido en nuestros Oficios AJ-413-2007 y AJ-441-2007 sobre el IICA que “No obstante, no es una institución del Estado Costarricense ya que éste(el IICA) recibe ayuda de aquella (refiriéndose a la OEA), siendo esto así podemos interpretar que los años laborados para este Instituto, no deben reconocerse para efectos de aumentos anuales.”

Ahora bien, respecto al CATIE, señala la normativa que éste es un ente que pertenece al IICA, mediante un contrato administrativo y como tal nos abocamos al Código de Trabajo que en su numeral 18 establece :

“Contrato individual de trabajo sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo

la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe."

Al respecto, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha establecido mediante Resolución 2003-00583 de las nueve horas cinco minutos del veintidós de octubre del año dos mil tres, cuáles son los elementos esenciales y básicos, conformadores de una verdadera relación laboral, a saber:

"... la prestación personal de un servicio, la remuneración mediante el pago de un salario y la subordinación jurídica. Jurisprudencial y doctrinariamente se ha establecido que, normalmente, tal subordinación o dependencia es el elemento fundamental para determinar si se está, o no, en presencia de una relación laboral.(...) En el análisis del asunto, se debe tomar en consideración, que la doctrina y la jurisprudencia han establecido que existen ciertos hechos que se configuran como indicios de laboralidad, sin embargo los mismos no son determinantes ni excluyentes de la relación laboral en caso de que estos no existan, de esta forma hablamos de la exclusividad, el lugar de trabajo bajo control empresarial, la retribución fija y periódica, el sometimiento a jornada y horario de trabajo, el no tener la facultad de aceptar o rechazar el asunto encomendado, la facilitación al trabajador de los medios materiales y personales necesarios para el desempeño de sus tareas, la afiliación a la seguridad social, la duración y la permanencia de la relación de servicio. Aspectos todos, que pueden presentarse en relaciones jurídicas de otra índole sea civil o mercantil. (Resolución 1999-00319 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia)"

Así las cosas y siendo creado el CATIE como una asociación civil, ha definido al respecto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su voto No. 1124-95 de las 11 horas 21 minutos del 24 de febrero de 1995 lo siguiente:

> ...“La asociación se conoce doctrinalmente como *"la acción y efecto de aunar actividades o esfuerzos; como la relación que une a los hombres en grupos y entidades organizadas donde al simple contacto, conocimiento o coincidencia se agrega un propósito, más o menos duradero, de proceder unidos para uno o varios objetos; es una entidad que, con estructura administrativa, persigue un fin común. Así, el derecho de las personas a asociarse constituye una actividad natural del hombre y a la vez es una libertad pública consagrada en nuestra Constitución Política en su artículo 25.."*

Ante lo anterior se concluye entonces que el CATIE al ser creado mediante un contrato con personal asociado con carácter científico y educacional, no es un ente del Sector Público.

Respecto a los años laborados en ese Centro Agropecuario Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE) para efectos de reconocimiento de aumentos anuales, la normativa aplicable es la Ley de Salarios de la Administración Pública No. 2166, indicando en su artículo 12 inciso d) lo siguiente:

> “**Artículo 12.-** Los aumentos de sueldo a que hace referencia el artículo 5[3] se concederán el primer día del mes cercano al aniversario del ingreso o reingreso del servidor y de acuerdo con las siguientes normas:

[3] Artículo 5. De conformidad con esta escala de sueldos, cada categoría tendrá aumentos o pasos, hasta un total de treinta de acuerdo con los montos señalados ...

d) A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos anuales a que se refiere el artículo anterior, el tiempo de servicio prestado en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo.

Siendo esto así, y al concluir por la normativa anteriormente transcrita y desarrollada, que el CATIE no conforma el Sector Público, deberá la Administración Activa realizar el análisis correspondiente y determinar si le concierne o no reconocer el tiempo laborado.

Atentamente,

Original Firmado { Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA
AJ-522-2007
05 de setiembre de 2007

Señor
Christian Sánchez Coto
Dirección Nacional del Archivo Nacional
Fax 280-56-89

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora nos referimos a su oficio sin número de fecha 23 de agosto de 2007, por medio del cual solicita lo siguiente:

> *"...se reconsidere lo resuelto mediante oficio AJ-627-2006 de fecha 14 de setiembre de 2006, a fin de contar con criterio favorable respecto al derecho que me asiste a que se me reconozca la antigüedad por los años laborados en Correos de Costa Rica, -del 1º de octubre de 1998 al 31 de mayo del 2006- a efectos de que la administración activa a la que pertenezco realice el pago de aumentos anuales por los servicios prestados en esa institución.*
>
> *Asimismo (sic), con todo respeto considero que al indicar en el acápite "Objeto de la Consulta" del oficio AJ-627-2006 que Correos de Costa Rica no se encuentra contenida dentro de la definición de ente público que establece el artículo 12 inciso d) de la Ley de Salarios de la Administración Pública, por lo cual no procede jurídicamente reconocer el tiempo laborado en dicha empresa, es contrario a lo que ha venido señalando la Procuraduría General de la República respecto a la naturaleza jurídica de Correos de Costa Rica, aspecto que se analizará en el punto dos del presente escrito."*

Agrega a su consulta, algunos criterios jurisprudenciales y pronunciamientos de la Procuraduría General de la República.

Previo a emitir el criterio jurídico resulta conveniente hacer del conocimiento del consultante que ha sido política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, no obstante lo anterior, hemos de indicarle que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Por otra parte debemos aclarar que esta instancia tiene como función primordial evacuar consultas, por lo tanto sus pronunciamientos no revisten o cumplen un carácter declarativo o de sentencia, sino más bien constituyen un instrumento de análisis e interpretación especializada sobre los temas propios del Régimen del Servicio Civil.

También se hace oportuno aclarar que se evacua esta consulta, pero indicando que la misma no fue firmada por el interesado.

Entrando al tema en cuestión podemos indicar que efectivamente la Procuraduría General de la República se ha pronunciado en diversas oportunidades en relación con la empresa denominada "Correos de Costa Rica S.A.", en igual sentido se ha realizado un análisis sobre la naturaleza jurídica de dicha institución, a través de opiniones jurídicas y dictámenes, véase por ejemplo la opinión jurídica Nº OJ-052-2004 de fecha 03 de mayo del 2004 que sobre el particular estableció:

> "**IV. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE CORREOS DE COSTA RICA:**
>
> A los efectos de este estudio, y de previo a conocer el fondo de lo consultado, resulta conveniente rescatar algunas acotaciones que, en anteriores oportunidades, ha esbozado este Órgano Asesor, con respecto a la naturaleza jurídica de la empresa consultante. Así, en la opinión jurídica número 008-2001, de fecha 22 de enero de 2001, se indicó:
>
> "(…) *corresponde referirse sumariamente a la naturaleza jurídica de Correos de Costa Rica. Y decimos sumariamente porque en realidad este es un punto ya definido por la Procuraduría y que, por ende, no debería provocar dudas. En efecto, en el dictamen de esta Procuraduría C-042-2000 del 3 de marzo del 2000, citado en el informe jurídico de Correos de costa Rica S.A., se señala expresamente la imposibilidad de definir a esa entidad como empresa de naturaleza privada: "…La circunstancia de que se trate de una entidad organizada como sociedad anónima, podría llevar a considerar que Correos de Costa Rica es una empresa privada, máxime que su régimen de actividad es predominantemente privado.* ***La caracterización de la empresa pública retenida en el dictamen No. 063-96 de 3 de mayo de 1996, nos permite descartar esa pretensión de naturaleza privada****… **Puesto que la totalidad del capital social de Correos de Costa Rica está en manos del Estado, se sigue necesariamente que estamos en presencia de una empresa pública****. Una empresa organizada como sociedad anónima. En la*

Opinión Jurídica No. 031-99-J de 17 de marzo de 1999, la Procuraduría señaló respecto de la naturaleza jurídica de Correos de Costa Rica: ***'Se desprende de lo anterior, que Correos de Costa Rica S.A., es una Empresa Estatal, con un régimen mixto, en el tanto, para su funcionamiento se rige por las reglas de Derecho Privado, pero al ser el Estado propietario del patrimonio y del capital social, está investida de derecho público, sujeta a los controles necesarios de fiscalización de los fondos públicos'****… ". (el subrayado no es del original) Esta posición ha sido reiterada por esta Procuraduría en diversas oportunidades, así en los dictámenes C-128-98 del 2 de julio de 1998, C-279-98 del 21 de diciembre de 1998 y C-182-2000, entre otros, se ha indicado que Correos de Costa Rica S.A. es una* ***empresa pública****, independientemente de su personalidad jurídica y del régimen que la rige. Entonces, ha sido claro y reiterado el criterio de esta Procuraduría en señalar que Correos de Costa Rica S.A. es una empresa de naturaleza pública y no privada, independientemente de que su personalidad sea de Derecho Privado y de que su actividad se encuentre sujeta predominantemente a un régimen de Derecho Privado, en virtud de lo dispuesto expresamente en el artículo 3 de la Ley de Correos. Se desprende de lo anterior que la Procuraduría no comparte la interpretación que el Departamento Legal hace de los pronunciamientos de la Procuraduría en orden a la naturaleza y régimen jurídico de Correos de Costa Rica, particularmente en cuanto tiende a establecer que la empresa es una persona de derecho privado sujeta al Derecho Privado (…) De esta forma, el control que está llamado a ejercer el Organo Contralor sobre la aprobación, ejecución y aprobación presupuestaria de Correos de Costa Rica S.A., como sobre sus actos y gestión, obliga a considerar que el régimen jurídico de ese ente es de carácter híbrido, por lo que si bien determinados aspectos de su actividad serán normados por el Derecho Privado, otros se regirán ineluctablemente por el Derecho Público. Puesto que la totalidad del capital social de Correos de Costa Rica corresponde al Estado y la empresa es ante todo el mecanismo por el cual el Estado decide prestar el servicio universal postal, resulta conveniente recordar que: "La pertenencia a la Administración Pública de la totalidad del capital social de un Ente constituido en forma jurídico-privada impide en gran medida la aplicación al mismo de gran parte del derecho de sociedades; en cambio, cuando nos encontramos con sociedades mixtas la*

participación del capital privado dota de naturaleza societaria real al Ente, al existir una vida social que no se encuentra falseada por la unipersonalidad pública de la sociedad". R, RIVERO ORTEGA: ***Administraciones públicas y Derecho Privado****, Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 99. A efectos meramente ilustrativos, debe citarse el dictamen C-069-99 del 9 de abril de 1999 de esta Procuraduría que, al referirse a la naturaleza jurídica de RECOPE, mantiene la misma posición que sobre Correos de Costa Rica S.A., puesto que aun y cuando ambas empresas presentan algunos elementos diferentes, sus características esenciales permiten definirlas como entidades públicas organizadas bajo la forma jurídica de sociedad anónima, no obstante lo cual no puede afirmarse que se rigen por el Derecho Privado. Su régimen es híbrido o mixto: "Un ente del sector público constituido como sociedad anónima es, por principio, una empresa pública. Máxime si las actividades que despliega la entidad son de carácter empresarial, como es el caso de RECOPE, cuyo giro empresarial bien podría ser desarrollado por una empresa de naturaleza privada, tal como fue originalmente la Refinería. Procede recordar, por demás, que la organización de una entidad bajo las reglas del Derecho común, no determina que dicha entidad sea de naturaleza privada. Existen criterios materiales que determinan el carácter público o privado de la persona jurídica y que prevalecen sobre el criterio orgánico. Así, para resolver si una empresa es pública debe determinarse si el capital mayoritario es público o bien, si el poder público ejerce un control predominante sobre los actos y políticas de la sociedad, que le permita imponer sus decisiones. Asimismo, el fin público asignado por los poderes públicos a la empresa.: "La sociedad que es propiedad de un ente público -en razón de ser éste el socio único o principal- es pública por esa sola razón, aunque el socio dominante no sea el Estado, sino otro ente público cualquiera. Lo decisivo para imprimir carácter público a un ente -sea o no sociedad mercantil- es la existencia de fines de ese sujeto impuestos a él por la ley o por la Administración. Como ya se dijo, la sociedad es pública porque se convierte en un instrumento de los fines legales, por ello mismo públicos, del ente público socio. Un fin o interés puede llamarse público cuando está impuesto a un sujeto por la ley o por acto de la Administración, con base en la Ley". E, ORTIZ ORTIZ: "La empresa pública como ente público". IVSTITIA, N. 52, año 5, p. 8. Lo anterior es importante porque, como bien se indica en la consulta, RECOPE nace y se mantiene como una sociedad*

anónima, organizada bajo las reglas comunes del Código de Comercio. Esta sociedad anónima pertenece al Estado costarricense según lo dispuesto en la Ley N. 5508 de 17 de abril de 1974. A partir de esa Ley, puede decirse que la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A constituye una empresa pública, propiedad del Gobierno de la República, organizada bajo forma societaria común… Esa condición de empresa estatal ha sido también reconocida por la Procuraduría. Así en el dictamen N. 12-90 de 31 de enero de 1990, la Procuraduría consideró que al estarse ante una empresa estatal RECOPE, podía ser considerada como una entidad estatal, aun cuando organizada como sociedad anónima. Podría entonces decirse que este aspecto de la naturaleza no genera discrepancia, aunque si lo es el del régimen jurídico. ¿Dicha empresa pública está sujeta a un régimen de Derecho Público? ¿Es su régimen de Derecho Privado o más bien, mixto?… Ciertamente, si nos atuviéramos a la escritura constitutiva de la empresa, habría que concluir que RECOPE se rige por el Derecho Privado, lo cual se explicaría, incluso, en razón de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley General de la Administración Pública. Al no ser su actividad administrativa el régimen público le escaparía. Si el funcionamiento u operación de la empresa se rige por el Derecho Común, eso significa que puede operar como una sociedad anónima más, sin que el carácter público modifique dicha operación y las reglas que la rigen. No obstante, una afirmación categórica del régimen privatístico llevaría a desconocer las diversas disposiciones que el legislador ha tomado con el fin de aplicar a la entidad regulaciones de Derecho Público. Regulaciones que apuntan, como bien se indica, a la sujeción a un régimen publicístico."
(El subrayado nos pertenece.)

Sin pretender ser reiterativos con lo transcrito supra, es dable puntualizar en el carácter de empresa pública que se le reconoce a Correos de Costa Rica, tomando en consideración que *"su patrimonio y capital social le pertenecerán íntegramente al Estado."* (Artículo 2 de la Ley de Correos, Ley número 7768, de 24 de abril de 1998.) En ese mismo sentido, destacamos la necesaria sujeción a las regulaciones de orden público que le apliquen en el marco de sus actuaciones."

En otra oportunidad, por medio del dictamen C-012-2006 de fecha 16 de enero del 2006, se indicó sobre la naturaleza jurídica de Correos de Costa Rica S.A. seguidamente:

> **"II. Antecedentes sobre la naturaleza de Correos de Costa Rica S.A.**
>
> Esta Procuraduría ha abordado el tema de la naturaleza jurídica de Correos de Costa Rica S.A., la cual ha sido definida como una Empresa Estatal, con un régimen mixto, en tanto, para su funcionamiento, se rige por las reglas de Derecho Privado, pero, al ser el Estado propietario del patrimonio y del capital social, transmite a la persona jurídica la naturaleza pública. Y ello a pesar de que, al momento de crearse –vía ley aprobada por la Asamblea Legislativa-, se le defina como una sociedad anónima, personificación propia del Derecho Privado. A manera de ejemplo, nos permitimos la siguiente cita de la Opinión Jurídica número OJ-008-2001 de 22 de enero del 2000, en donde se indicó:
>
> ***"A.-***
> ***LA EMPRESA PÚBLICA ES ENTE PÚBLICO***
> *En los documentos que Correos de Costa Rica ha aportado junto con su consulta se hace una serie de apreciaciones en relación con la naturaleza de Correos de Costa Rica, que determinan la necesidad de precisar que la empresa pública es ente público, integrante del sector público.*
> ***1.-***
> ***Las Empresas Públicas son entes públicos***
> *La utilización del Derecho Privado por la Administración Pública, en nombre del mejoramiento de la eficiencia y eficacia del funcionamiento estatal, ha suscitado posiciones controvertidas en la doctrina debido a los efectos que tal utilización ha generado en la práctica. En diversos ordenamientos jurídicos esta situación se ha traducido en el surgimiento de una multitud de personificaciones distintas dentro del seno de la Administración Pública, sujetas a regulaciones diversas, con la consecuente pérdida de coherencia de la Administración en general.*
> *Debido a la heterogeneidad de la institucionalidad pública provocada por la utilización de figuras propias del Derecho Privado, y la consecuente convergencia de sistemas diferentes*

aplicables a una misma figura jurídica, se ha propugnado por la adecuación entre la forma jurídica de personificación y el régimen jurídico que utiliza la Administración: "Es decir, a régimen jurídico de Derecho Público, forma jurídica pública; a régimen jurídico privado, forma de Derecho privado." (Antonio Troncoso Reigada, ***Privatización, Empresa Pública y Constitución****, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 62). No obstante, es claro que la diversidad de mecanismos tendientes a asegurar las misiones de servicio público hace que las categorías usuales "persona pública-persona privada, derecho público-derecho privado" no den una respuesta satisfaciente a los problemas que se presentan y por tanto, que esa reducción persona pública-derecho público, forma de derecho privado, derecho privado no sea absolutamente satisfaciente (cf. M, GUYONAR, P, COLLIN : "Chronique générale de jurisprudence administrative française".AJDA, mayo-2000, p. 410). Quizás por ello el artículo el artículo 3° de la Ley General de la Administración Pública permite que el Derecho Privado regule la actividad de los entes públicos cuyo giro de actividad sea industrial o comercial, aun cuando la organización sea propia del Derecho Público.*

Ahora bien, en el caso de las empresas públicas constituidas bajo las formas del Derecho privado, en diversas ocasiones se ha incurrido en la imprecisión de considerarlas entes de naturaleza privada. Se trata, simplemente, de una errónea determinación de la naturaleza del ente en tanto definida con base en su personalidad jurídica así como en el régimen al cual se sujeta:

"El tratamiento tradicional y predominante en la doctrina es la consideración de la empresa pública como un ente de Derecho privado, como hemos puesto de manifiesto. Ello venía provocado por la confusión entre naturaleza del ente y régimen de su actividad, que también denotaba nuestro Derecho positivo.

(....).

Este planteamiento, a mi juicio, está absolutamente desfasado, y como en otras ocasiones, autores, si bien los menos, han denunciado la situación, pronunciándose por el carácter de entes públicos respecto de las empresas públicas", E. RIVERO YSERN: "Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas". Revista de Administración Pública, N. 86-1978, p. 40.

Y es que la naturaleza pública o privada de las empresas se define en razón de una diversidad de elementos, entre los que, además de tomarse en cuenta aspectos tales como la personalidad jurídica, se observa la titularidad del patrimonio, el control estatal,

la creación por ley y el fin público al que se deben, entre otros. De esta forma, la personalidad no constituye el elemento definidor de la naturaleza del ente, pues si bien la personalidad puede ser privada, de conformidad con la organización y régimen atribuido por la ley, su naturaleza es pública si la titularidad del patrimonio y el control sobre ella se encuentra en manos del Estado. En este sentido ya se ha pronunciado esta Procuraduría en anteriores ocasiones. Específicamente, en el dictamen No. 063-96 de 3 de mayo de 1996 se indicó lo siguiente:

"... la Corporación (BICSA BAHAMAS) es propiedad exclusiva de los Bancos del Estado y de la Junta Liquidadora del Banco Anglo, sea el capital social pertenece en su totalidad a entidades públicas, quienes ejercen, en razón de esa titularidad del accionariado, el control absoluto sobre las decisiones de la empresa. Tenemos, así, una persona jurídica cuyo capital social no solo en su mayoría sino en su integridad es dominado por entes públicos; de lo que se sigue un dominio en la Junta Directiva que dota a los socios públicos de un poder preponderante, mejor dicho absoluto, de decisión o de gestión sobre la entidad. Son estos elementos (cfr. M, DURUPTY: Les entreprises publiques, I, PUF, 1986, pp. 210-211, D, LINOTTE-A, MESTRE: Services publics et Droit Public Economique, I, Litec, Paris, 1982, p. 230) los que doctrinariamente determinan que una empresa pueda ser calificada de pública, aun cuando se esté en presencia de una persona de Derecho Privado. Sencillamente, no existe una identidad necesaria entre la naturaleza jurídica, pública o privada, de un ente y su personalidad jurídica. Esta puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado, según la organización y régimen que se le dé a la empresa. Lo importante es el hecho de que aun cuando se trate de una persona de Derecho Privado, por ejemplo, una sociedad anónima, la empresa puede ser pública si se dan los elementos definidores antes señalados (Cfr. A. De LAUBADERE: Droit Public Economique, Dalloz, 1983, p. 668; E, GARCIA DE ENTERRIA-T, FERNANDEZ: Curso de Derecho Administrativo, I, Civitas, Madrid, 1989, p. 415 y E. GARCIA DE ENTERRIA- M. SANCHEZ MORON: "Régimen jurídico de la Empresa Pública en España", La empresa pública y su Régimen, Universidad Nacional Autónoma, Méjico, 1981, pp. 228-229)…".

En el mismo sentido, resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de España del 28 de septiembre de 1978, en la que se analiza la naturaleza jurídica de la empresa pública:

"La empresa, en cuanto actividad económica, tendrá la calificación de pública cuando haya sido creada o en ella participe la Administración asumiendo el riesgo o la dirección de modo pleno o relativo de acuerdo con la forma que adopte, para la realización de una actividad económica que, como fin esencial, motivó su existencia, y ello porque participa tal empresa… de la comunicabilidad que la participación de la Administración imbuye a la misma, insuflándole una cualidad de pública que no puede ser desconocida, porque la unidad de la Administración… se comunica en cierta medida al conjunto de empresas públicas desde el momento en que es aquélla quien las fiscaliza y decide por y sobre tales empresas, con la relevancia inequívoca de una unidad jurídica en el conjunto de las empresas públicas por muy variadas que puedan ser sus especies, así como los bienes y derechos que las constituyan, aun cuando algunas veces las normas a que se sometan sean de Derecho administrativo o de Derecho privado, en cuanto a la forma que discipline tales empresas, porque lo trascendente es la organización montada para desarrollar una actividad económica que entra en los fines previstos por el Estado…" (citada por Encarnación Montoya Martín, ***Las Empresas Públicas sometidas al Derecho Privado****, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 511).*

De conformidad con lo anterior, debe afirmarse que las empresas públicas son entes públicos, parte del Sector Público Económico, en el tanto y en el cuanto la titularidad del patrimonio de la empresa y su control y fiscalización se encuentre en manos del Estado o de algún ente público. La atención de otros factores tales como el fin público para el que fueron creadas, así como su origen legal, entre otros, contribuyen a perfilar con claridad la naturaleza de la entidad. Aspectos tales como la personalidad jurídica y el régimen aplicable no son sinónimos de la naturaleza de la figura jurídica creada y, en tal sentido, no pueden ni deben ser tomados como características únicas para definir su naturaleza. Una definición de este tipo, al limitarse a aspectos específicos, es parcial y, por ende, errónea, en tanto hace caso omiso de la totalidad de los elementos que caracterizan a la entidad.

2.-

Correos de Costa Rica S.A. es una Empresa Pública

Tomando en cuenta lo anterior corresponde referirse sumariamente a la naturaleza jurídica de Correos de Costa Rica. Y decimos sumariamente porque en realidad este es un punto ya

definido por la Procuraduría y que, por ende, no debería provocar dudas. En efecto, en el dictamen de esta Procuraduría C-042-2000 del 3 de marzo del 2000, citado en el informe jurídico de Correos de Costa Rica S.A., se señala expresamente la imposibilidad de definir a esa entidad como empresa de naturaleza privada:
"…La circunstancia de que se trate de una entidad organizada como sociedad anónima, podría llevar a considerar que Correos de Costa Rica es una empresa privada, máxime que su régimen de actividad es predominantemente privado. ***La caracterización de la empresa pública retenida en el dictamen No. 063-96 de 3 de mayo de 1996, nos permite descartar esa pretensión de naturaleza privada****…*
Puesto que la totalidad del capital social de Correos de Costa Rica está en manos del Estado, se sigue necesariamente que estamos en presencia de una empresa pública *. Una empresa organizada como sociedad anónima. En la Opinión Jurídica No. 031-99-J de 17 de marzo de 1999, la Procuraduría señaló respecto de la naturaleza jurídica de Correos de Costa Rica:*
'Se desprende de lo anterior, que Correos de Costa Rica S.A., es una Empresa Estatal, con un régimen mixto, en el tanto, para su funcionamiento se rige por las reglas de Derecho Privado, pero al ser el Estado propietario del patrimonio y del capital social, está investida de derecho público, sujeta a los controles necesarios de fiscalización de los fondos públicos'… ". (el subrayado no es del original)
Esta posición ha sido reiterada por esta Procuraduría en diversas oportunidades, así en los dictámenes C-128-98 del 2 de julio de 1998, C-279-98 del 21 de diciembre de 1998 y C-182-2000, entre otros, se ha indicado que Correos de Costa Rica S.A. es una empresa pública, independientemente de su personalidad jurídica y del régimen que la rige. Entonces, ha sido claro y reiterado el criterio de esta Procuraduría en señalar que Correos de Costa Rica S.A. es una empresa de naturaleza pública y no privada, independientemente de que su personalidad sea de Derecho Privado y de que su actividad se encuentre sujeta predominantemente a un régimen de Derecho Privado, en virtud de lo dispuesto expresamente en el artículo 3 de la Ley de Correos. Se desprende de lo anterior que la Procuraduría no comparte la interpretación que el Departamento Legal hace de los pronunciamientos de la Procuraduría en orden a la naturaleza y régimen jurídico de Correos de Costa Rica, particularmente en

cuanto tiende a establecer que la empresa es una persona de derecho privado sujeta al Derecho Privado.
En cuanto a su régimen jurídico, interesa destacar que la Ley de Correos crea a Correos de Costa Rica S.A. como una sociedad anónima cuyo patrimonio y capital le pertenecen íntegramente al Estado (artículo 2), regida por esa ley y sus reglamentos, así como por el Código de Comercio, el Código Civil, el Código de Trabajo (artículo 3) y cuya dirección corresponderá a una Junta Directiva en la que cuatro de los cinco miembros que la integran son de nombramiento del Poder Ejecutivo (artículo 7). Por su parte, el artículo 16 de la Ley excluye a Correos de Costa Rica de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa, la Ley de Planificación Nacional, el Libro II de la Ley General de la Administración Pública, la Ley que crea la Autoridad Presupuestaria, el Estatuto del Servicio Civil y la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público.
Ahora bien, aun y cuando Correos de Costa Rica S.A. se encuentra exenta de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa, así como de la Ley que crea la Autoridad Presupuestaria (incisos a y d del artículo 16 de la Ley de Correos No. 7768 del 24 de abril de 1998), lo cierto es que por disposición expresa de la misma Ley de Correos la empresa se encuentra sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República en materia presupuestaria, así como sobre todos los actos y la gestión de la empresa (párrafo final del artículo 16 de la Ley de Correos). De esta forma, el control que está llamado a ejercer el Órgano Contralor sobre la aprobación, ejecución y aprobación presupuestaria de Correos de Costa Rica S.A., como sobre sus actos y gestión, obliga a considerar que el régimen jurídico de ese ente es de carácter híbrido, por lo que si bien determinados aspectos de su actividad serán normados por el Derecho Privado, otros se regirán ineluctablemente por el Derecho Público. Puesto que la totalidad del capital social de Correos de Costa Rica corresponde al Estado y la empresa es ante todo el mecanismo por el cual el Estado decide prestar el servicio universal postal, resulta conveniente recordar que:
"La pertenencia a la Administración Pública de la totalidad del capital social de un Ente constituido en forma jurídico-privada impide en gran medida la aplicación al mismo de gran parte del derecho de sociedades; en cambio, cuando nos encontramos con sociedades mixtas la participación del capital privado dota de naturaleza societaria real al Ente, al existir una vida social que no

se encuentra falseada por la unipersonalidad pública de la sociedad". R, RIVERO ORTEGA: Administraciones públicas y Derecho Privado, Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 99. (…)" **(El subrayado no es del original)**

Tal y como se desprende de la anterior trascripción, en las empresas públicas coexiste la aplicación de un régimen jurídico mixto. Aspecto en el que, a no dudarlo, incide la voluntad del legislador, a la hora de formular la ley que, como en el caso que nos ocupa, define las prescripciones a que se sujetará el ente. Precisamente lo indicado nos lleva a analizar una de esas particularidades, como lo es el que se atribuya una determinada competencia a la Junta Directiva de la empresa. "

Más recientemente, y por intermedio del dictamen C-172-2007 de fecha 31 de mayo de 2007, dicho ente procurador del Estado estableció entre sus conclusiones:

"IV. CONCLUSIONES:

Con base en lo antes expuesto, este Órgano Asesor concluye lo siguiente:

1. Correos de Costa Rica es una empresa pública del Estado, naturaleza jurídica que la sujeta a la competencia de la Autoridad Presupuestaria para emitir lineamientos en materia salarial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos."

Finalmente de conformidad con lo que establece la ley 6815, del 27 de setiembre de 1982, denominada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República el cual dispone en su artículo 2º, lo siguiente:

ARTÍCULO 2º.—*DICTAMENES:*

Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública.

Siendo como lo indica la norma transcrita, que los pronunciamientos constituyen jurisprudencia administrativa de carácter obligatorio, se reconsidera el oficio AJ-627-2006 de fecha 14 de setiembre del 2006, y cualquier otro que se haya emitido bajo esa misma tesitura.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-407-2007
9 de Julio de 2007

Señor
José Rafael Gómez Cordero
Apdo 456-7150

Turrialba

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su consulta de fecha 27 de Junio de 2007, en la cual se nos solicita criterio respecto a la posibilidad de pedirle a un funcionario, que ocupa el puesto de oficinista, que acompañe a usuarios a sacar fotocopias en locales que se encuentran fuera del edificio donde presta las labores, así mismo consulta qué podría suceder si en dicho trayecto le ocurriera un accidente.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Respecto a la primera de sus consultas, no desconoce esta Asesoría Jurídica que existen situaciones irregulares en las relaciones de empleo público, donde pese a estar nombrados en un determinado puesto, los funcionarios, por diversas razones, realizan actividades o funciones ajenas a las descritas en el correspondiente Manual Descriptivo de Puestos.

Las normas estatutarias prevén, con limitaciones temporarias, que en caso de ser necesario, por exigirlo el servicio público, podrían asignarse a un servidor, tareas correspondientes a otro puesto distinto, tal y como lo establece el artículo 120 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual señala que:

*"**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."

Tomando en cuenta el contenido de la norma *supra* citada, se puede afirmar que, resulta por demás lícito el recargar, por decirlo de alguna manera, las funciones que un determinado funcionario posee, con otras que, en principio no le corresponden, siempre que medie un interés público que requiera ser satisfecho.

Por otra parte, respecto a su segunda consulta, ha de señalársele que no corresponde a esta Asesoría Jurídica pronunciarse al respecto, por escaparse la misma de las competencias dadas por el artículo 13 del Estatuto de Servicio Civil, razón por la cual, se le sugiere elevar su consulta al área legal de la Caja Costarricense del Seguro Social o del Instituto Nacional de Seguros, según sea su caso.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-487-2007
28 de agosto de 2007

Señora
Marta Emelina Gamboa Mora
Coordinadora Oficina de Servicio Civil

Ministerio de Salud

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos al oficio AJ-427-2007 de fecha 25 de julio de 2007, por medio del cual se comunicó la Sentencia dictada por la Sala Constitucional en Recurso de Amparo interpuesto por Alejandra Gamboa Arias, resolución Nº 2007-006271 de las 19:55 horas del 08 de mayo de 2007, el cual fue declarado con lugar contra el Ministerio de Obras Publicas y Transportes.

Cabe aclarar que la Sala después de hacer una referencia a la Jurisprudencia que ha emitido, sobre todo en lo que se refiere a los cuestionamientos en virtud de un traslado y no poder consolidar la reasignación, es un asunto que evidentemente no vulnera derechos fundamentales de los amparados, y que estos movimientos se enmarcan dentro de las potestades de la Administración, por lo tanto procede en relación con este aspecto procedió a declarar sin lugar recurso.

El punto por el cual se procede a condenar a la administración en este asunto, es porque el acto carece de fundamentación, y el hecho de que no puede la administración fundamentar válida y adecuadamente el traslado, en la falta de un requisito para ingresar al servicio civil, sin habérselo comunicado a la funcionaria, ya que los movimientos de su puesto en propiedad a otro dentro del mismo Ministerio, no constituye el mecanismo para subsanar yerros en la selección de personal, por ello resulta un acto arbitrario, falto de fundamentación y que no justifica la necesidad de traslado de la amparada a realizar funciones en otro puesto. Es en virtud de esta situación que se procede a declarar con lugar el recurso de amparo interpuesto por ***Alejandra Gamboa Arias*** contra el Ministerio de Obras Publica y Transportes, por violación al artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

Cc: Sandra María Quirós Álvarez – Directora
Área de Gestión de Recurso Humano

AJ-544-2007
24 de setiembre de 2007

Licenciada
Fanny Arce Hernández

Directora Jurídica
Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su oficio AL-FA-380-2007 de fecha 29 de agosto de 2007, recibido por nosotros el día 13 de setiembre del año en curso, por medio del cual consulta lo siguiente:

> *"Se le puede otorgar a un funcionario de la Institución una beca para que realice una Maestría, si dichos gastos correrán en su totalidad por parte de la Institución y serán incorporados al presupuesto?. El Servicio Civil debe otorgar una autorización, para ello?. Requiere ante su instancia seguir algún procedimiento o ante quien debe llevarse? A que partida se cargaría dichos gastos?."*

Sobre el particular hacemos de su conocimiento que en materia de adiestramiento y capacitación se encuentra vigente la Ley 3009 denominada "Ley para el Adiestramiento de Servidores Públicos" y su Reglamento el Decreto Ejecutivo Nº DE-15302-P denominado " Reglamento de Adiestramiento de Personal para los Ministerios e Instituciones Bajo el Régimen de Servicio Civil", instrumentos que en su mayoría regulan la materia de adiestramiento o capacitación, dentro del Régimen de Servicio Civil.

Véase en particular los artículos 1º, 3º y 4º los cuales disponen al efecto:

> *"Artículo 1º.-* ***Facúltese al Poder Ejecutivo para que aproveche las becas, u otras facilidades que otorguen los gobiernos, instituciones y organismos nacionales o extranjeros*** *de reconocida solvencia moral y económica, para adiestramiento personal…".*
> *…*

Artículo 3º.- Para la adjudicación dicha se deberán tomar en ***cuenta las necesidades de la Administración Pública y las condiciones personales de los servidores que puedan beneficiarse con ellas, a efecto de que se garantice el mayor beneficio para el servicio público al regreso del servidor****, mediante la aplicación al trabajo de los conocimientos adquiridos y el adiestramiento de otros servidores, de acuerdo con el artículo 9 de esta ley.*

Artículo 4º.- ***La adjudicación de cada beca o facilidad se hará mediante contrato que suscribirán el Ministro de la Cartera respectiva y el beneficiario, ante la Dirección General de Servicio Civil****, la cual llevará un registro de contratos, y supervigilará el fiel cumplimiento de los mismos. Se exceptúan de esta disposición las adjudicaciones que se hagan a los que estén sirviendo interinamente un puesto en la Administración Pública, quienes firmarán su contrato con el Ministro únicamente."*

Como puede verse este es precisamente el marco fundamental que regula la materia de adiestramiento o capacitación en el Poder Ejecutivo, y que se basa en tres pilares fundamentales, el primero es que la ley faculta al Poder Ejecutivo para que aproveche las becas u otras facilidades para el adiestramiento del servidor, un segundo lo constituye el hecho de que en las adjudicaciones se deben tomar en cuenta las necesidades de la administración y las condiciones personales de los servidores, y un tercer pilar es que la adjudicación de la beca o facilidad se hará mediante un contrato que se suscribirá entre Ministro y el beneficiario ante la Dirección General de Servicio Civil.

Otros aspectos importantes lo constituyen lo regulado en los artículos 5º y 7º de la ley ibid que establecen al efecto:

Artículo 5º.-El adiestramiento no podrá ser por más de dos años. Sin embargo, la Dirección General de Servicio Civil podrá autorizar estudios de Posgrado que excedan de ese plazo o conceder prórroga en igual sentido, cuando el plan correspondiente de la Universidad o centro respectivo lo requiera.

"Artículo 7º.- El beneficiario deberá obligarse a seguir prestando sus servicios al Estado, en el ramo de su especialidad, una vez completado su adiestramiento, como sigue:

a) Si su licencia para adiestramiento fue sin goce de sueldo, los prestará durante un tiempo igual al de la licencia otorgada para disfrute de la beca.
b) Si su licencia fue con goce de sueldo completo, los prestará durante el tiempo tres veces mayor al de la licencia; y
c) *Si su licencia fue con goce de una parte de su sueldo , los prestará durante un tiempo proporcional a la parte de sueldo de que gozó, en relación con el tiempo durante el cual habría tenido que prestarlos si hubiese gozado de su sueldo completo."*

De lo anterior se extrae claramente que el adiestramiento es por un plazo máximo de dos años, y que la Dirección General de Servicio Civil podrá autorizar estudios o conceder prórrogas en razón del plan que tenga la Universidad o el centro que imparte la capacitación, y por otro lado la obligación que se establece de seguir prestando sus servicios al Estado de la forma en que lo establece el artículo 7º.

Así las cosas y sobre la primer pregunta, debemos indicarle que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 3009, se faculta al Poder Ejecutivo para que aproveche las becas o facilidades que ofrezcan los gobiernos, instituciones y organismos nacionales o extranjeros, en tal caso la institución consultante debe aplicar esta normativa que es la existente para este tipo de situaciones. El emitir criterio específico sobre la aplicación de los gastos, no es materia que compete a esta Asesoría Jurídica, y se le sugiere con todo respeto, que la Directora Jurídica de ese Consejo, haga un análisis exhaustivo, citando los fundamentos jurídicos a aplicar en su estudio, consultando, para estos efectos, a la institución competente para emitir criterio sobre aspectos de carácter presupuestario, pues si bien en el criterio jurídico que emitió número AL-FA-398-2007 y que fuera aportado por usted a esta consulta, no contesta a esta pregunta, ni cita norma expresa sobre el tema.

En cuanto a si dichos gastos serán incorporados al presupuesto de la Institución, este es un aspecto de resorte institucional, en el sentido de que deberán ustedes analizar si tienen una partida específica por medio de la cual atender este tipo de gastos.

Sobre la consulta de si esta Dirección General debe otorgar una autorización, debemos indicarle que en los términos que dispone el artículo 4 de la ley de marras, el contrato de adiestramiento lo suscriben el Ministerio correspondiente y el beneficiario ante esta Institución quien será garante de que se cumpla con los requerimientos de esta normativa y las disposiciones contractuales.

Por lo anterior, no comparte esta Asesoría Jurídica la posición sostenida por la Directora Jurídica de ese Consejo, pues indica que no se requiere de autorización por parte de esta Dirección General, sin hacer mención a fundamento jurídico alguno para sostener tal afirmación.

Respecto al procedimiento a seguir, es precisamente el que establece esta ley, y en el caso de que se suscriba el convenio de capacitación o adiestramiento, debe garantizarse que se cumpla a cabalidad con los requerimientos del ordenamiento jurídico.

Igual suerte corre esta posición con respecto al criterio vertido por el Área Jurídica de ese Consejo, pues sostiene, sin hacer mención a norma jurídica que “Los procedimientos que debe seguirse son a lo interno de la Institución en concordancia con la normativa vigente. Véase que la ley solo establece una excepción para no realizar los procedimientos ante esta Dirección General y es el caso que se estipula en el numeral 4 de esta normativa, al señalar que “…Se exceptúa de esta disposición las adjudicaciones que se hagan a los que estén sirviendo interinamente un puesto en la Administración Pública, quienes firmarán su contrato con el Ministro únicamente.”.

Finalmente en cuanto a qué partida se cargaría dichos gastos?, debemos señalar que este es un tema institucional que debe resolver

la administración, quien analizará a cual partida debe cargarse, atendiendo la naturaleza de los gastos.

No obstante lo anterior, debe manifestarse que la Asesora Jurídica de ese Consejo, da respuesta a esta inquietud, indicando que "…Se cargará a la partida presupuestaria número 171. Actividades de Capacitación. Capacitación y Protocolo. Partida 1 de Servicios.".

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-631-2007
16 de noviembre de 2007

Señora

Alicia Alpizar
alibar36@hotmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio de fecha 09 de noviembre de 2007, recibido vía correo electrónico, en el cual se nos solicita referirnos, en primer lugar, sobre la posibilidad que tiene un funcionario del régimen de servicio civil, de renunciar a la dedicación exclusiva para realizar trabajos profesionales privados en la misma profesión que ejerce en la administración, pero en un área distinta, sin que por ello exista algún roce con la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley Nº 8422), y por otro lado se consulta, cuánto tiempo debe permanecer en la función pública un servidor que ha suscrito un contrato de estudio para el cual se le ha dado licencia con goce de salario por cinco meses.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Respecto a la primera de las consultas, la misma debe ser dividida necesariamente en dos sub consultas, las cuales si bien van aparejadas, se encargan de temas distintos, estas son:

a) Existe posibilidad para el funcionario público de renunciar al régimen de dedicación exclusiva?

b) Podrá un funcionario público ejercer su profesión de manera privada, aún y cuando su puesto no este afecto a los regímenes de restricción para el ejercicio profesional (prohibición o dedicación exclusiva)?

La primera de estas cuestiones no presenta problema alguno para su solución, pues la misma se encuentra claramente expuesta en el artículo 13 de la Resolución de la Dirección General de Servicio Civil DG-070-94 (marco legal de la figura de estudio), la cual señala que:

"El servidor que disfrute del beneficio de la Dedicación Exclusiva, puede renunciar a dicho régimen, comunicándolo por escrito a la institución respectiva y a la Dirección General de Servicio Civil, con un mes de anticipación como mínimo, y no podrá suscribir un nuevo contrato en un período de dos años después de haber presentado su renuncia. Si renunciara por segunda vez, no podrá volver a acogerse a dicho régimen"

Como puede verse, la norma es clara en indicar la posibilidad que tiene cualquier funcionario de renunciar al beneficio económico apuntado, siempre y cuando se comunique la decisión con un mes de anticipación, como mínimo, a las autoridades estatales competentes.

Debe señalarse que esta posibilidad es viable únicamente en la dedicación exclusiva, pues la misma no nace por obligación impuesta por ley (como sí lo hace la prohibición), sino de la voluntad de las partes en suscribirla, por lo que, cabe la posibilidad de que la misma sea posteriormente modificada, pues si la voluntad creó una limitación, también puede dejarla sin efecto. Esta diferencia entre la dedicación exclusiva con la figura de prohibición fue expuesta por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia N° 33 de 1997 cuando indicó que:

" II.-Debe hacerse la distinción entre las compensaciones económicas conocidas como prohibición y dedicación exclusiva. La primera, se formuló como una manera de retribuirle al trabajador la imposibilidad que le dicta la ley, de ejercer su profesión, fuera del puesto desempeñado, por eso opera automáticamente y no está dentro de las facultades del empleado o funcionario solicitarla, ni el patrono tiene discrecionalidad para pagarla. La sola aceptación del puesto en propiedad, implica su pago. (...)

...la dedicación exclusiva no tiene necesariamente como base de su otorgamiento la prohibición legal del ejercicio de la profesión, sino que resulta del acuerdo entre el patrono y el trabajador. El servidor público puede decidir si solicita que se le pague la compensación salarial por dedicarse exclusivamente a su puesto, y a su vez, el patrono en el ejercicio de su discrecionalidad, analizar si el cargo ocupado exige esa dedicación..."

Ahora bien, una vez aclarada la posibilidad de renunciar al régimen de dedicación exclusiva, debemos enfocarnos en la posibilidad de que el funcionario que ya no se encuentra afecto a dicho régimen ejerza de manera privada su profesión. En este sentido, la pregunta debe analizarse confrontándola con las disposiciones de la Ley 8422 ya citada, pues como regla general, el funcionario cuyo puesto no se encuentre afecto a ningún régimen inhibitorio (dedicación exclusiva o prohibición) puede ejercer libremente su profesión, y decimos como "regla general" pues como se expondrá, ésta no es absoluta, ya que puede verse modificada dependiendo de las particularidades de cada caso concreto.

Así, para lo que compete, debe atenderse a lo que al efecto dispone el inciso b) del artículo 38 del cuerpo legal recién citado, el cual señala que:

"Artículo 38- Causales de responsabilidad administrativa. Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público:

a) ...

b) Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público. Sin que está ejemplificación sea taxativa, los siguientes casos: el estudio, la revisión, la emisión de criterio verbal o escrito, la preparación de borradores relacionados con trámites en reclamo o con ocasión de ellos, los recursos administrativos, las ofertas en procedimientos de contratación administrativa, la búsqueda o negociación de empleos que estén en conflicto con sus deberes, sin dar aviso al superior o sin separarse del conocimiento de asuntos en que el posible empleador se encuentre interesado. (...)" **El subrayado es suplido.**

Es decir, aún y cuando un servidor no devengue compensación por prohibición o dedicación exclusiva (sea porque no lo suscribió o porque en caso de haberlo hecho renunció al mismo), el deber de imparcialidad le obliga a no comprometer la gestión pública que desempeña con las actividades que ejerza en el ámbito privado.

Este mismo razonamiento ha sido sostenido por la Procuraduría General de la República, donde ha resuelto entre otras cosas que:

"... el funcionario público que se dedique privadamente a realizar cualquier trabajo por encargo de particulares, tiene el deber de abstenerse de participar en asuntos en que tenga interés directo la institución a la que sirve, lo cual es una exigencia elemental de los principios éticos en la función pública.

El criterio hasta aquí desarrollado también resulta concordante con lo que al respecto ha venido sosteniendo la Contraloría General de la República, en los siguientes términos:

"Sobre esto último, valga señalar que esta Contraloría General ha señalado reiteradamente que el hecho de que el funcionario público no esté sujeto al régimen de prohibición o que, aún estándolo, pueda ejercer su profesión en los supuestos de excepción, dicho ejercicio nunca debe entorpecer o afectar en modo alguno el desempeño normal y eficiente del puesto ocupado, ni tampoco debe producirse ninguna incompatibilidad contraria a los principios éticos de la función pública y al deber de probidad, de tal suerte que las actividades que asuma el profesional fuera de su jornada ordinaria no deben entrañar ningún conflicto de intereses respecto de los asuntos que se atienden en la institución para la que presta sus servicios." (el subrayado es nuestro. oficio N° 8769 del 21 de julio del 2005, y en igual sentido, el N° 3026 del 14 de marzo del 2005)..." Dictamen C-422-2005.

Ahora bien, de cuáles actos pueden realizarse y cuáles no, dependerá, como ya se dijo, de la situación en concreto, pues si bien puede ser que la actividad privada se de en un área distinta a la que se realiza en la función pública, tal y como plantea la consultante, estas actuaciones pueden eventualmente repercutir en el ámbito público de la funcionaria.

Para plantear la idea mediante un ejemplo, piénsese en el caso hipotético de un funcionario ingeniero de algún Ministerio encargado de velar por la calidad de las obras de construcción en San José, al cual se le paga dedicación exclusiva, siendo que el mismo decide posteriormente renunciar a dicho beneficio para laborar los fines de

semana de manera privada diseñando edificaciones estructurales en Guanacaste.

Como puede verse en principio está ejerciendo la misma profesión en un área totalmente distinta a la que tiene en la función pública, pero ¿qué pasaría si alguna de las edificaciones que diseñó en Guanacaste fuera posteriormente construida, sin su aval, en San José utilizando los mismos planos, presentando la obra problemas estructurales al tratarse de distintas provincias con distintas características climáticas y de suelo, y correspondiera al mismo funcionario realizar el estudio estructural por parte del Ministerio para el que labora? Sin duda alguna su imparcialidad se vería seriamente afectada.

Así las cosas, deberá el funcionario asegurarse que las actividades profesionales que realiza en el ámbito privado no vayan a afectar de ninguna manera su actividad pública, aun y cuando no las realice en la misma área que desempeña en la administración pública, ateniéndose al hecho de que, actuar de manera contraria a este principio, implicará una serie de responsabilidades de distinta índole, las cuales dependerán de la magnitud y naturaleza de la falta.

Habiendo concluido este apartado, debe atenderse la segunda consulta respecto a cuánto tiempo debe permanecer en la función pública un servidor que ha suscrito un contrato de estudio y se le ha dado licencia con goce de salario por cinco meses para realizar los mismos.

En este sentido debe señalarse que, en lo que a facilidades para realizar estudios se refiere, existen dos cuerpos jurídicos distintos que pueden ser aplicables, dependiendo de las características que presente cada caso en concreto, estas son:

1. *Artículos 37 y 38 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (Decreto Ejecutivo N° 21) para lo relativo a las licencias de estudio, y;*

2. *Para el caso de las licencias propiamente de adiestramiento, Ley de Licencias para Adiestramiento de Servidores Públicos (Ley N° 3009).*

Sin ahondar en el tema de cuándo corresponde aplicar cada una de las figuras (pues tal determinación le corresponderá hacerlo a la consultante o a la administración activa), ha de señalarse que ambas normas tienen claramente estipulado el plazo en el que el servidor al que se le ha otorgado una licencia para realizar estudios, deberá permanecer en la función pública. Dichas disposiciones están reguladas en el artículo 38 del reglamento citado, así como en el inciso b) del artículo 7 de la ley de marras, normas que indican:

*"**Artículo 38.-** El servidor a quien se le conceda licencia para asistir a cursos de estudio, quedará obligado a prestar sus servicios al Estado, hasta por el término de tres años, en el ramo de su especialidad una vez completados sus estudios, en la proporción de un año por cada año lectivo, en que hubiere disfrutado de licencia de media jornada diaria con goce de sueldo. Si la licencia fuere por menos de media jornada diaria, el compromiso será proporcionalmente menor, sin que en ningún caso exceda al máximo señalado. A este efecto, el contrato que deberá suscribirse con el Ministro, ante la Dirección General, determinará la garantía que proceda.*

Las licencias que se conceden sin goce de sueldo, no estarán sujetas a las estipulaciones de este artículo."

***"Artículo 7º.-** El beneficiario deberá obligarse a seguir prestando sus servicios al Estado, en el ramo de su especialidad, una vez completado su adiestramiento, como sigue:*

a) ...

b) Si su licencia fue con goce de sueldo completo, los prestará durante un tiempo tres veces mayor al de la licencia..."

Como puede desprenderse claramente de las normas, en caso de que la licencia (con goce de salario) haya sido otorgada según las disposiciones del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, se deberá

hacer el cálculo correspondiente por parte de la Administración Activa, entiéndase como tal, el Ministerio para el cual se presta servicios, tomando en cuenta tanto el plazo por el que se otorgó la misma, así como el tiempo de la jornada laboral que fue dado.

Por otra parte, de haberse otorgado la licencia con goce de salario tomando en consideración las disposiciones de la ley 3009, deberá el funcionario prestar sus servicios por un tiempo tres veces mayor al que le fuera otorgado.

Se evacuan así las consultas planteadas.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-414-2007
16 de Julio de 2007

Licenciada

Flor E. Ortiz Vargas
Directora de Recursos Humanos
Consejo Técnico de Aviación Civil

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a oficio URH-1209-2007, en el cual se nos solicita, referirnos a la procedencia del reconocimiento de puntos por concepto de Carrera Profesional, basado en el factor "Publicaciones", cuando se publica el mismo escrito en distintos medios.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Respecto a la consulta planteada, se hace necesario, como primer punto, el estudiar las normas que regulan el factor "Publicación" dentro del *plus* de Carrera Profesional, el cual, para las instituciones cubiertas por del Régimen de Méritos se encuentra en los artículos 1, 4 inciso f), 5 inciso d) y 9 de la Resolución DG-080-96 del tres de octubre de mil novecientos noventa y seis, emitida por la Dirección General de Servicio Civil, los primeros señalan en lo conducente que:

*"**Artículo 1-** .... El incentivo se concederá con base en grados académicos, capacitación recibida, publicaciones especializadas....*

***Artículo 4:** Los factores ponderables para el reconocimiento del beneficio por Carrera Profesional, son los siguientes:*

(...)
f) Publicaciones realizadas

Artículo 5: *La ponderación de los factores precitados se hará de acuerdo con el siguiente detalle:*

(...)

d) Publicaciones

- Un punto por cada publicación menor que el libro, (ensayos, artículos, etc.), hasta un máximo de 20 puntos.

- Cinco puntos por cada libro, hasta un máximo de 20 puntos."

Ahora bien, nótese que el término utilizado en cada una de las normas señaladas es "Publicación", pero cabe preguntar ¿a qué se refiere la norma con dicho término? La pregunta resulta por demás válida si se toma en cuenta que el vocablo utilizado, puede verse tanto como la acción de publicar, o como el *"Escrito impreso, como un libro, una revista, un periódico, etc., que ha sido publicado"*[4]. Es decir, se refiere tanto al objeto de la publicación (sea el escrito mismo) como al medio por el cual se da a conocer dicho objeto.

Debe señalarse en este punto que, el término "publicación" entendido como el objeto, es precisamente aquel que justifica el pago de la Carrera Profesional, mientras que su acepción como medio, forma parte de los requisitos que al efecto señala la norma, es decir la publicación (objeto) no puede ser reconocida para efectos de carrera profesional, en tanto no sea publicada (medio) en los términos que al efecto señala el artículo 9 de la resolución de rito.

Entender que la publicación, como medio, es la que justifica el pago por concepto de Carrera Profesional, resultaría en un ilógico que podría transgredir significativamente, la asignación de puntos que por

[4] Tomado del Diccionario en línea de la Real Academia Española de la Lengua www.rae.es.

derecho correspondan. Verbigracia, si un profesional "X" realiza una monografía que es publicada en una revista, posteriormente traducida y publicada en otra revista, y finalmente publicada a través de Internet, si se tomare el término aludido como la acción de publicar, se le reconocerían puntos por cada una de las veces que el mismo escrito fue publicado (en este ejemplo tres tantos), mas si se toma la "publicación" como el escrito que ha sido publicado, se reconocerá el debido puntaje por una única vez.

Ahora bien, esta tesitura respecto al significado de la locución señalada, puede desprenderse de la interpretación hermenéutica de la norma, buscando ante todo, ajustarse la finalidad misma de este *plus* salarial, pues tal y como señaló la Resolución N° 518-F-2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

"La interpretación de las normas legales es un procedimiento racional utilizado para buscar el espíritu de la norma, en aras de amparar una determinada situación jurídica a la normativa y sus distintas fuentes de derecho..."

Así, en aras de encontrar este "espíritu" respecto a la carrera profesional, el mismo puede verse reflejado en lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución DG-080-96, el cual se encarga de enunciar los objetivos que tiene el sobresueldo en mención, estos son:

a) *Reconocer por medio de un estímulo económico la superación académica y laboral de los profesionales al servicio de la Administración Pública.*

b) Coadyuvar en el reclutamiento y retención de los profesionales mejor calificados en cada área de actividad, para un adecuado desempeño de la función pública.

c) *Incrementar la productividad de los profesionales.* (El destacado es suplido).

Especial atención debe dársele al primer inciso respecto a la superación académica y laboral de los profesionales, pues en este sentido, se ha considerado (de manera muy atinada) que, las publicaciones que éste realice resultan fundamentales, pues la creación de obras de carácter intelectual, efectuadas por el

funcionario, reflejan una continua preparación académica y un estudio constante, de los temas propios de su profesión, los cuales se ven reflejados en texto final, actividad que, por decirlo de alguna manera, profesionaliza aún más al servidor.

Precisamente, es por esta razón que se reconocen puntos de Carrera Profesional a los escritos que realice el funcionario, pues, tal y como enuncia el artículo 2 de la resolución de marras, se está reconociendo por medio de un estímulo económico la superación académica del profesional, reflejada, en este caso, por la creación de escritos propios del entorno de su puesto. Sobre este punto ya esta Asesoría Jurídica se había pronunciado en oficio AJ-703-2005 en el que señaló que:

"Es evidente que el fin de la norma es el otorgar reconocimiento a aquellas elaboraciones de carácter académico[5] que lleguen a ser publicadas, es decir, que después de aprobar un proceso riguroso de selección por parte de un consejo editorial de reconocida competencia (excepto en los casos del artículo 16 de la resolución de cita), sean puestas al alcance o a disposición de un público más o menos amplio[6]."

Dicha situación (el de la profesionalización) no se da, cuando determinado funcionario publica un escrito, que cumple con los requisitos que al efecto manda el artículo 9 de la Resolución DG-080-96, varias veces, aunque sea mediante distintos medios, pues el escrito, por más que se publique por distintos o iguales medios, permanece inmutable, el estudio, la dedicación, el contenido intelectual que el autor haya plasmado en su obra, no ha cambiado, es decir el funcionario no ha requerido mayor esfuerzo intelectual, ni ha tenido un desarrollo profesional entre una y otra publicación.

El otorgar puntos a una obra una y otra vez atendiendo únicamente a que la misma ha sido publicada por distintos medios, atenta contra el fin mismo de la Carrera Profesional, y, se constituiría en un pago indebido al no existir causa que justifique.

[5] Publicación como objeto. La nota es propia.
[6] Publicación como medio. La nota es propia.

Es por las razones antes expuestas que concluye esta Asesoría Jurídica que, el reconocimiento de puntaje por concepto de Carrera Profesional debe darse por una única vez por cada escrito (objeto) sin importar cuantas veces o por cuantos medios se haya publicado (medio).

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-423-2007
23 de Julio de 2007

Licenciada
Carmen García Quirós
Jefe Departamento de Recursos Humanos
Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio CONAPAM-DAF-DRH-110-2007 de fecha 12 de Julio de 2007, en el cual se nos solicita, primeramente referirnos respecto a la procedencia del reconocimiento del incentivo económico de Carrera Profesional, a un funcionario interino que se traslada de una dependencia estatal a otra sin que pierda continuidad. Además, si dicho funcionario se debe considerar de nuevo ingreso y, consecuentemente, aplicar dicho incentivo hasta que cumpla seis meses en la nueva institución.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

En realidad ambas preguntas se dirigen hacia un mismo norte, cual es el determinar la procedencia del pago del *plus* de Carrera Profesional a un funcionario interino, y a partir de qué momento se puede otorgar dicho sobresueldo.

La figura de la Carrera Profesional tiene sustento jurídico (respecto a las Instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil), en la Resolución DG-080-96 de las 8 horas del 3 de octubre de 1996, la cual señala en su artículo 33 que:

"Será aceptado el ingreso a la Carrera Profesional a aquellos profesionales que ocupen un puesto en forma interina, a plazo fijo o en puesto de confianza (nombrados o destacados) si tales nombramientos han sido ininterrumpidos y han tenido una duración, en forma acumulativa, de seis meses como mínimo o si hacia el futuro el nombramiento no es inferior de seis meses." (El destacado es propio).

Como puede notarse, la norma establece la posibilidad de reconocerle el beneficio de marras al funcionario interino, supeditándose eso si, a la necesidad de que el nombramiento se dé ya sea de forma acumulativa por seis meses (de manera ininterrumpida), o de seis meses al futuro. Es decir, el funcionario interino debe tener un mínimo de seis meses de laborar para el Estado, ya sea a futuro o a *priori*. Se crean así dos distintos supuestos de hecho, a saber:

a) La del funcionario interino que ha sido nombrado en distintas ocasiones, y, estos nombramientos se dan en forma ininterrumpida por un mínimo de seis meses, y;

b) La del funcionario interino de primer ingreso, en el que se hace necesario que, a futuro, su nombramiento sea de un mínimo de seis meses.

Cabe aclarar que dichos supuestos no se entremezclan entre sí, en el entendido de que, el funcionario que ha tenido nombramientos ininterrumpidos que juntos suman un mínimo de seis meses, no necesita que el próximo nombramiento sea también de seis meses, pues al cubrir el primero de los supuestos, el segundo se hace irrelevante. Lo mismo ocurre al inverso.

Dichos supuestos, resultan de fácil aplicación en los casos en que los nombramientos se den en una misma Institución, más no en aquellos casos en los que los nombramientos de manera ininterrumpida se dan entre distintas dependencias estatales, pues pueden darse situaciones en la que si bien, existen nombramientos

que superan los seis meses señalados por la norma, se dan en una dependencia ajena a aquella en la que actualmente labora el servidor, dependencia en la cual tiene un nombramiento menor al plazo señalado.

En este sentido resulta de vital importancia la *"Teoría del Estado Único Patrono"* , la cual ha sido estudiada en reiteradas ocasiones por diversos órganos consultivos y jurisdiccionales, de los cuales se puede rescatar lo manifestado por la Sala Constitucional en su Voto N° 433-90:

"Del principio de que el Estado es en realidad uno sólo, se deriva la conclusión de que en la relación de servicio que lo liga con sus servidores, el Estado es un mismo patrono y que no tiene importancia distinguir en cuál de las diversas dependencias públicas se prestó el servicio".

Ahora, específicamente respecto a la continuidad laboral que se da en torno a los funcionarios que se trasladan de una dependencia estatal a otra, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Procuraduría General de la Republica, la cual señaló en su Dictamen C- 225-82 (el cual pese a su antigüedad, tiene plena vigencia) que:

"... la continuidad en el servicio no se interrumpe cuando los funcionarios y empleados públicos se trasladen a prestar sus servicios de un Poder de la República a otro, e incluso de instituciones autónomas y semiautónomas a éstos y viceversa.... Cabe agregar que la anterior tesis ha tenido como base fundamental " el principio de la unidad de la Administración Pública y su consecuencia de que se sirva, se trabaja para un mismo patrono, que es El Estado" (El destacado es suplido).

En este extremo cabe hacer una aclaración en el sentido de que, si bien el Dictamen es omiso en señalar que tampoco se da interrupción cuando se hacen traslados dentro de un mismo poder (por ejemplo entre Ministerios) debe entenderse aceptada dicha

contingencia, pues si existe la posibilidad de hacerlo en distintos estratos públicos, con más razón puede hacerse dentro de un mismo ámbito.

De esta forma, se puede afirmar que, en caso de que un funcionario sea nombrado de manera interina en distintas dependencias estatales, debe computársele todo el tiempo que haya durado en dichas dependencias como uno solo, siempre y cuando no haya existido interrupción alguna entre ellos.

En conclusión, si un funcionario que sea nombrado de forma interina, tiene derecho a que le sea reconocido el incentivo salarial de Carrera Profesional, siempre y cuando cumpla con los requisitos temporales señalados al efecto por el artículo 33 *supra* indicado.

Asimismo, debe analizarse lo correspondiente a si dicho funcionario ha laborado con alguna dependencia estatal con anterioridad de manera ininterrumpida, por un plazo mayor de seis meses, ya que, en virtud de la teoría del Estado único patrono, de ser así se estaría en uno de los supuestos indicados por la norma de estudio, excluyendo el otro supuesto, no importando al efecto si el nombramiento a futuro es igual o inferior a seis meses.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-560-2007
08 de octubre del 2007

Señores

M.Sc. Luis Aguilar Villarreal
Director Ejecutivo

Licda. Kathya Gómez Arias
Encargada Unidad de Recursos Humanos

Centro de Investigación y Perfeccionamiento para la Educación Técnica
S. O.

Estimados señores:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio URH-071-07 de fecha 12 de setiembre de 2007, recibido el día 21 del mismo mes y año, mediante el cual se consulta lo siguiente:

> *"... Como (sic) se debe realizar el reconocimiento de la Licenciaturas Adicionales y si cabe el pago de los 5 puntos por la Licenciatura Adicional al señor …, de acuerdo al(sic) informe de la Auditoria y Control en Recursos Humanos, asimismo si dicho señor tiene el derecho de que se le pague en forma retroactivo (sic) los 5 puntos desde el 01 de abril del 2004, fecha en la que ingresó a laborar en propiedad para el CIPET. ..."*

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

Sin embargo, como el origen de su consulta proviene del Informe AC-009-2007 emitido por el Área de Auditoria y Control de Recursos Humanos de esta Dirección General, de fecha 19 de enero del 2007, para efectos de la consulta, conviene transcribir en lo conducente lo siguiente:

> "*A continuación se exponen los detalles de las inconsistencias detectadas en los expedientes de Carrera Profesional analizados.*
>
> *...*
>
> ***10. …***
>
> *El expediente de Carrera Profesional presenta copia de los siguientes títulos:*
>
> - *Maestría en Administración Educativa, UCA, 2000.*
> - *Licenciatura en Ciencias de la Educación énfasis en Educación Básica I y II c, UNA, 1995.*
> - *Bachillerato en Ciencias de la Educación Concentración en Administración Educativa, UNA, 1995.*
> - *Bachillerato en Ciencias de la Educación Concentración en I y II c, UNA, 1991.*
>
> *En el rubro de títulos adicionales se le debe reconocer la Licenciatura en Ciencias de la Educación Básica I y II c, como título adicional, esto por cuanto la Maestría en Administración Educativa es atinente a la especialidad Recursos para el Aprendizaje y la Licenciatura no se considera como parte integral del postgrado y no forma parte de las atinencias de la especialidad del puesto. Además, las copias de los*

documentos señalados no tienen sello de confrontado ni fecha de recibido. "

Por la competencia atribuida a esta Asesoría Jurídica, resulta improcedente entrar a cuestionar o revisar las eventuales inconsistencias detectadas en expedientes como producto de un estudio técnico de auditoría. Además de la falta de competencia, esta Asesoría Jurídica tampoco tuvo a su disposición las fuentes de información y la documentación auditada, lo que impide la contrastación empírica con las conclusiones y recomendaciones emitidas.

Para responder a su consulta, resulta de interés traer a colación la Resolución DG-080-96 que establece el cuerpo de normas para la aplicación de la Carrera Profesional.

En lo que interesa, sobre cómo realizar el reconocimiento de Licenciaturas Adicionales, señala:

*"... **Artículo 4:** Los factores ponderables para el reconocimiento del beneficio por Carrera Profesional, son los siguientes:*
a) Grados académicos …

***Artículo 5:** La ponderación de los factores precitados se hará de acuerdo con el siguiente detalle:*
*a) **Grados académicos Puntos***
Bachillerato…… 10
Licenciatura…… 16
Especialidad…….. 26
Maestría…….. 32
Doctorado…….. 40
Licenciatura adicional…… 5
Especialidad adicional…… 7
Maestría adicional…… 10
Doctorado adicional…….. 12…"

CAPITULO IV
Interpretación y aplicación de los factores

Grados académicos:

Artículo 6: *Para optar al beneficio de la Carrera Profesional, los grados académicos deberán ser acreditados por la presentación del título o la respectiva certificación de la universidad correspondiente, siempre que sean:*
a) Propios del área de actividad del puesto o afines con la misma,
b) Conferidos o reconocidos y equiparados por alguna de las universidades del país facultadas para ello; de conformidad con las normas establecidas por el CONARE (19 de agosto de 1986) aportando la certificación respectiva emitida por el Departamento de Registro de la institución que corresponda.
Los grados y títulos académicos obtenidos antes de la promulgación de las normas sobre el reconocimiento y equiparación de los grados y títulos por parte del CONARE (19 de agosto de 1986), serán aceptados de acuerdo con la condición con que los haya reconocido el colegio profesional respectivo.
Los grados y títulos académicos conferidos por universidades privadas existentes en el país serán aceptados siempre y cuando la respectiva universidad esté debidamente autorizada por el CONESUP.
La especialidad se ponderará como tal, si fue obtenida con base en la Licenciatura. A la especialidad obtenida con base en el Bachillerato se le otorgará el puntaje previsto para la Licenciatura.
Se entenderán por grados y especialidades adicionales aquellos que presente el servidor y que no hayan sido considerados para la ponderación básica del literal a) del artículo 5. Sólo se reconocerá un grado o especialidad adicional a cada servidor. ...”
(el subrayado no es del original)

Para una mayor claridad, el oficio AJ-827-2005 del 7 de octubre de 2005, señala lo siguiente con respecto al artículo supra transcrito:

> *"... La norma de cita tiene como finalidad el reconocimiento de la superación académica del servidor al obtener grados académicos cada vez mayores, de manera que si, por ejemplo, el servidor tiene reconocida una licenciatura, que otorga un puntaje de 16 unidades, y posteriormente obtiene una maestría, valorada en 32 puntos, se le suman los 16 puntos que restan para completar el valor de la maestría. Si la persona ostenta un determinado grado académico y posteriormente obtiene un grado académico inferior, el reconocimiento de este último se hallaría implícito en el del grado superior, por lo que no podría reconocerse como un grado básico; podría reconocerse, en cambio, como un grado adicional, si cumple con los requisitos para ello, sin olvidar que la norma supracitada admite únicamente el reconocimiento de un grado o especialidad adicional. ..."*

Debe señalarse que al momento del Informe que nos ocupa, AC-009-2007 de Auditoria y Control de Recursos Humanos, se encontraba vigente el inciso d) del artículo 3 de la Resolución DG-080-96, mismo que fue adicionado por la Resolución DG-364-2003 de las 15:00 del 19 de agosto de 2003, y posteriormente derogado por la Resolución DG-201-2007 de las 14:00 del 15 de agosto de 2007. El texto de ese inciso d) decía lo siguiente:

> *"... d) El grado académico que ostenta el servidor y con base en el cual se solicita este incentivo, debe estar contemplado dentro de las atinencias del puesto y la clase; no obstante, respetando los derechos de los servidores que estén disfrutando de este incentivo, siempre y cuando continúen ocupando un puesto de nivel profesional y aporten los documentos probatorios de tal situación. ..."*

La aplicación de ese inciso d) en el tiempo y el espacio es importante porque el Informe AC-009-2007 de Auditoria y Control de Recursos Humanos se refiere expresamente a la atinencia de la Licenciatura, de tal forma que en la actualidad, al haber cambiado el marco normativo, la conclusión podría haber cambiado.

Ahora bien, sobre el pago de la Carrera Profesional, la Resolución DG-080-96, en lo que interesa, señala:

> *"... **Artículo 21:** La Oficina de Recursos Humanos sólo realizará estudios por solicitud de los interesados, excepto en la ponderación del factor experiencia y en los ajustes por capacitación recibida dentro del Subsistema de Capacitación, los cuales deberán hacer de oficio, por lo que requerirá llevar los controles indispensables para ello."*
>
> ***CAPITULO VI***
> ***Procedimiento para otorgar los beneficios de la Carrera Profesional***
>
> ***Artículo 26:** Los profesionales que reúnan las condiciones indicadas en el artículo 3, para obtener los beneficios de la Carrera Profesional, deben hacer la respectiva solicitud por escrito al Jefe de Recursos Humanos de la Institución y adjuntar a la solicitud los documentos necesarios para probar y fundamentar sus atestados.*
> ***Artículo 27:** El Jefe de Recursos Humanos registrará la fecha de recibo de las solicitudes formuladas. La fecha de vigencia de la concesión inicial (no de los ajustes), será a partir del primer día del siguiente mes calendario a la fecha de recibo de la solicitud en la Oficina de Recursos Humanos. ..."*
> (el subrayado no es del original)

Véase que fecha de ingreso a una institución no implica necesariamente el derecho al pago de Carrera Profesional, pues se hace necesario una actuación del servidor, es decir, que lo solicite formalmente. En otras palabras, aplica el principio de rogación, por lo cual, el momento de petición reviste una importancia especial para efectos del pago.

Para precisar el asunto, el oficio AJ-116-2004 del 18 de febrero de 2004, emitido por esta Asesoría Jurídica, señala lo siguiente:

> *"... Entrando en materia y el fondo propiamente de lo expuesto, debemos referir que es una obligación de la Administración en el tanto al servidor le corresponda, proceder al reconocimiento del incentivo de carrera profesional, lo que se ha de realizar en dos situaciones y momentos diferentes; los de experiencia propiamente que son reconocidos de oficio al amparo de lo dispuesto por el numeral 10 de la Resolución de marras, y los ajustes correspondientes por los demás ítems que conforma la Carrera Profesional, que deberán ser solicitados por el interesado, al Jefe de Recursos Humanos institucional, en cualquier época del año, los cuales tendrán como fecha de vigencia la fijada en el ordenamiento jurídico, propiamente el artículo 32 de la Resolución en mención.*
>
> *En lo que respecta propiamente a la retroactividad en la aplicación de la Carrera Profesional, para aquel servidor que por error de la Administración no se procedió a reconocer el incentivo, debemos indicar que las disposiciones que regulan la Carrera Profesional, no contemplan en su texto una aplicación retroactiva en favor del servidor por una omisión o error de la Administración.*
> *...*
>
> *Es de mérito indicar que si la administración por un error de orden, o bien por una omisión no procedió a otorgar los*

puntos correspondientes por Carrera Profesional a quien en tiempo lo solicitó, deberá establecer la responsabilidad de aquel servidor o servidores que incurrieron en la falta sea por acción o por omisión, siguiendo el Principio General de Responsabilidad que regula los artículos 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública. ...”

En este punto se hace necesario precisar que el Informe AC-009-2007 de Auditoria y Control de Recursos Humanos no constituye un acto declarativo de derechos, pues corresponde a la administración activa determinar la correcta ponderación y asignación de los puntos de Carrera Profesional, que consiste en una labor de razonamiento técnico y lógico, de conformidad con la normativa que rige ese incentivo económico.

En caso de dudas con respecto a lo concluido o recomendado por el Informe AC-009-2007 de Auditoria y Control de Recursos Humanos, de fecha 19 de enero de 2007, podría solicitarse la correspondiente adición y / o aclaración al órgano que lo emitió.

Atentamente,

Original Firmado { Lic.
Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

cc. Alex Gutiérrez De la O,
Director Auditoria y Control de Recursos Humanos

AJ-595-2007
29 de octubre de 2007

Licenciada
Ligia Acuña Rodríguez
Directora
Dirección General de Personal
Ministerio de Educación Pública

Estimada señora:

Damos respuesta a oficio DGP-1118-2007 de fecha 19 de marzo de 2007, mismo que fuere reiterado mediante oficio DGP-CP-117-2007 de fecha 29 de agosto de los corrientes, en el cual se solicita al señor Alex Gutiérrez De la O, Director del Área de Auditoria Interna de esta Dirección General, se pronuncie sobre la posibilidad de reconocerle el *plus* de Carrera Profesional Docente a los funcionarios del Ministerio de Educación Pública que laboren como Auxiliares Administrativos. No obstante, ha de indicarse que dado que el fondo de la consulta versa sobre la correcta interpretación de normas jurídicas, corresponde a esta dependencia dar respuesta a la misma, consulta que fuera remitida a este Despacho el día 23 de octubre del año en curso.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Al mismo tiempo, ofrecemos disculpas por la tardanza sufrida en la atención de su solicitud, la cual se dio debido a que por lo especial y delicado de la materia sobre la que versa su consulta, ésta tuvo que

ser analizada por distintas áreas de la Dirección General de Servicio Civil (Auditoria Administrativa, Salarios e Incentivos, Carrera Docente), áreas que emitieron distintos criterios que han sido tomados en cuenta para el presente estudio.

La consulta, tal y como fuera planteada por la señora Maritza Soto Calderón, entonces directora del área consultante, versa como se indicó supra, sobre la posibilidad de que a los funcionarios clasificados como Auxiliares Administrativos, se les reconociera el canon de Carrera Profesional Docente, atendiendo para ello, a que los mismos forman parte de los profesionales expresamente reconocidos por el artículo 1 de la Resolución DG-333-2005 de la Dirección General de Servicio Civil (marco legal de la Carrera Profesional Docente). Señala además que, no obstante lo expuesto, el Manual General de Clases señala como requisito poseer el Bachiller Universitario en una carrera de Ciencias de la Educación o título que lo faculte para la función docente, con base en el certificado de estudios secundarios, o en tercer año aprobado de carrera universitaria de Ciencias de la Educación, por lo que pareciera, estos funcionarios no cumplen con los requisitos dados por la norma.

Aunado a ello, se indica que además existe un antecedente en el que en otras ocasiones se ha interpretado por parte de la Dirección General de Personal del Ministerio de Educación Pública y por la misma Dirección General de Servicio Civil (desconocemos en cual oficio, circular o Resolución se ha mantenido dicho criterio) que las tareas que realiza el Auxiliar Administrativo no son de carácter profesional, sino por el contrario, de apoyo administrativo, es decir de índole secretarial.

De lo expuesto, puede interpretarse que la consulta se dirige a vislumbrar dos puntos en concreto, a saber:

1. ¿Cumple el auxiliar administrativo con los requisitos necesarios para ser considerado como acreedor del

derecho de reconocimiento de la Carrera Profesional Docente?

2. En caso de cumplirlos, ¿afecta en algo el hecho de que el mismo haya sido considerado como un funcionario que no realiza labores profesionales, sino más bien de índole secretarial?

Para darle respuesta a la primera de las interrogantes ha de acudirse necesariamente a lo dispuesto en el artículo 1 de la Resolución DG-333-2005, el cual indica que:

*"**Artículo 1.-** Denomínese Carrera Profesional Docente a uno de los incentivos económicos de la Administración de Recursos Humanos del Estado, aplicable a los servidores docentes comprendidos por el Artículo 54 del Estatuto de Servicio Civil – Título II "De la Carrera Docente"-, que se clasifiquen y se desempeñen dentro de la categoría de profesor titulado, posean como mínimo el título universitario de Bachiller, en el área de las Ciencias de la Educación con su respectiva especialidad o afín con ella, y se encuentre ubicado en alguno de los siguientes grupos del escalafón docente: MT4, MT5, MT6, PT5, PT6, VT5, VT6, KT2, KT3, ET3 o ET4."* El destacado es propio.

Nótese que la norma es muy clara al establecer los requisitos[7] que deben llenarse cabalmente para poder acceder al beneficio económico apuntado, estos son:

a) Formar parte de los servidores docentes establecidos en el artículo 54 del Estatuto de Servicio Civil;

b) Que se clasifiquen y desempeñen dentro de la categoría de profesor titulado;

c) Que posean como mínimo el título universitario de Bachiller en el área de las Ciencias de la Educación;

[7] Valga aclarar que si bien el artículo 3 de la misma resolución establece otra serie de requisitos, para la consulta planteada no resultan trascendentes, por lo que se omite su estudio.

d) Por último, que se encuentren ubicados en alguno de los siguientes grupos del escalafón docente: MT4, MT5, MT6, PT5, PT6, VT5, VT6, KT2, KT3, ET3 o ET4.

Considerando los requisitos expuestos, resulta importante definir entonces quiénes son los funcionarios docentes que comprende el artículo 54 citado. Dicha norma señala al efecto que:

"Se consideran comprendidos en la Carrera Docente los siguientes servidores del Ministerio de Educación Pública: quienes impartan lecciones, realicen funciones técnicas propias de la docencia o sirvan en puestos para cuyo desempeño se requiera poseer título o certificado que acredite para ejercer la función docente de acuerdo con el Manual Descriptivo de Puestos." El subrayado es propio.

En igual sentido, el inciso c) del artículo 2 del Reglamento de la Carrera Docente (Decreto Ejecutivo 2235-E-P del 14 de febrero de 1972), señala que:

"Se consideran servidores docentes los comprendidos por el artículo 54 de la Ley de Carrera Docente y que, para los efectos que la presente reglamentación, se dividen en:

a) Funcionarios propiamente docentes...

b) Funcionarios técnico-docentes...

c) Funcionarios administrativo-docentes, que son los que realizan primordialmente labores de dirección, supervisión y otras de índole administrativa, relacionadas con el proceso educativo y para cuyo desempeño se requiere poseer título o certificado que faculte para la función docente." El destacado no pertenece al original.

Como puede verse, tanto el artículo 54 de la Ley de Carrera Docente, como el 2 de su Reglamento son claros al establecer que forman parte del personal docente los servidores "administrativo docentes" que son los que realizan primordialmente labores de dirección, supervisión y otras de índole administrativa, entre los cuales se puede ubicar la clase de puesto objeto de la presente consulta, es decir los funcionarios auxiliares administrativos. Siendo esto así, estos

servidores cumplen plenamente con el primer requisito establecido por la norma DG-333-2005.

Ahora bien respecto al segundo requisito, este debe analizarse aparejado al cuarto, pues como se verá, para poder desempeñarse en alguna de los grupos del escalafón docente planteados por la norma, se requiere necesariamente, ser profesor titulado.

Dicha conclusión nace de la lectura de los artículos 108 y 118, ya que el primero de ellos define exactamente a quien se le puede considerar "profesor titulado", mientras que el segundo señala el significado de la nomenclatura utilizada para los diferentes grupos del escalafón docente:

*"**Artículo 108.-** Son profesores titulados los que, de conformidad con esta ley, posean un grado o título profesional que los acredite para el ejercicio docente, extendido por las instituciones oficiales del país, o reconocido y equiparado por la Universidad de Costa Rica o por el Consejo Superior de Educación, según corresponda. Estos organismos tendrán, además, la obligación de especificar las especialidades que, por sus estudios, puedan impartir los profesionales comprendidos en esta ley.*

***Artículo 118.-** Para los efectos de la clasificación que comprende este título, los diferentes niveles, áreas de enseñanza y grados profesionales, se indicarán con letras, del siguiente modo: K: Enseñanza Preescolar; P: Enseñanza Primaria; M: Enseñanza Media; V: Enseñanza Técnico-Profesional (Vocacional); E: Enseñanza Especial; N: Enseñanza Normal; S: Enseñanza Superior; T: Profesor Titulado; AU: Profesor Autorizado; AS: Profesor Aspirante. En la clasificación sucesiva, la ubicación de los grupos docentes se indicará con números en orden descendente, según su rango."*

La norma deja ver claramente que todos los grupos expuestos en el artículo 1 de la Resolución DG-333-2005, son necesariamente profesores titulados (pues todos son categoría "T"). Pero lo más rescatable de las normas transcritas es el hecho de que estipulan de que el profesor titulado es aquél que "*posean un grado o título profesional que los acredite para el ejercicio docente"* es decir, pone atención a la posesión del título que lo faculte a ejercer la docencia, no

a que efectivamente la ejercite, por lo cual pueden verse también incluidos en la norma los funcionarios técnicos docentes y administrativo docentes.

En este extremo, puede afirmarse que los funcionarios auxiliares administrativos cumplen el segundo y cuarto requisito, siempre y cuando se clasifiquen y desempeñen[8] dentro de la categoría de profesor titulado, pues como se verá, no todo auxiliar administrativo ostenta el grado académico necesario para clasificar como tal.

Respecto al tercer requisito establecido por el artículo 1 de la tantas veces mencionada Resolución DG-333-2005 (poseer como mínimo el título universitario de Bachiller en el área de las Ciencias de la Educación), debe recordarse que según el apartado D-100 del Manual Descriptivo de Puestos Docentes, el puesto de "Auxiliar Administrativo" tiene como requisito principal el poseer un Bachiller Universitario en una carrera de Ciencias de la Educación, Título que lo faculte para la función docente, con base en el certificado de estudios secundarios, o tercer año aprobado de carrera universitaria de Ciencias de la Educación, es decir, desde esta perspectiva existen tres supuestos académicos bajo los cuales un servidor puede aspirar a ocupar el puesto de auxiliar administrativo, pero, no así a que se le reconozca la Carrera Profesional Docente.

Y es que la norma es muy clara al establecer que el requisito básico para el otorgamiento del beneficio apuntado, es el poseer como mínimo el título universitario de Bachiller, pues es hasta que se tiene dicho grado que se puede considerar que determinado funcionario es realmente "profesional". Aceptar lo contrario desnaturalizaría la misma figura jurídica, otorgando más que un incentivo a los funcionarios que se profesionalicen, un sobrepago sin fundamento legal alguno.

[8] Se reitera que el desempeño dentro de la categoría de "profesor titulado" no implica necesariamente el desempeño de la docencia como tal.

En síntesis, respecto a este punto, si bien el Manual Descriptivo de Puestos Docentes establece varios requisitos académicos para poder acceder al puesto de Auxiliar Administrativo, solamente aquellos que posean el Bachiller Universitario, cumplirán con el tercer requisito, pues tal y como lo ha anotado la Procuraduría General de la República, en casos donde exista de por medio fondos públicos, no existe la posibilidad de acudir a medios de interpretación que amplíe los supuestos legalmente establecidos.

Como conclusión a la primer pregunta *supra* formulada, debe señalarse que, en el tanto el "auxiliar administrativo" cumpla cabalmente con los requisitos del artículo 1 de la Resolución DG-333-2005, puede ser beneficiario del pago de la Carrera Profesional Docente. Así, corresponderá a la administración activa el determinar en cada caso concreto si el solicitante de este sobresueldo cumple cabalmente con todos y cada uno de los requisitos apuntados.

Por otro lado, respecto a la segunda pregunta planteada: ¿afecta en algo el hecho de que el puesto de auxiliar administrativo haya sido considerado como un funcionario que no realiza labores profesionales, sino más bien de índole secretarial?, debe indicarse que si bien el Manual Descriptivo de Puestos Docentes le ha otorgado ciertas funciones que pueden considerarse de índole secretarial (por ejemplo el redactar y digitar correspondencia), éste no puede ser considerado como un secretario, desde el punto de vista jurídico, salvo aspectos técnicos en los que no nos compete pronunciarnos.

Lo anterior deviene, en primer lugar, de la lectura tanto de la naturaleza del puesto mismo como de la asignación de otras tareas. Respecto a la primera, el Manual citado señala que ésta corresponde a:

"La ejecución de labores difíciles de apoyo administrativo para el desarrollo de los programas técnico- docentes de un centro educativo de III Ciclo y educación Diversificada, o de I y II Ciclos con una matricula de 301 a 600 alumnos"

Por su parte de las tareas asignadas al puesto pueden destacarse:

- ✓ Realiza labores administrativas que se derivan del desarrollo de los programas técnico- docentes y administrativo- docentes, tales como preparar informes sobre calificaciones, ausencias, llegadas tardías, deserción y otras similares y participa en la preparación de las estadísticas del centro educativo;

- ✓ Asiste a secciones de trabajo en que participa el personal técnico-docente y administrativo- docente tales como consejos de profesores, consejos de promoción y otras similares..;

- ✓ Participa en el cuidado de las secciones cuyo profesor se encuentra ausente;

- ✓ Participa en el mantenimiento del orden y la disciplina de los estudiantes así como el proceso de matricula y actividades propias de apertura y cierre de curso lectivo.

Como puede verse, y aclarando nuevamente que el análisis de esta norma se limita a la interpretación jurídica, no técnica, ni la naturaleza del puesto, ni las tareas transcritas dejan ver que el puesto de auxiliar administrativo sean eminentemente secretariales.

Por otra parte, debe recordarse que si bien la gran mayoría de los funcionarios que laboran en el Ministerio de Educación se clasifican dentro de los distintos estratos de servidores docentes, también existen puestos netamente administrativos, los cuales se encuentran regulados por el Título I del Estatuto de Servicio Civil, se pueden citar entre ellos, los misceláneos, los guardas, los chóferes, los abogados, y, por supuesto, las secretarias o asistentes administrativas. Si fuera cierto que el auxiliar administrativo cumple funciones puramente secretariales, no existe razón alguna para que el mismo haya sido incluido en el Título II del Estatuto de Servicio Civil y en el Manual Descriptivo de Puestos Docentes, lo cual deja ver que sus funciones van más allá de las que se les han querido reconocer.

Además, como ya se dijo, el auxiliar administrativo que pretenda el reconocimiento de la Carrera Profesional Docente, deberá ocupar alguna de los grupos del escalafón docente citados en el artículo 1 de la Resolución DG-333-2005, los cuales tiene una serie de requisitos académicos claramente definidos por los numerales 119, 122, 126, 131, 136 de la Ley de Carrera Docente, al señalar que:

*"**Artículo 119.-** Los profesores titulados de Enseñanza Preescolar se clasifican en tres grupos, denominados: KT-3, KT-2, KT-1.*

a) Forman el grupo KT-3 lo doctores y licenciados en Ciencias de la Educación, con especialidad en Preescolar; b) Forman el grupo KT-2 los bachilleres en Ciencias de la Educación, con especialidad en Preescolar;...

***Artículo 122.-** Los profesores titulados de enseñanza primaria se clasifican en seis grupos, denominados PT-6, PT-5, PT-4, PT-3, PT-2 Y PT-1.*

a) Forman el grupo PT-6 los doctores y licenciados en Ciencias de la Educación, con especialidad en primaria;

b) Forman el grupo PT-5 los bachilleres en Ciencias de la Educación, con especialidad en Primaria; además los profesores de enseñanza primaria que hayan aprobado los estudios de especialidad en Primaria, exigidos al Bachiller en Ciencias de La Educación y posean el Certificado de Idoneidad, extendido por la Universidad de Costa Rica...

***Artículo 126.**- Los profesores titulados de enseñanza media se clasifican en seis grupos denominados: MT6, MT5, MT4, MT3, MT2 y MT1".*

a) El grupo MT6 lo forman quienes, además del título de profesor de enseñanza media o de Estado, posean el título de doctor académico en su especialidad. Asimismo quienes posean los tres títulos siguientes: profesor de enseñanza primaria, profesor de enseñanza media y licenciado en la especialidad.

b) Forman el grupo MT5 quienes, además del título de profesor de enseñanza media o de Estado, tengan el título de licenciado en la especialidad. También quienes sean licenciados de la Escuela de Educación de la Universidad de Costa Rica o de la Universidad Nacional;

c) El grupo MT4 comprende a quienes posean el título de profesor de enseñanza media o de profesor de Estado y que, además, sean egresados o bachilleres de la Facultad o departamento correspondiente de la Universidad de Costa Rica o profesor de enseñanza primaria. Igualmente comprende a los bachilleres en Ciencias de la Educación de la Universidad de Costa Rica, que hayan aprobado los estudios completos requeridos para obtener la licenciatura en su especialidad...

Artículo 131.- *Los profesores titulados de enseñanza técnico profesional se clasifican en seis grupos denominados: VT6, VT5, VT4, VT3, VT2, y VT1.*

a) Forman el grupo VT6 quienes posean el título de doctor, licenciado, ingeniero u otro equivalente a éstos, otorgado por las universidades o por un instituto tecnológico o politécnico, siempre que hayan aprobado los estudios pedagógicos requeridos para ejercer la enseñanza media o primaria;

b) Forman el grupo VT5 los que tengan título de profesor en alguna de las especialidades consignadas en el artículo 130 y además sean bachilleres en la especialidad, profesores de enseñanza primaria o postgraduados del IFPM...

Artículo 136.- Los profesores titulados de Enseñanza Especial se clasifican en cuatro grupos, denominados: ET-4, ET-3, ET-2 y ET-1.

a) Forman el grupo ET-4 quienes, además del título de profesor, posean el de Doctor o Licenciado, con particularidad en Psicología, Enseñanza Especial o Niños Excepcionales;

b) Forman el grupo ET-3 quienes, a más del título de profesor, posean el de bachiller en Enseñanza Especial, o sean graduados en esta especialidad o en Psicología, en la Escuela Normal Superior o en la Universidad de Costa Rica..."

Véase que las clasificaciones trascritas solamente pueden ser ocupadas por servidores que gocen de una alta preparación académica en el ámbito de la educación, por lo que cabe preguntarse sino resultan excesivos los requisitos para un funcionario que desempeña funciones secretariales, no profesionales. A todas luces sí, pues no puede entenderse que a un funcionario que no ejerce ninguna función profesional, se le pida tener preparación profesional.

Y no se pretende decir que todo auxiliar administrativo tenga una cualidad profesional tan alta como la indicada, pero tampoco se puede aceptar que al funcionario que cumple cabalmente con los requisitos de repetida cita (entre ellos el ocupar un puesto con el grupo de escalafón docente apuntado, y por ende su respectiva preparación académica), se le menoscabe el derecho a percibir el sobresueldo de estudio solamente porque se ha considerado que él mismo desarrolla funciones secretariales.

De ser cierto que en la actualidad el auxiliar administrativo solamente realiza este tipo de funciones, se estaría presentando un problema, sea en las distintas prácticas de nombramiento y distribución de funciones o incluso, en el mismo Manual Descriptivo de Puestos Docentes, los cuales, a fin de cuentas, son carencias achacables única y exclusivamente a la Administración Pública, por lo que de éstas no se pueden fundamentar decisiones que vayan a menoscabar de alguna manera la situación de los servidores que, como los auxiliares administrativos, cumplan con los requisitos necesarios para el otorgamiento de un determinado derecho (léase para el caso concreto “Carrera Profesional Docente”).

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Licda. Miriam Rojas González

Licda. Miriam Rojas González
Directora

MRG/MAR

Cc. Lic. Leonel Obando Obando – Director Área de Carrera Docente
Lic. Alex Gutiérrez De la O – Director Área de Auditoria y Control RH
Lic. Francisco Chang Vargas – Director Área de Salarios e Incentivos

AJ-646-2007
23 de noviembre del 2007

Señor
Lic. Guillermo Barrantes Rodríguez
Coordinador
Oficina de Servicio Civil – Seguridad Pública
S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su oficio OSCSP-552-2007 de fecha 19 de noviembre de 2007, recibido el 22 de noviembre de 2007, mediante el cual consulta lo siguiente:

> *"En relación con la calificación de servicios (artículo 17 de la Resolución DG-080-96), es requisito para cualquier ajuste posterior, el haber obtenido una calificación no inferior a 'Bueno', durante el período anterior al momento de la presentación de la solicitud de ajuste"*
> ...
> *"En ausencia de dichas calificaciones y en razón a que la normativa vigente no señala opciones para casos como este, le solicitamos criterio de esa Comisión para lo procedente."*

El artículo 23 de la Resolución DG-080-96, señala:

*"Artículo 23: En la Dirección General de Servicio Civil habrá una Comisión Asesora de Carrera Profesional que prestará asistencia, **en casos de excepción**, a las Oficinas de Recursos Humanos en materia de aplicación del presente reglamento.*

Esta Comisión estará integrada por la Jefatura de la Asesoría Jurídica, quien la presidirá y los Jefes de los Departamentos de Salarios e Incentivos, Control de Operaciones y Capacitación de Personal."
(el subrayado y resaltado no es del original)

Por no considerarse lo consultado un caso de excepción, no procede el trámite ante la Comisión de Carrera Profesional. Sin embargo, de conformidad con el Artículo 6, inciso A, numeral 3 del Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo No. 25813, se atiende su consulta en ejercicio de las funciones que competen a esta Asesoría Jurídica

En ese orden de ideas, previo a evacuarla, 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, hemos de indicar 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.

Ahora bien, en lo que interesa sobre la Carrera Profesional, la Resolución DG-080-96, en lo que interesa, señala:

*"**Experiencia laboral:***

Artículo 10: *Se reconocerán de oficio, por parte de la respectiva Oficina de Recursos Humanos, los puntos por experiencia laboral siempre que:*

...

d) El servidor hubiese sido calificado en los períodos correspondientes con nota no inferior a "Bueno". ***Se eximirá de este requisito a quienes de conformidad con la ley no requieren de evaluación del desempeño, así como aquellos que por circunstancias justificadas no fueron evaluados****. En sustitución de los formularios de evaluación respectivos, se podrá aceptar la documentación que certifique las calificaciones correspondientes emitidas por el departamento de personal pertinente.*

Calificación de servicios:

Artículo 17: *Para los funcionarios nombrados en propiedad o interinamente, no se considerará la evaluación del desempeño, para efectos de acogerse al incentivo por Carrera Profesional. No obstante, para cualquier ajuste posterior el profesional deberá haber obtenido una calificación no inferior a "Bueno" durante el período anterior al momento de la presentación de la solicitud de ajuste.*

Se podrá tomar en cuenta la evaluación del desempeño correspondiente al último período calificado, si un funcionario no fue calificado por alguna de la siguientes razones:

a) Por encontrarse disfrutando de una beca,

b) Por haber estado al servicio de otra institución pública,

c) ***Por otros motivos de excepción a juicio de la dependencia respectiva de la Dirección General de Servicio Civil****.*

Se exime de este requisito a quienes desempeñen un puesto excluido del Régimen, en las instituciones cubiertas por el mismo.

Artículo 18: *La obtención de una calificación inferior a "Bueno", será motivo para no otorgar el ajuste que se solicita. El año de experiencia respectivo no será tomado en cuenta por lo tanto en estudios posteriores.*

Artículo 19: *Para ser tomada en cuenta la evaluación del desempeño, deberá estar registrada en la Oficina de Recursos Humanos respectiva.*

Se exceptúan los casos de fuerza mayor debidamente justificados ante la dependencia respectiva de la Dirección General de Servicio Civil*, en cuyo caso se considerará como insatisfactorio.*

Artículo 21: *La Oficina de Recursos Humanos sólo realizará estudios por solicitud de los interesados, excepto en la ponderación del factor experiencia y en los ajustes por capacitación recibida dentro del Subsistema de Capacitación, los cuales deberán hacer de oficio, por lo que requerirá llevar los controles indispensables para ello.*

Como se puede apreciar, la normativa no especifica el contenido de los términos “circunstancias justificadas”, ni “motivos de excepción”, ni “casos de fuerza mayor”. Eso se explica por cuanto la decisión se configura dentro de la llamada discrecionalidad administrativa.

Respecto del tema de la discrecionalidad administrativa, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución número 19-1997 de las catorce horas cuarenta minutos del dos de abril de mil novecientos noventa y siete, ha señalado:

"… Todo acto administrativo es el resultado del ejercicio de una potestad. En el caso de actos producto del ejercicio de una potestad discrecional, estos se componen de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora. La discrecionalidad es esencialmente la libertad de elección que tiene la Administración, de escoger entre una pluralidad de alternativas, todas igualmente justas, según su propia iniciativa, ***por no estar la solución concreta dentro de la norma****. Esta libertad de la Administración no es arbitraria, su existencia tiene su fundamento en la Ley y su ejercicio está delimitado en esta."*
(el subrayado y resaltado no es del original)

Sobre el mismo tema, la Sala Constitucional, en la resolución número 3439-2006 de las dieciséis horas y treinta minutos del catorce de marzo del dos mil seis, ha señalado:

"... recuérdese que los actos discrecionales también están sujetos a control de legalidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 11 a 15 de la Ley General de Administración Pública. Así, dicha facultad discrecional no es arbitraria, su existencia tiene fundamento en la Ley y su ejercicio está delimitado en ésta. El Ordenamiento Jurídico, establece la posibilidad de un control jurisdiccional por la vía contencioso-administrativa, sobre el ejercicio de las potestades discrecionales. En este sentido, se encuentra que los artículos 15, 16, 17, 160 y 217, inciso 1) de la Ley General de Administración Pública disponen, ***que la discrecionalidad está sometida a los límites que el mismo ordenamiento le impone, así como las reglas de la lógica, la ciencia o de la técnica, y a los principios generales del Derecho, entre los cuales destacan los principios elementales de justicia, de conveniencia y de razonabilidad. Ahora, lo cierto es que ese poder, como toda discrecionalidad reconocida en un Estado de Derecho, es un compuesto***

> ***de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración; apreciación que en modo alguno puede ser arbitraria****. La discrecionalidad y la arbitrariedad son conceptos antagónicos. El único poder que el Derecho de la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio es el que se presenta como resultado de una voluntad racional, demostrándose en cada caso que se cuenta con razones justificativas, objetivas y consistentes."*
> (el subrayado y resaltado no es del original)

Así las cosas, la Administración deberá llenar el contenido de los términos "circunstancias justificadas", ni "motivos de excepción", ni "casos de fuerza mayor", mediante la adopción de una decisión discrecional, que determine si el caso concreto - como podría ser el estar suspendido con goce de salario - se encuentra contenido en alguno de esos términos.

También, resulta de interés traer a colación lo que esta Asesoría Jurídica determinó mediante el oficio AJ-116-2004 del 18 de febrero de 2004, al señalar:

> *"... Entrando en materia y el fondo propiamente de lo expuesto, debemos referir que es una obligación de la Administración en el tanto al servidor le corresponda, proceder al reconocimiento del incentivo de carrera profesional, lo que se ha de realizar en dos situaciones y momentos diferentes; los de experiencia propiamente que son reconocidos de oficio al amparo de lo dispuesto por el numeral 10 de la Resolución de marras, y los ajustes correspondientes por los demás ítems que conforma la Carrera Profesional, que deberán ser solicitados por el interesado, al Jefe de Recursos Humanos institucional, en cualquier época del año, los cuales tendrán como fecha de vigencia la fijada en el ordenamiento jurídico, propiamente el artículo 32 de la Resolución en mención.*

En lo que respecta propiamente a la retroactividad en la aplicación de la Carrera Profesional, para aquel servidor que por error de la Administración no se procedió a reconocer el incentivo, debemos indicar que las disposiciones que regulan la Carrera Profesional, no contemplan en su texto una aplicación retroactiva en favor del servidor por una omisión o error de la Administración.

...

Es de mérito indicar que si la administración por un error de orden, o bien por una omisión no procedió a otorgar los puntos correspondientes por Carrera Profesional a quien en tiempo lo solicitó, deberá establecer la responsabilidad de aquel servidor o servidores que incurrieron en la falta sea por acción o por omisión, siguiendo el Principio General de Responsabilidad que regula los artículos 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública. ..."

Se puede concluir entonces que la ausencia de las calificaciones, podría tener su origen al menos en dos situaciones distintas:

1.- Por la ocurrencia de "circunstancias justificadas", "motivos de excepción" y/o "casos de fuerza mayor", cuya solución se encontraría en la adopción de una decisión discrecional de la administración.

2.- Por la omisión o error de la administración, en cuyo caso el interesado debería acudir al procedimiento de reclamo administrativo, señalado en el artículo 88 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, para reconocer ahí su eventual derecho.

Atentamente,

Original Firmado { Lic.
Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-581-2007
19 de octubre del 2007

Licenciada
María Lucrecia Siles Salazar
Coordinadora Recursos Humanos
Dirección General de Servicio Civil

Estimada señora:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, le remitimos la siguiente información para que sea tomada en cuenta en las labores propias que diariamente realiza su dependencia, en la emisión de certificaciones de expedientes personales.

El artículo 40 de la Constitución Política, señala que:

"ARTÍCULO 40.- Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ***ni a penas perpetuas****, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula."* (el subrayado y resaltado no es del original)

De interés sobre ese aspecto, conviene transcribir los Considerandos III y IV de la Resolución de la Sala Constitucional número 11183-2005 de las dieciséis horas cuarenta y ocho minutos del veintitrés de agosto de dos mil cinco, que señalan:

III.- Sobre el fondo: el derecho ciudadano de conocer información de funcionarios públicos y el derecho del funcionario a no recibir una sanción perpetua.- *La cuestión a determinar es si existe o no un derecho de los funcionarios públicos a que en las constancias que se emitan sobre su expediente personal se excluya la información referente a las sanciones disciplinarias impuestas con más de diez años atrás. Al respecto, deben considerar y ponderarse dos aspectos, por un lado el derecho del resto de ciudadanos a conocer los antecedentes de los funcionarios públicos que le sirven sobre todo cuando éstos aspiran a un cargo público de tanta envergadura como lo es el Contralor o Subcontralor General de la República* ***y por otro lado el derecho del funcionario público sancionado a no sufrir una pena perpetua y a no quedar estigmatizado de por vida por una conducta cometida con tanto tiempo atrás****. Cuando esta Sala ha resuelto sobre este tema entratándose de materia penal, ha sostenido la tesis de que la existencia de archivos policiales y judiciales no riñe con el Derecho de la Constitución, siempre y cuando no se transformen en una pena perpetua que sí vendría a transgredir el articulo 40 de la Constitución Política (sentencia número 08218-98 de las 16:00 horas del 18 de noviembre de 1998) y que la información y datos que pueden ser tenidos en esos archivos, relacionados con una persona a la que se le atribuyó la comisión de un hecho delictivo es por un tiempo determinado, máximo de diez años a partir de su anotación (en caso de expedientes policiales) o diez años a partir del cumplimiento de la condena (en caso de registros judiciales), vencido el cual, esa información debe ser cancelada. Esta Sala no desconoce primero que lo que se cancela es la información contenida en el registro y no el expediente que dio origen a esa información, es decir, existe un derecho a hacer desaparecer del registro la información sobre condenas penales si ha transcurrido un plazo mayor a diez años, pero no existe un derecho a hacer desaparecer el expediente*

policial o judicial que sustentó dicha condena. Segundo, en este caso no se está frente a un registro que lleva la Institución recurrida de todas las sanciones disciplinarias impuestas a sus funcionarios, sino frente a una constancia emitida que consigna dichas sanciones emitida a solicitud de la Asamblea Legislativa.

IV.- Los principios en materia penal son aplicables en casos de sanciones disciplinarias.- *Esta Sala ha dicho en reiteradas oportunidades que los principios constitucionales aplicables en materia penal son extensivos y aplicables -con sus matices- también en caso de sanciones disciplinarias, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (ver resolución 3929-95 a las quince horas con veinticuatro minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco). Por lo tanto, en este caso, ello se traduce en el derecho de la amparada a que se excluya de las constancias y certificaciones que emita la Contraloría General de la República la información referida a sanciones disciplinarias impuestas con más de diez años atrás,* ***con lo cual se deja intacto el derecho constitucional de no poder ser acreedor de una pena perpetua****. Pero al mismo tiempo, para salvaguardar el derecho de todo ciudadano de conocer todos los antecedentes de un funcionario público, y máxime cuanto este aspira a un cargo público, no se puede borrar, eliminar o suprimir información alguna contenida en el expediente aún cuando hayan pasado más de diez años, pues decir lo contrario implicaría que la Administración tendría únicamente información de cada funcionario de los últimos diez años, lo que es completamente improcedente, no tendría sentido y menoscabaría el derecho ciudadano de acceso a la información administrativa. Es decir, en este caso, no es que Recursos Humanos de la Contraloría General de la República deba eliminar del expediente personal que lleva de la recurrente información alguna sobre ésta, sino que cuando emita constancias o certificaciones sobre este expediente debe omitir hacer referencia a las*

sanciones disciplinarias impuestas con más de diez años atrás.
(el subrayado y resaltado no es del original)

Por lo anterior, según el derecho constitucional señalado en el Artículo 40 de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Sala Constitucional citada supra, debe vigilarse que durante la emisión de certificaciones de expedientes personales, no se incluyan sanciones disciplinarias impuestas con más de diez años atrás.

Se interpreta que los diez años deben contabilizarse a partir de la fecha de emisión de la certificación.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-473-2007
16 de agosto de 2007

Ingeniero
Jaime Rojas Trejos
Fiscalía Ejecutiva
Colegio de Ingenieros Agrónomos

Estimado señor:

Con la Aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica damos respuesta a su oficio Nº F.E-104-07-E.P de fecha 26 de julio de los corrientes, por medio de la cual expone la siguiente situación:

> "...Hay miembros del Colegio de Ingenieros Agrónomos graduados en Ingeniería Agronómica que son docente de Colegios Técnicos, en los cuales imparten la docencia en Agricultura desde hace varios años.
>
> Algunos de estos profesionales han recurrido al Colegio en busca de apoyo ante lo que consideran una acción de persecución por parte del Colegio de Licenciados y Profesores (COLIPRO) que con el apoyo del MEP los han estado presionando para que se incorporen a dicho colegio, estando ya colegiados en el Colegio de Ingenieros Agrónomos. Hemos querido consultar al Servicio Civil para conocer su criterio y poder definir nuestra posición como Colegio sobre el asunto en mención.

> Le adjunto copia de la carta que nos han enviado algunos de nuestros colegiados que son profesores en colegios técnicos."

En virtud de la consulta expuesta, haremos un análisis jurisprudencial de los pronunciamientos que sobre el tema de los Colegios Profesionales, Ejercicio Profesional y Colegiatura ha realizado la Sala Constitucional.

I. Sobre el Ejercicio del Derecho a la Libertad Profesional.

El tema del ejercicio de la profesión, está relacionado con la garantía constitucional de la "Libertad de Profesión", el cual, aunque no se encuentra expresamente regulado en la Constitución Política, de alguna forma la jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional lo ha venido vinculando con los artículos 46 y 56 de la Carta Fundamental[9], y por lo tanto se le aplican los parámetros de dichas garantías.

En virtud de lo anterior, la citada jurisprudencia ha indicado sobre el tema:

> *"III.- SOBRE LA LIBERTAD PROFESIONAL**. La Constitución Política no consagra expresamente la libertad profesional, sin embargo, esta libertad fundamental puede deducirse de la interpretación armónica de varios derechos constitucionales, concretamente, de los numerales 46 y 56 de la Carta Política que garantizan en nuestro ordenamiento el derecho al trabajo y la libertad empresarial**. El contenido esencial de la libertad profesional comprende el derecho de elección de la profesión y el libre ejercicio de la actividad profesional. Si bien estos dos conceptos se encuentran estrechamente relacionados, las intervenciones estatales en cada de una de esas facetas*

[9] Resolución de la Sala Constitucional Nº 2005-010213 de las nueve horas y cuarenta y nueve minutos del cinco de agosto del dos mil cinco.

se presentan con distinta intensidad. Así pues, la elección de la profesión debe ser un acto de autodeterminación de la libre voluntad del individuo y debe permanecer, en lo posible, resguardado de toda intervención del poder público. ***Por su parte, mediante el ejercicio de la profesión, el individuo interviene directamente en la vida social, por consiguiente, se le puede imponer restricciones en interés de los demás. De esa forma, la no afectación a terceros, la protección de la moral y el orden público son condiciones que justifican el establecimiento de limitaciones al ejercicio de la actividad profesional (artículo 28 constitucional).*** *Ahora bien, aquí se aplica el principio de reserva de ley que determina que sólo mediante una norma con rango de ley – en sentido formal y material – es posible restringir los derechos fundamentales. Asimismo, se aplica el principio "pro libertatis" que dispone que toda norma jurídica debe ser interpretada en forma que favorezca la libertad. Sin embargo, se reitera, la libertad de ejercer una profesión se puede restringir por medio de ley en la medida que consideraciones razonables sobre el interés público lo demanden, mientras que la libertad de elegir la profesión, por el contrario, sólo puede ser restringida en la medida que la protección de un bien común especialmente importante lo justifique. Desde esa perspectiva, la protección de valores tan diversos como la salud, la educación, el bienestar y la seguridad, fundamenta la intervención del Estado - por medio de ley - en el ejercicio de las profesiones liberales, a efectos de garantizar la calidad y confiabilidad de los servicios que se brinden, así como la no afectación de terceros y el respeto de la moral y el orden público."* (véanse los votos números 2005-01819, 2005-01823, 2005-01867 y 2005-01868, retomados en Sentencia Nº 10213-2005 de las nueve horas y cuarenta y nueve minutos del cinco de agosto del dos mil cinco) (El subrayado no pertenece al original).

Tal y como se desprende de lo anterior, la libertad profesional constituye en la especie un derecho constitucional de todos los

ciudadanos, que consiste en el derecho que tiene todo individuo de elegir la profesión que le convenga, de gozar del derecho a su libre ejercicio y que ese derecho puede verse limitado razonablemente en virtud del principio de Reserva de Ley, para la no afectación a terceros, la protección de la moral y el orden público, al amparo del artículo 28 de la Constitución Política.

II. La participación de los Colegios Profesionales en el Ejercicio Profesional.

Los colegios profesionales han constituido en verdadero acicate jurídico para la regulación del ejercicio liberal de la profesión de sus colegiados u agremiado, tan esa así que la jurisprudencia constitucional le ha dado un valor sumamente relevante a dichos colegios:

> *"... IV.- SOBRE LOS COLEGIOS PROFESIONALES. Las corporaciones profesionales son entes públicos menores que forman parte de la Administración Descentralizada Corporativa. En nuestro medio, estos entes son creados por ley, gobernados por Asambleas y financiados, en buena parte, por las cuotas ordinarias y extraordinarias de los agremiados. El objetivo de los Colegios Profesionales no es, exclusivamente, la defensa de los intereses de sus agremiados, sino la defensa de la colectividad, al velar por el adecuado ejercicio profesional. En este sentido, en la Sentencia No. 5438-95, de las 9:33 horas del 6 de octubre de 1995, la Sala manifestó:*
>
> *"Se trata de grupos sectoriales asociados alrededor de alguna finalidad específica y la cualidad de miembros determinada por una condición objetiva que hace relación al fin corporativo específico; corporaciones de Derecho público, como por ejemplo en el caso de los colegios profesionales y de Derecho privado, como en las sociedades mercantiles, discriminando entre ellas en razón de su origen: las primeras creadas directamente por acto*

legislativo (por ley) en el que se configura el fin específico y las funciones a desarrollar y las segundas parten de un pacto asociativo previo, configurado libremente por sus miembros. Pero debe advertirse que no toda corporación de Derecho público forma parte de la Administración Pública. Sólo en campos muy específicos, como se verá más adelante, las actuaciones de las corporaciones sectoriales de base privada, estarán reguladas o serán actividad administrativa. La doctrina más calificada del Derecho Administrativo, sobre el tema, sostiene que el propósito de los colegios profesionales es hacer valer intereses de los miembros de una determinada profesión, que constituyen, obviamente, un grupo privado y sectorial, no una colectividad pública estrictamente tal. El fin inmediato de una Corporación lo constituye la atención de los intereses de sus miembros, que es precisamente lo propio de este tipo de personas jurídicas. Por ello lo propio de los Colegios es defender los ámbitos competenciales de las respectivas profesiones, y aun procurar extenderlos, luchar contra el ejercicio indebido y las competencias desleales, perfeccionar las condiciones de ejercicio profesional, promover la cooperación y ayuda entre sus miembros, la protección mutual y la asistencia social de los mismos y sus familiares, desarrollar su formación y promoción, etc.- Es evidente que todos estos son fines privados, pero que no excluye la posibilidad de que con frecuencia incidan sobre regulaciones públicas (las regulaciones de las profesiones) y sobre esta base privada se produce con el fenómeno adicional, que no afectando a la sustancia de estos entes, es lo que ha solido justificar su inclusión en la categoría de Administraciones Públicas, aportando otro grave factor de equivocidad, como lo es la atribución a los mismos por el ordenamiento jurídico, o por delegaciones expresas de la Administración, de funciones que normalmente son propias de ésta; esto es, utilizar a estas Corporaciones según la técnica de la "auto-administración", confiriéndoles facultades en el orden administrativo a ejercer sobre sus propios miembros.”

Asimismo, esta Sala ha reconocido que los Colegios Profesiones cuentan con la facultad de analizar el cumplimiento de los requisitos para la incorporación de nuevos profesionales, no solo desde el punto de vista formal, sino también de manera sustancial, colaborando con otras dependencias creadas al efecto y en cumplimiento de la ley, ello con el fin de evitar el grave perjuicio que podría causarse a la sociedad, por la incorporación de profesionales no aptos académica y éticamente para el ejercicio profesional (véase en este sentido la sentencia No. 2002-06364)" **(Res** Nº 10213-2005 de las nueve horas y cuarenta y nueve minutos del cinco de agosto del dos mil cinco)

III. Sobre la Colegiatura.

"En ese sentido, la Sala expuso en la sentencia N° 5483-95 las razones que justifican la colegiatura obligatoria:
"VI.- LA COLEGIATURA OBLIGATORIA.- *Adoptada la posición anterior por la Sala, que en realidad obedece a la tradición jurídica del país y que se fundamenta en la mayoría de la doctrina del Derecho Constitucional y Público, en el sentido de la naturaleza pública de los Colegios profesionales, se impone la necesidad de delimitar, en términos generales, el ámbito del funcionamiento y los límites que encuadran a estos entes. En el Derecho costarricense, son notas características de la personalidad jurídica pública de los Colegios las siguientes: a) pertenecen a la categoría de corporaciones (universitas personarum), que a diferencia de las asociaciones son creados y ordenados por el poder público (acto legislativo) y no por la voluntad pura y simple de los agremiados. El acto legislativo fundacional señala, invariablemente, los fines corporativos específicos que se persiguen y la organización básica bajo la que funcionará el Colegio;* ***b) la pertenencia obligatoria al Colegio;*** *c) la sujeción a la tutela administrativa; y d), ejercer competencias administrativas por atribución legal. En consecuencia, aunque también se persigan fines*

privados, que interesan a los miembros que integran el Colegio, las corporaciones participan de la naturaleza de la Administración Pública, pero sólo en cuanto ejercen funciones administrativas. Todo ello conduce, a su vez, a que en el funcionamiento de los Colegios profesionales, puedan éstos representar a sus colegiados frente al poder, ejerciendo, entre otros, la facultad consultiva en todas sus modalidades, ejerciendo la legitimación ante los Tribunales en defensa de la profesión y ejercitando la condición de perito natural en la materia de su conocimiento. También, son competentes los Colegios para darse su propia organización interna (funcionamiento de los órganos superiores : asambleas generales y consejo o junta directiva), por medio de estatutos o reglamentos que aseguren la presencia y continuidad de la corporación en el ámbito nacional. Además, ejerce su competencia en las materias que suponen el control de la actividad de los miembros, que se debe reflejar en la actuación profesional seria, honrada y digna en beneficio de los particulares que utilizan los servicios, competencia que se puede manifestar en el acceso a la profesión, en la represión del intrusismo y de los abusos profesionales, el control sobre las tarifas de honorarios, el dictado y la observancia de normas de ética profesional y la vigilancia, en general, del marco jurídico que regula la actividad. En resumen, la atribuciones de los Colegios profesionales involucran la potestad reglamentaria sobre el ejercicio de la profesión; la de gobierno y administración en cuanto al régimen interno; la de representación; la jurisdiccional, que se concreta en juzgar las infracciones del orden corporativo e imponer las sanciones disciplinarias correspondientes; y la de fiscalización del ejercicio profesional. Todo lo anterior, desde luego, se refiere a los Colegios de profesiones tituladas que es el objeto de la acción, advirtiéndose, eso sí, que la Sala no prejuzga sobre la posibilidad jurídica de las otras categorías diferentes que, aunque enmarcadas en el Derecho corporativo y aunque compartan las notas esenciales señaladas, tienen sus propias características y especialidades, como por ejemplo, las cámaras de productores o industriales (caña de azúcar y café) y

> *cualesquiera otras actividades, empleos, facultades, oficios o profesiones no tituladas.* ***Igualmente es relevante señalar que no toda colegiatura puede y debe ser obligatoria; se requiere para que ello sea posible, que la actividad de que se trate, sea en algún grado de importancia, el ejercicio de funciones públicas y de profesiones muy cualificadas por su incidencia social y en general, en los campos en que es imprescindible proteger valores sociales o cuando la colegiatura sea necesaria para la consecución de fines públicos . En otras palabras, el elemento teleológico de un Colegio profesional no es la defensa de los intereses de sus agremiados, sino la defensa de la colectividad.*** *La repercusión que puede tener en la sociedad la actuación de los profesionales, hace que el Estado haga suyo el interés de mantener la cohesión del grupo y ejercer un poder frente a los miembros del Colegio. Sin embargo, conviene precisar que sólo en la medida en que se persigan fines públicos los Colegios profesionales utilizan y ostentan prerrogativas de poder público."(voto N° 5483-95 de las 9:33 horas del 6 de octubre de 1995)."* (Lo subrayado no pertenece al original)

De lo anterior se extrae claramente que los fines que persigue la colegiatura es permitir a los colegios no solo regular el ejercicio de sus agremiados, sino la defensa de los intereses de la colectividad que eventualmente requiera los servicios de determinados profesionales.

Por otra parte es importante precisar acerca de la obligación de colegiarse, que no en todos los casos es obligatorio afiliarse a un colegio determinado, y que esta subsiste en aquellos casos en que haya "algún grado de importancia, o implique el ejercicio de funciones públicas y de profesiones muy cualificadas por su incidencia social y en general", solo en tales casos resultaría obligatorio.

Por otro lado resulta importante también indicar que el derecho a la libertad de asociación, se configurara en dos connotaciones o manifestaciones, por un lado el derecho positivo a la libertad de afiliarse a cualquier organización con fines lícitos, y por otro el derecho negativo, o sea igualmente la libertad dejar de pertenecer a la asociación u organización a la cual se adhirió, en tal sentido véase el voto de la Sala Constitucional Nº 2005-05023 de las trece horas con treinta y seis minutos del veintinueve de abril del dos mil cinco

> *"III.- SOBRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN. En lo que respecta a esta libertad, esta Sala ha señalado –entre otras cosas- lo siguiente:*
>
> *"...Este derecho de asociación, muestra dos facetas o manifestaciones cuales son por un lado* ***el derecho positivo de asociarse para cualquier finalidad*** *y* ***por otro el derecho negativo o sea la libertad de dejar de pertenecer a una organización****. En el caso concreto, resulta evidente que se cumple el objetivo básico de esta figura, cual es la reunión organizada de un grupo de personas con la finalidad de obtener la vivienda para cada una de las familias que se han asociado..." (entre otros véase la sentencia Nº 1124-95 de las 11:21 hrs. del 24 de febrero de 1995)."*

IV. Sobre la consulta.

En cuanto al ejercicio de la profesión de los Ingenieros Agrónomos, debemos indicar que ésta se encuentra regulada por la Ley 7221 (No. 7221 de 6 de abril de 1991 y sus reformas), y el Reglamento General a la Ley Orgánica del Colegio de Ingenieros Agrónomos, publicado en el Diario oficial La Gaceta Nº 237 del 13 de diciembre de 1993.

Ahora bien el artículo 20 de Ley de cita establece lo siguiente:

> *ARTICULO 20.- Es obligatorio, para los profesionales en Ciencias*

Agropecuarias, que actúen como profesores en las instituciones de enseñanza superior, estar incorporados al Colegio de Ingenieros Agrónomos.

De lo anterior podemos concluir que si la ley exige a los profesionales en Ciencias Agropecuarias que funjan como profesores en instituciones de enseñanza superior estar incorporados, podríamos aplicar en virtud del aforismo jurídico “el que puede lo más puede lo menos” que igualmente los que realicen esta función en centros educativos a nivel no superior, tendrían igualmente la obligación de estar incorporados al Colegio de Ingeniero Agrónomos.

Otro aspecto digno de recalcar, lo es que al analizar la Ley 4770 denominada “Ley Orgánica del Colegio de Licenciados y Profesores en Letras y Filosofía, Ciencia y Artes”, publicada en el Diario oficial La Gaceta Nº 205 del 28 de octubre de 1975, no se encuentra alguna norma que exija como requisito para el ejercicio de la docencia en materia de Ingeniería Agronómica, estar incorporado al COLYPRO, como sí lo exige la Ley Orgánica del Colegio de Ingenieros Agrónomos a sus agremiados cuando se desempeñen como profesores en las instituciones de enseñanza superior.

V.- CONCLUSIÓN.

1.- En virtud del análisis de la jurisprudencia constitucional, podemos concluir razonablemente, que en aquellos casos en donde un colegiado esta afiliado a un colegio determinado, en razón de la afinidad de la materia sobre la cual adquirió sus conocimientos o pericias, no resulta obligatorio colegiarse nuevamente otro colegio, dado que ello implicaría una violación al derecho de libertad de asociación en sus dos modalidades o manifestaciones.

2.- Que si la ley exige a los profesionales en Ciencias Agronómicas que presten sus servicios como profesores en instituciones de

enseñanza superior estar incorporados al Colegio de Ingenieros Agrónomos, igualmente subsistiría dicha obligación en el caso de los que la realicen como profesores en Centros de Educación de nivel no superior.

3.- Que la Ley Orgánica del Colegio de Licenciados y Profesores en Letras y Filosofía, Ciencia y Artes, no cuenta con alguna norma que exija como requisito para el ejercicio de la docencia en materia de Ingeniería Agrónoma estar incorporado al COLYPRO, como sí lo exige la Ley Orgánica del Colegio de Ingenieros Agrónomos a sus afiliados cuando actúen como profesores en las instituciones de enseñanza superior.

4.- Finalmente se señala que, dada la relevancia y complejidad del asunto aquí ventilado, además de que los Colegios Profesionales se encuentran excluidos del Régimen de Servicio Civil, y que de acuerdo con lo que dispone el artículo 13 inciso g) del Estatuto de Servicio Civil, nuestra competencia para evacuar consultas se circunscribe a la aplicación de este cuerpo normativo, téngase nuestra respuesta sujeta a lo que sobre el tema podría decir la Procuraduría General de la Republica, constituida ésta como la instancia consultiva vinculante del Estado, por lo que se sugiere a este Colegio Profesional, solicitar el criterio al Órgano Procurador del Estado.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca
Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-655-2007
30 de noviembre del 2007

Señor
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General

Estimado señor:

El día 23 de noviembre del año en curso, se recibió un correo electrónico por parte de la señora Maricela Tapia Gutiérrez, por medio del cual, siguiendo sus instrucciones solicitaba, entre otras cosas, refiriéndose a la conformación del Fondo de Formación Permanente de Funcionarios Públicos se le indicara a su persona "...cómo se envía a la Notaría del Estado, para lo de la cédula jurídica."

Sobre el particular nos permitimos adjuntarle para el trámite respectivo, los siguientes documentos:

1.- Borrador de oficio DG- dirigido al señor Roberto Thompson Chacón, Viceministro de la Presidencia, remitiéndole los documentos que en los siguientes puntos se especifican.

2.- Proyecto de Acuerdo por medio del cual se integra la Junta Directiva del Fondo de Formación Permanente de Funcionarios Públicos.

3.- Proyecto de Decreto Ejecutivo para promulgar el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Fondo de Formación Permanente de Funcionarios Públicos.

4.- Borrador de Escritura “Protocolización del acuerdo de Junta Directiva del Fondo de Formación Permanente de Funcionarios Públicos, confiriendo la representación legal”. Debe indicarse que este modelo de escritura, corresponde con el enviado por parte de la Procuraduría General de la República a esta Dirección General, en el año 1999. En nuestra modesta opinión, no sería esa la forma en la cual se inscribiría la personería del Fondo, por no tratarse de una protocolización de acta sino más bien de una inscripción de un mandato estipulado en la ley. La representación del Fondo se encuentra dada por ley y no se requiere de ningún acuerdo de Junta Directiva para determinar la presidencia del mismo y a quien compete su representación. El acto de registración debería ser la solicitud de inscripción ante el Registro Público del acuerdo ejecutivo de nombramiento, unido a la emisión de la respectiva cédula jurídica.

No omitimos manifestarle, que de previo a enviar el asunto ante la Notaria del Estado para lo de su cargo, debe haberse publicado el acuerdo por medio del cual se integra la Junta Directiva del Fondo de Formación Permanente de Funcionarios Públicos.

Por su parte, debe aclararse que si usted así lo considera, podría omitir el envío del Proyecto de Decreto Ejecutivo para promulgar el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Fondo de Formación Permanente de Funcionarios Públicos, con la finalidad de trasladarlo a las autoridades de esta Dirección General que usted considere prudente, con el ánimo de que enriquezcan el texto del mismo. Posteriormente, dicho proyecto de Decreto Ejecutivo, se enviaría al Ministerio de la Presidencia para que se siga el trámite de publicación. No obstante lo anterior consideramos que resulta obvio que para el funcionamiento de la Junta Directiva, se haga necesaria la existencia de este Reglamento, sin embargo, la definición de cual acto sería primero, la integración de la Junta Directiva o la emisión del Reglamento, corresponde con una decisión de oportunidad y conveniencia de la Administración, pues bien podría integrarse la Junta Directiva y encomendársele la redacción de su Reglamento de Funcionamiento.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Licda. Miriam Rojas González

DIRECTORA

AJ-691-2007
20 de diciembre del 2007

Señora (ita)
Guiselle Víquez Alvarado
S. M.

Estimada señora (ita):

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su escrito sin número, de fecha 19 de diciembre del 2007, recibido ese mismo día, mediante la cual se consulta lo siguiente:

> **"... actualmente soy funcionaria de FONABE y estoy nombrada como interina en el puesto de oficinista 3, pero a partir de enero me voy a desempeñar en el mismo puesto como asistente del Departamento de Recursos Humanos en MIDEPLAN, según las normativas del Servicio Civil cual (sic) es el procedimiento a seguir;**

debo de hacer preaviso o solamente una solicitud de traslado para no perder la continuidad ...”

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

Sobre el tema del preaviso, el dictamen de la Procuraduría General de la República No. C - 102 - 99 de 26 de mayo de 1999, concluyó lo siguiente:

“*Con fundamento en las razones expuestas, este Despacho arriba a las siguientes conclusiones:*

1.- La figura del preaviso está prevista, legal y doctrinariamente, para los supuestos en que se ha decidido poner fin a la relación que une al servidor con su patrono (en este caso, con el Estado). De ahí que no sea aplicable en situaciones como traslados, ascensos u otros movimientos de personal, que no lleven consigo la finalización del vínculo.”

Se puede afirmar entonces que, bajo la teoría del Estado Patrono Único, el preaviso no resulta aplicable si no hay finalización de la relación de servicios.

En relación con el tema de la continuidad, resulta ilustrativo traer a colación el criterio emitido por esta Asesoría Jurídica mediante el oficio número AJ-587-2007 de fecha 23 de octubre de 2007, que señaló:

"*Sobre el tema de su consulta, debemos indicarle que esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en varias oportunidades, entre estas véase el oficio AJ-252-2000, de fecha 18 de julio del 2000, en cual se dijo en aquella oportunidad, con ocasión, del análisis del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil:*

> *"Se desprende del artículo transcrito que el mismo contempla la posibilidad de que un servidor interino pueda adquirir la calidad de servidor regular, para lo cual establece dos fórmulas para lograrlo, una primera referida a la primera parte del párrafo primero, que es cuando un puesto que está fuera del Régimen de Servicio Civil y pasa a éste siempre que demuestre idoneidad, es decir que se someta a las pruebas que la Dirección General de Servicio Civil establezca, y que además cuente con dos años de prestar servicios al Estado en forma ininterrumpida; de forma que si gana tales pruebas y tiene dos años de servicio ininterrumpidos de laborar para el Estado, se estaría cumpliendo con este primer requisito lo que hace que pueda adquirir la condición de servidor en propiedad, por supuesto además de que reúna los requisitos exigidos."*

Como puede verse, del análisis que se venía haciendo en el oficio arriba citado, se llegó a la atinada conclusión, de que el requisito de prestar los servicios, debe ser al menos de dos años, y que estos hayan sido prestados al Estado en forma ininterrumpida, lo cual nos lleva inmediatamente a pensar, que como la norma no establece ni hace la distinción, de si

debe haberse brindado los servicios en un mismo puesto o en otros puestos, debemos aplicar la máxima del derecho, que establece, que no resulta lícito distinguir donde la norma no lo hace, por lo tanto debe entenderse que la prestación de los servicios, perfectamente pudo haber sido en el mismo puesto o en otros, siendo para tales casos lo importante, que ésta haya sido de dos años y de forma ininterrumpida en el Estado.”

Véase que lo importante es la condición de prestación continua de los servicios para el Estado y no la cantidad de puestos donde se prestaron esos servicios. Habría que agregar también, que la norma tampoco distingue sobre la ubicación presupuestaria de los puestos en los que se haya prestado servicios.

En otras palabras, la continuidad no se pierde o se gana por el hecho de solicitarla. Para que haya continuidad, los nombramientos tienen que ser estrictamente sucesivos, sin posibilidad de interrupción ni siquiera de un día, aunque esos nombramientos pueden ser en puestos diferentes, siempre y cuando la prestación de servicios se haga para el Estado.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-477-2007
21 de agosto de 2007

Licenciado
Moisés Pereira
mpereira@cpcecr.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio de fecha 09 de agosto del 2007, recibido vía correo electrónico, en el cual se nos consulta sobre la posibilidad de complementar el trabajo en una dependencia Ministerial, con labores docentes en Educación Superior Universitaria, sea en instituciones públicas o privadas, una vez finalizada la jornada en este, y de ser así, si existe alguna limitación respecto al tiempo que puede ocupar en dichas labores docentes.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

En primer lugar, se hace necesario estudiar de manera sucinta la figura de la Dedicación Exclusiva. En este sentido, la Resolución DG-070-94 de las nueve horas del 3 de agosto de 1994, constituye el marco jurídico que define los parámetros a seguir, para suscribir este Régimen, definiendo en su artículo primero lo siguiente:

"La dedicación exclusiva es el ejercicio profesional del servidor únicamente para el órgano público en el que labora, por lo que no podrá ejercer de manera particular –remunerado o ad honores- la profesión que sirve como requisito para desempeñar el puesto que ostenta, ni actividades relacionadas con ésta, con las excepciones que se señalan en la presente resolución. Lo anterior implicará una retribución y su respectivo contrato." *(El destacado es propio).*

Así, la dedicación exclusiva se trata de un beneficio de naturaleza contractual, que obliga al servidor a ejercer su profesión en forma exclusiva para un determinado órgano público, a cambio de recibir una compensación económica cuyo porcentaje oscila entre un 20% sobre el salario base, para quienes posean el grado académico de Bachiller Universitario, y un 55% para los que ostentes el grado de licenciatura u otro superior, de conformidad con el artículo 2 de la Resolución *supracitada.*

Ahora bien, tal y como se pudo observar de la letra del artículo primero ya trascrito, la misma norma que crea la regla, establece también una serie de excepciones, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 11° de la resolución de marras, entre las

cuales, para el presente caso debe destacarse la contenida en el inciso a) de dicha norma, el cual señala que :

*"**Artículo 11-** El servidor que se acoja al Régimen de Dedicación Exclusiva podrá ejercer excepcionalmente su profesión comprometida en el respectivo contrato, en los siguientes casos:*

a) Cuando se trate del ejercicio de la docencia, en establecimientos de educación superior oficiales o privados, en seminario, cursos y congresos organizados e impartidos por estos centros educativos."

Se desprende claramente que, en lo que a labores de docencia en centros de educación superior universitaria se refiere, no existe roce alguno con la prohibición genérica de no ejercer la profesión, al constituirse en una excepción permitida por la misma normativa.

Ahora bien, nótese que la norma admite que las funciones docentes sean realizadas ya sea en un centro universitario público o privado sin diferenciarlos de alguna manera. De hecho, no existe diferencia al ejercer la docencia en dichas instituciones, más que la de poseer dos puestos remunerados por el erario público cuando se trate de instituciones docentes públicas, lo cual en principio, esta prohibido por el artículo 17 de la Ley N° 8422 (Ley Contra La Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Publica), y se señala que es "en principio" puesto que nuevamente este artículo presenta una serie de excepciones a la regla. Señala la norma en cuestión:

*"**Artículo 17—** Desempeño simultáneo de cargos públicos. Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente. De esta disposición quedan a salvo los docentes de instituciones de educación superior, los músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y los de las bandas que pertenezcan a la Administración Pública..."* (El destacado es del redactor).

En este sentido la Procuraduría General de la República expresó en su Dictamen C-196-2006 que:

"Como se advierte con claridad de la disposición que antecede, ciertamente la regla de principio que vino a instaurar la Ley N° 8422 es que si una persona ya

ocupa un cargo público remunerado mediante salario, no puede ser nombrado simultáneamente en otro puesto dentro de la Administración Pública.

Ahora bien, atendiendo precisamente a la especial naturaleza y funciones de algunos cargos públicos, es que sanamente la norma prevé de modo expreso algunos casos de excepción a la regla en cuestión.

Sobre el particular, interesa destacar que una correcta lectura de la norma –lo cual, por demás, no presenta en este caso mayores dificultades- da cuenta de que el legislador enumeró varias hipótesis de excepción, que desde luego, son supuestos independientes entre sí, de tal suerte que no cabe en modo alguno pretender el cumplimiento simultáneo de varios de ellos para que se tenga por autorizada la dispensa del régimen prohibitivo..."

Ahora, si bien la norma establece la posibilidad de laborar en dos puestos para la Administración Pública cuando se realicen labores propiamente docentes, debe también señalarse que, respecto al número máximo de horas que se le pueden dedicar a dicha labor, después de completada la jornada en otra dependencia gubernamental (en este caso un Ministerio), va a depender de la jornada que se labore en este, pues nunca se pueden superar entre ambas, el número de horas que comprenden la jornada ordinaria, según lo dispone el artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública (Ley 2166 del 7 de octubre de 1957), el cual al tenor señala que:

"Articulo 15- *Ningún servidor podrá devengar dos o más sueldos, salvo que correspondan a puestos distintos, que no exista superposición horaria, y que entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria[10].....*"

Si bien esta norma es de antigua data, sus disposiciones no han sido derogadas por normas posteriores, por lo que ante un caso como

[10] En este sentido, señala la Constitución Política de la República que: *"**Artículo 58.-** 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...*
En igual sentido, valga recordad lo que respecto a la jornada máxima señala el Código de Trabajo: *"**Artículo 136.-** La jornada ordinaria de trabajo efectivo no podrá ser mayor de ocho horas en el día, de seis en la noche y de cuarenta y ocho horas por semana..."*

el que nos ocupa, debe cumplirse cabalmente, pues tal y como señaló la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-316-2005:

"Lo anterior permite afirmar que en materia de prohibición para el ejercicio de más de un cargo remunerado en la Administración Pública, lo pertinente es observar, en primer término, lo dispuesto por el citado artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, que es norma general en dicha materia (...)De esta forma, las consultas que se formulan respecto a la posibilidad de contratar a un funcionario en dos instituciones públicas, se evacuan en el sentido de que el desempeño de más de un cargo remunerado en la Administración Pública, sólo es posible, si se trata de puestos distintos, que no exista superposición horaria y que entre todos los puestos no se sobrepase la jornada ordinaria..."

En conclusión, considera esta Asesoría jurídica que:

a) Las labores docentes en centros de Enseñanza Superior, no resultan incompatible con el Régimen de Dedicación Exclusiva, por cuanto se conforma como una de las excepciones mencionadas en el artículo 11 de la Resolución DG-070-94 ya citada;

b) Que dicha norma no hace distinción en cuanto a si las labores se dan en una Institución Pública o Privada;

c) Que es posible poseer dos puestos en la Administración Pública siempre y cuando uno de ellos sea como docente en centros universitarios;

d) Que no existe un límite de horas para laborar como docente en educación universitaria en centros privados, una vez finalizada la jornada ordinaria en la dependencia ministerial donde se le paga el *plus* por prohibición;

e) Que en caso de que se pretenda laborar en centros de educación superior públicos, se debe respetar lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración

Pública, respecto al máximo del tiempo permitido entre ambos puestos (jornada ordinaria).

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-542-2007
19 de setiembre de 2007

Master
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General
Dirección General de Servicio Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a consulta planteada por la señora Milena Gómez a su Despacho, mediante correo electrónico,

de fecha 10 de setiembre de los corrientes, solicitando criterio respecto a la posibilidad de que funcionarios de esta Dirección General brinden capacitaciones en el marco del convenio Fundauna y Fusciderhe, pagados con fondos de ésta última, en horarios fuera de oficina.

Al respecto, y debido a la amplitud de la pregunta (en la que no se indica a qué grupo especifico de funcionarios se les solicitaría dar las capacitaciones) debe analizarse la consulta de manera igualmente amplia, partiendo para ello de la premisa de que la misma se hace en torno a si existe algún roce entre dichas capacitaciones y los distintos regímenes de no ejercicio de la profesión (sea por Prohibición o Dedicación Exclusiva), añadiéndose además por nuestra parte, una acotación respecto de la situación planteada confrontada con la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley Nº 8422).

En primer lugar, deberá la Fundación interesada determinar si los funcionarios a los que pretende pagarle por las capacitaciones mencionadas en la consulta, tienen algún tipo de restricción para el ejercicio profesional, sea este Prohibición o Dedicación Exclusiva, figuras que si bien diferentes, sobre todo en su fuente (la primera por ley y la segunda por la voluntad de las partes) comparten la misma consecuencia, a saber, la imposibilidad de ejercer su profesión para cualquier sujeto (público o privado, físico o jurídico) que no sea su patrono directo, conviene entonces, y en aras de dar un mejor panorama a la consultante, recordar de manera sucinta ambas figuras.

Respecto a la figura del régimen de Prohibición, debe señalarse que, la misma fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975, cubriendo inicialmente, al personal de la Administración Tributaria que estuviera cubierto por la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, situación que posteriormente fue modificada y ampliada a otros servidores públicos por distintas leyes.

Ahora bien, respecto a la conceptualización de esta figura, el inciso b) del artículo 2 del Reglamento para el Pago de Compensación Económica por concepto de Prohibición, Decreto Ejecutivo Nº 22614 del 2 de noviembre de 1993, esta figura puede definirse como la:

"Inhibición obligatoria e irrenunciable para ejercer funciones propias del cargo o de la profesión que se ostenta, fuera de la Institución, así como también las actividades relacionadas con el ejercicio liberal de la profesión"

Se rescata que, tal y como se indicó *supra*, las causales que sustenten la prohibición deben darse por ley, tal y como ha sido reconocido por la Procuraduría General de la República, la cual señaló en su dictamen N° C-200-1997 de 21 de octubre de 1997 que:

"De lo expuesto se deduce que la Administración Pública carece de una potestad para decidir unilateral o contractualmente, cuáles servidores están sujetos a prohibición para el ejercicio privado de la profesión o actividades atinentes al cargo. Puesto que, la prohibición sólo puede tener su origen en la ley, es esta norma y no la Administración quien determina cuáles profesionales están sujetos a la prohibición, y ante la ausencia de una norma referida a una específica profesión, debe entenderse que el profesional es libre para laborar privadamente….". (El subrayado es suplido)

Ahora bien, por su parte el régimen de Dedicación Exclusiva, nace ya no de la ley, sino de la voluntad de las partes. En este sentido puede señalarse que respecto de las Instituciones pertenecientes al Régimen de Méritos, la misma es regulada mediante la resolución DG-70-94 de la Dirección General de Servicio Civil dictada a las 9:00 horas del día tres de agosto de 1994, y sus reformas.

Dicha norma estipula en su artículo 1° que la Dedicación Exclusiva *"es el ejercicio profesional del servidor únicamente para el órgano público en el que labora, por lo que no podrá ejercer de manera particular –remunerado o ad honorem- la profesión que sirve*

como requisito para desempeñar el puesto que ostenta, ni actividades relacionadas con ésta, con las excepciones que se señalan en la presente resolución...."

Entonces, puede concluirse válidamente que la dedicación exclusiva es un *plus* salarial que nace de una relación contractual entre el funcionario y la Administración, en la cual el primero se obliga a ejercer su profesión en forma exclusiva para un determinado órgano público, y el segundo se obliga a retribuirle una compensación económica cuyo porcentaje oscila actualmente entre un 20% sobre el salario base para quienes posean el grado académico de Bachiller Universitario y un 55% para los que ostentes el grado de licenciatura u otro superior, de conformidad con el artículo 2 de la Resolución *supracitada*.

No obstante lo indicado, debe aclararse que las figuras citadas no son absolutas, pues encuentran excepción en su mismo fundamento legal, la primera, respecto a la prohibición, se expone en el artículo 19 del Decreto Ejecutivo N° 22614 (Reglamento para el Pago de Compensación Económica por Concepto de Prohibición), y la segunda, respecto a la Dedicación Exclusiva, en el numeral 11 de la resolución ya citada, normas que al tenor, y respecto a las capacitaciones, indican que:

*"**Artículo 19**: El servidor que goce del beneficio de la prohibición está facultad para ejercer excepcionalmente su profesión, en los siguientes casos:*

(...)

b) Cuando se trate de impartir cursos de capacitación en instituciones públicas siempre que sean auspiciadas y organizadas por dichas instituciones (...)"

***"Artículo 11.-** El servidor que se acoja al Régimen de Dedicación Exclusiva podrá ejercer excepcionalmente su profesión comprometida en el respectivo contrato, en los siguientes casos:*

(...)

b) Cuando se trate de impartir cursos de capacitación en instituciones públicas, siempre que sean auspiciados y organizados por dichas instituciones. (...)"

Como puede verse, ambas normas gozan de una idéntica redacción respecto a la posibilidad de ejercer excepcionalmente la profesión en los casos en que se pretenda impartir capacitaciones, restringiéndolas, eso si, a que las mismas sean dadas en "instituciones públicas", entendiéndose éstas en el sentido amplio de la palabra, es decir de aquellas que se encuentren dentro o fuera del Sistema de Méritos.

Ahora, de acuerdo con la consulta planteada, las capacitaciones que se pretenden obtener por parte de funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil, son requeridas por la Fundación Servicio Civil para la Investigación y el Desarrollo de Recursos Humanos (Fusciderhe), ésta al ser una fundación, se rige por las normas estipuladas por la Ley de Fundaciones (Ley N° 5338 de 23 de agosto de 1973), la cual estipula en su artículo 1 que:

"Reconócese personalidad jurídica propia a las fundaciones, como entes privados de utilidad pública, que se establezcan sin fines de lucro y con el objeto de realizar o ayudar a realizar, mediante el destino de un patrimonio, actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas, y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social." El destacado es del redactor.

Si bien su utilidad es de carácter público, su naturaleza jurídica la califica como un ente de naturaleza privada, es decir escapa completamente de la órbita de instituciones públicas que componen el Estado, razón por la cual, considera esta Asesoría Jurídica, no se cumple con los requisitos estipulados por los numerales 11 inciso b) y 19 inciso b) ya citados, razón por la cual no es viable para los funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil, con puestos afectados sea por prohibición o por dedicación exclusiva, el dar cualquier tipo de capacitaciones a la Fundación consultante.

Por otra parte, dejando de lado el hecho de que los puestos estén afectados por restricciones de ejercicio profesional, debe señalarse que con la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley Nº 8422), se crearon una serie de incompatibilidades y prohibiciones distintas a las ya mencionadas, las cuales forman un nuevo régimen preventivo con el fin de combatir disuasivamente la corrupción, asegurando así la imparcialidad de los servidores públicos en general.

Así, respecto a la posibilidad de que un funcionario de la Dirección General de Servicio Civil (servidor público), reciba dinero por capacitaciones otorgadas a una fundación de carácter privado (por ende dinero de capital privado) cabe realizar las siguientes dos acotaciones.

La primera de ellas va dirigida a exponer lo que al respecto señala el artículo 16 de la Ley N° 8422, norma que indica lo siguiente:

*"**Artículo 16.-** Prohibición de percibir compensaciones salariales* ***Los servidores públicos sólo podrán percibir las retribuciones o los beneficios contemplados en el Régimen de Derecho Público propio de su relación de servicio y debidamente presupuestados. En consecuencia, se les prohíbe percibir cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, o salario por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de estas, en el país o fuera de él."*** **(El destacado es propio).**

Sobre los alcances del anterior ordinal, debe rescatarse lo señalado por la jurisprudencia emanada por parte de la Contraloría General de la República, la cual ha señalado que:

"... la ley ordena que todo funcionario público que tenga una relación de empleo o de servicio con la Administración, debe estar regido por el régimen de derecho público y además sea

retribuido necesaria y exclusivamente por el erario público, mediante fondos debidamente presupuestados, norma que encuentra su origen en primigenio en las principios constitucionales de transparencia y universidad presupuestaria.

Con esta disposición el legislador está proscribiendo expresamente la posibilidad jurídica de que un funcionario público reciba su retribución, honorario o cualquier otro nombre que se le quiera dar al estipendio –ya que se denota que la enumeración al ser amplia conlleva el alcance general que se le quiso dar- por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que no sean el Estado, sus instituciones y las empresas públicas.

Esta regulación significa un cambio radical respecto a lo que había sido la situación preexistente a la entrada en vigencia de esta ley, en donde en innumerables casos es sabido que funcionarios públicos al servicio de una Administración, venían siendo retribuidos a través de fundaciones, empresas privadas, organismos internacionales, etc., creándose potenciales situaciones inconvenientes e inadecuadas para la efectiva tutela de la imparcialidad, objetividad y responsabilidad propias del ejercicio de las funciones públicas" (oficio DAGJ-3446-2004 del 15 de diciembre de 2004).

La segunda acotación gira en señalar que si bien como principio general, se puede colegir de la norma y el criterio recién trascrito que no existiría problema para que funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil, cuyos puestos no se encuentren dentro de los regímenes restrictivos ya estudiados, presten sus servicios como capacitadores en horarios fuera de oficina[11], lo cierto es que al caso en concreto no se aplicaría dicha generalidad, ya no por lo expuesto en el

[11] Obsérvese que lo que la ley prohíbe es que el ejercicio de funciones públicas por parte de servidores públicos sea compensada por entidades privadas en cualquier forma, situación que no aplica cuando la actividad que ejerza un funcionario público sea fuera del horario y jornada oficial, para dedicarse a actividades enteramente privadas, remuneradas por personas físicas o morales particulares, ajenas a sus labores ordinarias en la función pública.

numeral 16 recién citado, sino por lo señalado en el inciso b) del artículo 38 del mismo cuerpo legal, el cual señala que:

"Artículo 38 ***- Causales de responsabilidad administrativa. Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público:***

a) ...

b) Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público. Sin que está ejemplificación sea taxativa, los siguientes casos: el estudio, la revisión, la emisión de criterio verbal o escrito, la preparación de borradores relacionados con trámites en reclamo o con ocasión de ellos, los recursos administrativos, las ofertas en procedimientos de contratación administrativa, la búsqueda o negociación de empleos que estén en conflicto con sus deberes, sin dar aviso al superior o sin separarse del conocimiento de asuntos en que el posible empleador se encuentre interesado. (...)" **El subrayado es suplido.**

Es decir, aún y cuando un servidor no devengue compensación por prohibición o haya suscrito un contrato de dedicación exclusiva, el deber de imparcialidad le obliga a no comprometer la gestión pública que desempeña con las actividades que ejerza en el ámbito privado, aspecto que también debe considerarse aún tratándose de servicios de capacitación, los cuales en el caso de la Fusciderhe, debido a los objetivos que ésta proyecta (mismos que versan sobre materia propia del Servicio Civil) pueden eventualmente convertirse en asesorías.

Por esta razón, el funcionario que imparta capacitaciones en dicha Fundación, podría casualmente convertirse en juez y parte, en casos en los que los puntos de vista emitidos en sus capacitaciones luego sean objeto de una impugnación ante su instancia donde él mismo deberá resolver, rompiéndose así la imparcialidad buscada por la Ley

N° 8422, y desprotegiendo la función pública que ordinariamente ejerce.

Este mismo razonamiento ha sido sostenido por la Procuraduría General de la República en ocasiones muy similares a la presente, donde ha resuelto entre otras cosas que:

"En consecuencia, si el funcionario está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, una situación como la descrita evidentemente lo coloca frente a un claro conflicto de intereses, en tanto quien conoce, tramita o resuelve los procesos de licitación que se lleven a cabo en la Administración, de ningún modo puede asesorar a un eventual participante de las contrataciones de la institución. En tal hipótesis, se torna imposible cumplir a cabalidad con los principios de la función pública que todo funcionario está obligado a observar de modo estricto.

Es decir, el funcionario público que se dedique privadamente a realizar cualquier trabajo por encargo de particulares, tiene el deber de abstenerse de participar en asuntos en que tenga interés directo la institución a la que sirve, lo cual es una exigencia elemental de los principios éticos en la función pública.

El criterio hasta aquí desarrollado también resulta concordante con lo que al respecto ha venido sosteniendo la Contraloría General de la República, en los siguientes términos:

"Sobre esto último, valga señalar que esta Contraloría General ha señalado reiteradamente que el hecho de que el funcionario público no esté sujeto al régimen de prohibición o que, aún estándolo, pueda ejercer su profesión en los supuestos de excepción, dicho ejercicio nunca debe entorpecer o afectar en modo alguno el desempeño normal y eficiente del puesto ocupado, ni tampoco debe producirse ninguna incompatibilidad contraria a los principios éticos de la función pública y al deber de probidad, de tal suerte que las actividades que asuma el profesional fuera de su jornada ordinaria no deben entrañar

ningún conflicto de intereses respecto de los asuntos que se atienden en la institución para la que presta sus servicios.” (el subrayado es nuestro. oficio N° 8769 del 21 de julio del 2005, y en igual sentido, el N° 3026 del 14 de marzo del 2005)…” Dictamen C-422-2005.

De todo lo expuesto anteriormente concluye esta Asesoría Jurídica que:

a) No es viable a funcionarios que estén atados a los distintos regímenes restrictivos de ejercicio de la profesión el dar capacitaciones a instituciones de carácter privado, tales como sociedades, asociaciones, o fundaciones entre otras;

b) Incluso en los casos en que el puesto no se encuentre afecto a los regímenes ya expuestos, no es viable a los funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil el dar capacitaciones en materia propia de sus atribuciones las cuales puedan comprometer su imparcialidad en futuras gestiones;

c) No importa al caso si dichas capacitaciones se dan en horarios fuera de oficina, pues las restricciones señaladas cubren al funcionario las veinticuatro horas del día y no solamente durante su jornada.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-631-2007
16 de noviembre de 2007

Señora
Alicia Alpizar
alibar36@hotmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio de fecha 09 de noviembre de

2007, recibido vía correo electrónico, en el cual se nos solicita referirnos, en primer lugar, sobre la posibilidad que tiene un funcionario del régimen de servicio civil, de renunciar a la dedicación exclusiva para realizar trabajos profesionales privados en la misma profesión que ejerce en la administración, pero en un área distinta, sin que por ello exista algún roce con la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley Nº 8422), y por otro lado se consulta, cuánto tiempo debe permanecer en la función pública un servidor que ha suscrito un contrato de estudio para el cual se le ha dado licencia con goce de salario por cinco meses.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Respecto a la primera de las consultas, la misma debe ser dividida necesariamente en dos sub consultas, las cuales si bien van aparejadas, se encargan de temas distintos, estas son:

c) Existe posibilidad para el funcionario público de renunciar al régimen de dedicación exclusiva?

d) Podrá un funcionario público ejercer su profesión de manera privada, aún y cuando su puesto no este afecto a los regímenes de restricción para el ejercicio profesional (prohibición o dedicación exclusiva)?

La primera de estas cuestiones no presenta problema alguno para su solución, pues la misma se encuentra claramente expuesta en el artículo 13 de la Resolución de la Dirección General de Servicio Civil DG-070-94 (marco legal de la figura de estudio), la cual señala que:

"El servidor que disfrute del beneficio de la Dedicación Exclusiva, puede renunciar a dicho régimen, comunicándolo por escrito a la institución respectiva y a la Dirección General de Servicio Civil, con un mes de anticipación como mínimo, y no podrá suscribir un nuevo contrato en un período de dos años después de haber presentado su renuncia. Si renunciara por segunda vez, no podrá volver a acogerse a dicho régimen"

Como puede verse, la norma es clara en indicar la posibilidad que tiene cualquier funcionario de renunciar al beneficio económico apuntado, siempre y cuando se comunique la decisión con un mes de anticipación, como mínimo, a las autoridades estatales competentes.

Debe señalarse que esta posibilidad es viable únicamente en la dedicación exclusiva, pues la misma no nace por obligación impuesta por ley (como sí lo hace la prohibición), sino de la voluntad de las partes en suscribirla, por lo que, cabe la posibilidad de que la misma sea posteriormente modificada, pues si la voluntad creó una limitación, también puede dejarla sin efecto. Esta diferencia entre la dedicación exclusiva con la figura de prohibición fue expuesta por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia N° 33 de 1997 cuando indicó que:

" II.-Debe hacerse la distinción entre las compensaciones económicas conocidas como prohibición y dedicación exclusiva. La primera, se formuló como una manera de retribuirle al trabajador la imposibilidad que le dicta la ley, de ejercer su profesión, fuera del puesto desempeñado, por eso opera automáticamente y no está dentro de las facultades del empleado o funcionario solicitarla, ni el patrono tiene discrecionalidad para pagarla. La sola aceptación del puesto en propiedad, implica su pago. (…)

...la dedicación exclusiva no tiene necesariamente como base de su otorgamiento la prohibición legal del ejercicio de la profesión, sino que resulta del acuerdo entre el patrono y el trabajador. El servidor público puede decidir si solicita que se le pague la

compensación salarial por dedicarse exclusivamente a su puesto, y a su vez, el patrono en el ejercicio de su discrecionalidad, analizar si el cargo ocupado exige esa dedicación..."

Ahora bien, una vez aclarada la posibilidad de renunciar al régimen de dedicación exclusiva, debemos enfocarnos en la posibilidad de que el funcionario que ya no se encuentra afecto a dicho régimen ejerza de manera privada su profesión. En este sentido, la pregunta debe analizarse confrontándola con las disposiciones de la Ley 8422 ya citada, pues como regla general, el funcionario cuyo puesto no se encuentre afecto a ningún régimen inhibitorio (dedicación exclusiva o prohibición) puede ejercer libremente su profesión, y decimos como "regla general" pues como se expondrá, ésta no es absoluta, ya que puede verse modificada dependiendo de las particularidades de cada caso concreto.

Así, para lo que compete, debe atenderse a lo que al efecto dispone el inciso b) del artículo 38 del cuerpo legal recién citado, el cual señala que:

"*Artículo 38****- Causales de responsabilidad administrativa. Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público:***

a) ...

b) <u>Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público</u>. Sin que está ejemplificación sea taxativa, los siguientes casos: el estudio, la revisión, la emisión de criterio verbal o escrito, la preparación de borradores relacionados con trámites en reclamo o con ocasión de ellos, los recursos administrativos, las ofertas en procedimientos de contratación administrativa, la búsqueda o negociación de empleos que estén

en conflicto con sus deberes, sin dar aviso al superior o sin separarse del conocimiento de asuntos en que el posible empleador se encuentre interesado. (...)" **El subrayado es suplido.**

Es decir, aún y cuando un servidor no devengue compensación por prohibición o dedicación exclusiva (sea porque no lo suscribió o porque en caso de haberlo hecho renunció al mismo), el deber de imparcialidad le obliga a no comprometer la gestión pública que desempeña con las actividades que ejerza en el ámbito privado.

Este mismo razonamiento ha sido sostenido por la Procuraduría General de la República, donde ha resuelto entre otras cosas que:

"... el funcionario público que se dedique privadamente a realizar cualquier trabajo por encargo de particulares, tiene el deber de abstenerse de participar en asuntos en que tenga interés directo la institución a la que sirve, lo cual es una exigencia elemental de los principios éticos en la función pública.

El criterio hasta aquí desarrollado también resulta concordante con lo que al respecto ha venido sosteniendo la Contraloría General de la República, en los siguientes términos:

"Sobre esto último, valga señalar que esta Contraloría General ha señalado reiteradamente que el hecho de que el funcionario público no esté sujeto al régimen de prohibición o que, aún estándolo, pueda ejercer su profesión en los supuestos de excepción, dicho ejercicio nunca debe entorpecer o afectar en modo alguno el desempeño normal y eficiente del puesto ocupado, ni tampoco debe producirse ninguna incompatibilidad contraria a los principios éticos de la función pública y al deber de probidad, de tal suerte que las actividades que asuma el profesional fuera de su jornada ordinaria no deben entrañar ningún conflicto de intereses respecto de los asuntos que se atienden en la institución para la que presta sus servicios." (el subrayado es nuestro. oficio N° 8769 del 21 de julio del 2005, y en igual sentido, el N° 3026 del 14 de marzo del 2005)..." Dictamen C-422-2005.

Ahora bien, de cuáles actos pueden realizarse y cuáles no, dependerá, como ya se dijo, de la situación en concreto, pues si bien puede ser que la actividad privada se de en un área distinta a la que se realiza en la función pública, tal y como plantea la consultante, estas actuaciones pueden eventualmente repercutir en el ámbito público de la funcionaria.

Para plantear la idea mediante un ejemplo, piénsese en el caso hipotético de un funcionario ingeniero de algún Ministerio encargado de velar por la calidad de las obras de construcción en San José, al cual se le paga dedicación exclusiva, siendo que el mismo decide posteriormente renunciar a dicho beneficio para laborar los fines de semana de manera privada diseñando edificaciones estructurales en Guanacaste.

Como puede verse en principio está ejerciendo la misma profesión en un área totalmente distinta a la que tiene en la función pública, pero ¿qué pasaría si alguna de las edificaciones que diseñó en Guanacaste fuera posteriormente construida, sin su aval, en San José utilizando los mismos planos, presentando la obra problemas estructurales al tratarse de distintas provincias con distintas características climáticas y de suelo, y correspondiera al mismo funcionario realizar el estudio estructural por parte del Ministerio para el que labora? Sin duda alguna su imparcialidad se vería seriamente afectada.

Así las cosas, deberá el funcionario asegurarse que las actividades profesionales que realiza en el ámbito privado no vayan a afectar de ninguna manera su actividad pública, aun y cuando no las realice en la misma área que desempeña en la administración pública, ateniéndose al hecho de que, actuar de manera contraria a este principio, implicará una serie de responsabilidades de distinta índole, las cuales dependerán de la magnitud y naturaleza de la falta.

Habiendo concluido este apartado, debe atenderse la segunda consulta respecto a cuánto tiempo debe permanecer en la función

pública un servidor que ha suscrito un contrato de estudio y se le ha dado licencia con goce de salario por cinco meses para realizar los mismos.

En este sentido debe señalarse que, en lo que a facilidades para realizar estudios se refiere, existen dos cuerpos jurídicos distintos que pueden ser aplicables, dependiendo de las características que presente cada caso en concreto, estas son:

3. *Artículos 37 y 38 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (Decreto Ejecutivo N° 21) para lo relativo a las licencias de estudio, y;*

4. *Para el caso de las licencias propiamente de adiestramiento, Ley de Licencias para Adiestramiento de Servidores Públicos (Ley N° 3009).*

Sin ahondar en el tema de cuándo corresponde aplicar cada una de las figuras (pues tal determinación le corresponderá hacerlo a la consultante o a la administración activa), ha de señalarse que ambas normas tienen claramente estipulado el plazo en el que el servidor al que se le ha otorgado una licencia para realizar estudios, deberá permanecer en la función pública. Dichas disposiciones están reguladas en el artículo 38 del reglamento citado, así como en el inciso b) del artículo 7 de la ley de marras, normas que indican:

*"**Artículo 38.-** El servidor a quien se le conceda licencia para asistir a cursos de estudio, quedará obligado a prestar sus servicios al Estado, hasta por el término de tres años, en el ramo de su especialidad una vez completados sus estudios, en la proporción de un año por cada año lectivo, en que hubiere disfrutado de licencia de media jornada diaria con goce de sueldo. Si la licencia fuere por menos de media jornada diaria, el compromiso será proporcionalmente menor, sin que en ningún caso exceda al máximo señalado. A este efecto, el contrato que deberá suscribirse con el*

Ministro, ante la Dirección General, determinará la garantía que proceda.

Las licencias que se conceden sin goce de sueldo, no estarán sujetas a las estipulaciones de este artículo."

***"Artículo 7º.-** El beneficiario deberá obligarse a seguir prestando sus servicios al Estado, en el ramo de su especialidad, una vez completado su adiestramiento, como sigue:*

a) ...

b) Si su licencia fue con goce de sueldo completo, los prestará durante un tiempo tres veces mayor al de la licencia..."

Como puede desprenderse claramente de las normas, en caso de que la licencia (con goce de salario) haya sido otorgada según las disposiciones del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, se deberá hacer el cálculo correspondiente por parte de la Administración Activa, entiéndase como tal, el Ministerio para el cual se presta servicios, tomando en cuenta tanto el plazo por el que se otorgó la misma, así como el tiempo de la jornada laboral que fue dado.

Por otra parte, de haberse otorgado la licencia con goce de salario tomando en consideración las disposiciones de la ley 3009, deberá el funcionario prestar sus servicios por un tiempo tres veces mayor al que le fuera otorgado.

Se evacuan así las consultas planteadas.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-609-2007
1º de noviembre del 2007

Señor
Wilson Castro Segura
Correo Electrónico: wcastro@ccss.sa.cr

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida por correo electrónico de fecha 31 de octubre del presente año, mediante la cual indica:

> *"Deseo que me hagan el favor de aclarar si hay algún impedimento legal para que un funcionario público que trabaja en propiedad en una instancia como la CCSS puede dar lecciones fuera de tiempo de labarores (sic) en un colegio o escuela que pertenesca (sic) al MEP."*

Nos permitimos indicarle que nuestra competencia para evacuar consultas la establece el artículo 13 inciso g) del Estatuto de Servicio Civil, señalando que se contestarán las consultas que se formulen relacionadas con la administración del personal y la aplicación de esta ley.

Siendo esto así y considerando además que la Caja Costarricense de Seguro Social es una institución que se encuentra excluida de este Régimen Especial, no tenemos competencia jurídica para emitir criterio, además de que la materia específica consultada, no encuentra fundamento dentro del mencionado cuerpo jurídico.

No obstante lo anterior, para su información, transcribimos algunas normas que eventualmente puedan ser aplicables en la materia específica y dar respuesta por sí solas a su consulta.

Al respecto, el artículo 15 de la Ley No. 2166 del 09 de octubre de 1957, Ley de Salarios de la Administración Pública, señala:

> *"Artículo 15.- Ningún servidor podrá devengar dos o más sueldos, salvo que correspondan a distintos puestos, no exista superposición horaria y entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria.*
> *Los educadores no podrán impartir más de cuarenta lecciones semanales en propiedad.*

Excepcionalmente, podrán atender una cantidad mayor, cuando el servicio lo demande, pero el exceso se mantendrá como un recargo, por ende, de carácter temporal.
(Así reformado mediante artículo 1° de la Ley N° 8605 del 17 de setiembre de 2007)"

En el mismo sentido, la Ley No. 8131 del 18 de setiembre de 2001, Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, en el inciso b) del artículo 123 señala:

"ARTÍCULO 123.- Limitaciones al ejercicio de otras funciones
Los jerarcas de los subsistemas de la Administración Financiera y los demás funcionarios pertenecientes a ellos no podrán:

b) Desempeñar otro cargo público, salvo ley especial en contrario. De esta prohibición se exceptúa el ejercicio de la docencia, de acuerdo con el Reglamento de esta Ley."

Más recientemente, el artículo 17 de la Ley No. 8422 del 06 de octubre de 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, señala:

Artículo 17.—Desempeño simultáneo de cargos públicos. Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente. De esta disposición quedan a salvo los docentes de instituciones de educación superior, los músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y los de las bandas que pertenezcan a la Administración Pública, así como quienes presten los servicios que requieran la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias para atender emergencias nacionales así declaradas por el Poder Ejecutivo, el Tribunal Supremo de Elecciones, durante los seis meses anteriores a la fecha de las elecciones nacionales y hasta tres meses después de

verificadas, así como otras instituciones públicas, en casos similares, previa autorización de la Contraloría General de la República.

Para que los funcionarios públicos realicen trabajos extraordinarios que no puedan calificarse como horas extras, se requerirá la aprobación previa de la Contraloría General de la República. La falta de aprobación impedirá el pago o la remuneración.

Igualmente, ningún funcionario público, durante el disfrute de un permiso sin goce de salario, podrá desempeñarse como asesor ni como consultor de órganos, instituciones o entidades, nacionales o extranjeras, que se vinculan directamente, por relación jerárquica, por desconcentración o por convenio aprobado al efecto, con el órgano o la entidad para el cual ejerce su cargo.

Asimismo, quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública, no podrán devengar dieta alguna como miembros de juntas directivas o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, salvo si no existe superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones de tales órganos.
(Así reformado el párrafo anterior por e inciso a) del artículo 1° de la Ley N° 8445 del 10 de mayo del 2005).

Quienes, sin ser funcionarios públicos integren, simultáneamente, hasta tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, podrán recibir las dietas correspondientes a cada cargo, siempre y cuando no exista superposición horaria. Cuando, por razones de interés público, se requiera que la persona integre más de tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos,

entes y empresas de la Administración Pública, deberá recabarse la autorización de la Contraloría General de la República.

Los regidores y las regidoras municipales, propietarios y suplentes; los síndicos y las síndicas, propietarios y suplentes; las personas miembros de los concejos de distrito; las personas miembros de los concejos municipales de distrito, propietarias y suplentes, no se regirán por las disposiciones anteriores.
(Así adicionados los dos últimos párrafos por el inciso b) del artículo 1° de la Ley N° 8445 del 10 de mayo del 2005).

Por lo anteriormente expuesto, le sugerimos eleve su consulta a la institución a la que pertenece, a quien compete aplicar lo que en derecho corresponde en el caso particular.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-579-2007
19 de octubre del 2007

Licenciado
Rafael Bejarano Naranjo
Director

Área Reclutamiento y Selección de Recursos Humanos

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio ARSRH-2419-2007 de fecha 20 de setiembre del 2007, recibido el 10 de octubre del presente año, mediante el cual adjunta dos proyectos de resolución correspondientes a estudios de "preingreso" del señor José Luis Ulate Fallas cédula 9-043-668 y de la señora Berley Morales Loría cédula 6-220-379.

De previo a otorgar la aprobación o denegar la misma a dichos proyectos, se ha considerado oportuno realizar algunas observaciones relativas al marco jurídico que se aplica a casos como los remitidos.

Como un primer aspecto, debemos indicar que revisada la normativa estatutaria, no se encuentra en el Estatuto de Servicio Civil ni en su Reglamento, ninguna categoría, concepto, definición o clasificación que se denomine como "preingreso". En virtud de la inexistencia de fundamento jurídico para sustentar ese tipo de actuaciones, resulta procedente analizar la finalidad de los llamados estudios de "preingreso" y cuál sería la denominación correcta de ese tipo de informes.

Los proyectos remitidos se refieren a la aplicación de la siguiente normativa:

1.- El Estatuto de Servicio Civil, en su artículo 20, incisos a) y g), que señalan:

"*Artículo 20.- Para ingresar al Servicio Civil, se requiere:*

a) ***Poseer aptitud moral y física*** *propias para el desempeño del cargo, lo que se comprobará mediante* ***información de vida y costumbres*** *y certificaciones emanadas del Registro Judicial de Delincuentes, de los Archivos Nacionales, del*

Gabinete de Investigación y del Departamento respectivo del Ministerio de Salubridad Pública.

...

g) Llenar cualesquiera otros requisitos que establezcan los reglamentos y disposiciones legales aplicables."

(el subrayado y resaltado no es del original)

2.- El Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, en su artículo 9, incisos c) y d), que señalan:

"*Artículo 9° - Son requisitos para ingresar al Servicio Civil, aparte de lo establecido por el artículo 20 del Estatuto, los siguientes:*

...

c) ***Poseer aptitud física, psíquica y moral satisfactorias****. Para este efecto se realizarán las investigaciones que se estimen pertinentes, para lo cual las instituciones y servidores públicos brindarán toda información que les sea requerida. Si como resultado de dichas investigaciones se comprobare que los candidatos* ***no poseen aptitud satisfactoria****, se podrá, en forma temporal o indefinida, no tramitar las ofertas o* ***la elegibilidad*** *del candidato.*

Los funcionarios que en razón de sus cargos tengan conocimiento de las investigaciones precitadas y de sus resultados deberán guardar discreción, so pena de merecer las sanciones respectivas por divulgar información de carácter confidencial.

d) No haber sido destituido por infracción de las disposiciones del Estatuto, del presente Reglamento o de los reglamentos autónomos respectivos en los tres años anteriores a la fecha de ingreso, o en un plazo mayor, si a juicio de la Dirección General, ***la gravedad de la falta lo amerita****.*

Se considerará como ***inelegible*** *indefinidamente el servidor que por segunda vez haya sido destituido por causal de*

despido sin responsabilidad patronal en el Poder Ejecutivo o en cualquiera de las instituciones del Estado."

(el subrayado y resaltado no es del original)

Para una mayor precisión, como se puede inferir de las normas supra transcritas, no se contempla el llamado estudio de "preingreso", como uno de los requisitos establecidos. Podría decirse que la finalidad de ese estudio es realizar la investigación pertinente para comprobar la aptitud física, psíquica y moral propias para el desempeño del cargo, con el fin de determinar la elegibilidad o la inelegibilidad.

En este punto, resulta de especial importancia señalar que la declaratoria de elegibilidad o inelegibilidad que hace esta Dirección General es un acto administrativo que produce efectos en la esfera jurídica personal del administrado. Véase que con ese acto declarativo, sea positivo o negativo, se permite o se deniega a éste, el cumplimiento de un requisito de ingreso al Régimen de Servicio Civil.

Como acto administrativo, esa declaratoria debe estar suficientemente motivada o fundamentada. En otras palabras, las razones para aprobar o denegar la elegibilidad deben ser suficientes en cantidad y calidad. La Sala Constitucional ya se ha pronunciado al respecto, al sostener en la resolución número 07924-99 de las diecisiete horas con cuarenta y ocho minutos del trece de octubre de mil novecientos noventa y nueve, lo siguiente:

"En cuanto a la motivación de los actos administrativos se debe entender como la fundamentación que deben dar las autoridades públicas del contenido del acto que emiten, tomando en cuenta los motivos de hecho y de derecho, y el fin que se pretende con la decisión. En reiterada jurisprudencia, este tribunal ha manifestado que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del principio constitucional del debido proceso así como del derecho de

defensa e implica una referencia a hechos y fundamentos de derecho, de manera que el administrado conozca los motivos por los cuales ha de ser sancionado o por los cuales se le deniega una gestión que afecta sus intereses o incluso sus derechos subjetivos".

En el mismo sentido, la Contraloría General de la República, en su oficio DI-CR-202 del 7 de noviembre de 2001, ha señalado:

> *"En el contexto constitucional, el requerimiento de motivación de los actos y resoluciones administrativos implica imponer una limitación al poder público en el tanto se le obliga a apegarse el principio de legalidad, reconocido en el artículo 11 de la Constitución Política, y a la necesidad de invocar un criterio razonable en la toma de sus decisiones. En suma, es un mecanismo de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza la imparcialidad de la Administración, de ahí que no es mera formalidad sino un requisito sustancial que permite que el administrado conozca las razones del proceder administrativo. Desde una perspectiva democrática, la motivación de los actos y resoluciones administrativas conllevan considerar al administrado y al funcionario público como ciudadano y no como súbdito, de ahí que lo que se pretenda sea buscar persuadirlo de las razones que tuvo la Administración en su proceder, operando desde esta óptica como una forma de democratización de las autoridades administrativas en la que se le obliga a dar cuenta a la colectividad y a los interesados de la no arbitrariedad de sus decisiones."*

Hasta aquí, habría que diferenciar, al menos dos supuestos, en los que resultaría procedente realizar el Informe de Vida y Costumbres:

1.- El caso de una persona que pretenda ingresar por primera vez al Régimen de Servicio Civil.

2.- El caso de una persona que pretenda ingresar al Régimen de Servicio Civil que haya laborado anteriormente en él y que por alguna razón hubiere salido del mismo.

De los dos supuestos anteriores, tiene una particularidad el segundo caso, si la razón de la salida del Régimen de Servicio Civil fue la destitución del servidor, es decir, su despido sin responsabilidad del Estado por haber cometido alguna infracción.

Según el inciso d) del artículo 9) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, se señala un plazo de tres años o un plazo mayor, durante el cual la persona se considerará inelegible para ingresar al Régimen de Servicio Civil, como consecuencia de la infracción cometida.

Finalizado el plazo durante el cual la persona se consideró inelegible, previa solicitud de parte interesada, podría realizarse la investigación pertinente para comprobar la aptitud física, psíquica y moral propias para el desempeño del cargo, con el fin eliminar la inelegibilidad, o lo que sería lo mismo, recuperar la elegibilidad.

También sería posible que una vez realizado el Informe de Vida y Costumbres, la administración decida mantener la inelegibilidad de la persona, por no poseer aptitud satisfactoria o la gravedad de la falta cometida así lo amerite. Nótese que preservar la condición de inelegibilidad de una persona debe encontrar su motivación de manera indubitable, a fin de no violentar el artículo 40 de la Constitución Política, que señala:

> *"ARTÍCULO 40.- Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes* ***ni a penas perpetuas****, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula."* (el subrayado y resaltado no es del original)

De interés sobre ese aspecto, conviene transcribir los Considerandos III y IV de la Resolución de la Sala Constitucional número 11183-2005 de las dieciséis horas cuarenta y ocho minutos del veintitrés de agosto de dos mil cinco, que señalan:

> ***III.- Sobre el fondo: el derecho ciudadano de conocer información de funcionarios públicos y el derecho del funcionario a no recibir una sanción perpetua.-*** *La cuestión a determinar es si existe o no un derecho de los funcionarios públicos a que en las constancias que se emitan sobre su expediente personal se excluya la información referente a las sanciones disciplinarias impuestas con más de diez años atrás. Al respecto, deben considerar y ponderarse dos aspectos, por un lado el derecho del resto de ciudadanos a conocer los antecedentes de los funcionarios públicos que le sirven sobre todo cuando éstos aspiran a un cargo público de tanta envergadura como lo es el Contralor o Subcontralor General de la República* ***y por otro lado el derecho del funcionario público sancionado a no sufrir una pena perpetua y a no quedar estigmatizado de por vida por una conducta cometida con tanto tiempo atrás****. Cuando esta Sala ha resuelto sobre este tema entratándose de materia penal, ha sostenido la tesis de que la existencia de archivos policiales y judiciales no riñe con el Derecho de la Constitución, siempre y cuando no se transformen en una pena perpetua que sí vendría a transgredir el articulo 40 de la Constitución Política (sentencia número 08218-98 de las 16:00 horas del 18 de noviembre de 1998) y que la información y datos que pueden ser tenidos en esos archivos, relacionados con una persona a la que se le atribuyó la comisión de un hecho delictivo es por un tiempo determinado, máximo de diez años a partir de su anotación (en caso de expedientes policiales) o diez años a partir del cumplimiento de la condena (en caso de registros judiciales), vencido el cual, esa información debe ser cancelada. Esta Sala no desconoce primero que lo que se cancela es la información*

contenida en el registro y no el expediente que dio origen a esa información, es decir, existe un derecho a hacer desaparecer del registro la información sobre condenas penales si ha transcurrido un plazo mayor a diez años, pero no existe un derecho a hacer desaparecer el expediente policial o judicial que sustentó dicha condena. Segundo, en este caso no se está frente a un registro que lleva la Institución recurrida de todas las sanciones disciplinarias impuestas a sus funcionarios, sino frente a una constancia emitida que consigna dichas sanciones emitida a solicitud de la Asamblea Legislativa.

IV.- Los principios en materia penal son aplicables en casos de sanciones disciplinarias.- *Esta Sala ha dicho en reiteradas oportunidades que los principios constitucionales aplicables en materia penal son extensivos y aplicables -con sus matices- también en caso de sanciones disciplinarias, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (ver resolución 3929-95 a las quince horas con veinticuatro minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco). Por lo tanto, en este caso, ello se traduce en el derecho de la amparada a que se excluya de las constancias y certificaciones que emita la Contraloría General de la República la información referida a sanciones disciplinarias impuestas con más de diez años atrás,* ***con lo cual se deja intacto el derecho constitucional de no poder ser acreedor de una pena perpetua****. Pero al mismo tiempo, para salvaguardar el derecho de todo ciudadano de conocer todos los antecedentes de un funcionario público, y máxime cuanto este aspira a un cargo público, no se puede borrar, eliminar o suprimir información alguna contenida en el expediente aún cuando hayan pasado más de diez años, pues decir lo contrario implicaría que la Administración tendría únicamente información de cada funcionario de los últimos diez años, lo que es completamente improcedente, no tendría sentido y menoscabaría el derecho ciudadano de*

acceso a la información administrativa. Es decir, en este caso, no es que Recursos Humanos de la Contraloría General de la República deba eliminar del expediente personal que lleva de la recurrente información alguna sobre ésta, sino que cuando emita constancias o certificaciones sobre este expediente debe omitir hacer referencia a las sanciones disciplinarias impuestas con más de diez años atrás.
(el subrayado y resaltado no es del original)

Valga esta oportunidad para señalar algunos otros aspectos, que si bien, no afectarían la validez del acto administrativo, denotan una ligereza respecto de la diligencia que debe prevalecer en toda actuación administrativa, como de seguido se detallan:

1.- Algunos errores materiales: se aprecian faltas de ortografía, indebido uso de mayúsculas, falta de concordancia gramatical, inconsistencias en los números de informes (se agrega un cero adicional en la resolución), desconocimiento de nombres propios (La Gaceta), incongruencia en la condición del solicitante (exservidor), no se indican los responsables de los estudios técnicos (en la resolución), imprecisión en el puesto del servidor (Chofer de Equipo Móvil 3 ú Operador de Equipo Móvil 1)

2.- Falta de datos relevantes: fecha de la solicitud del interesado, fecha de realización de las entrevistas, fecha de emisión de los informes.

*3.- Incumplimiento de plazos de resolución, pues en un caso, se consigna que la entrevista se hizo "*el pasado 6 de julio del año 2006*", lo que evidentemente violentaría el artículo 261 de la Ley General de la Administración Pública. También podría consistir en otro error material, al haberse consignado el año en forma incorrecta.*

A fin de colaborar con el mejoramiento de los servicios que presta la Dirección General de Servicio Civil, se adjunta modelo de

resolución administrativa que se sugiere utilizar de ahora en adelante para resolver solicitudes de realización de Informes de Vida y Costumbres.

Por falta de motivación del acto administrativo que deniega la elegibilidad e incluso declara no idóneo por un período de dos años al señor José Luis Ulate Fallas cédula 9-043-668, se devuelve el proyecto de resolución sin la autorización respectiva, para que se ajuste a lo señalado supra.

Sobre el caso de la señora Berley Morales Loría cédula 6-220-379, una vez revisados los aspectos jurídicos, el mismo se encuentra a derecho, por lo que se autoriza otorgándole el número de resolución DG-256-2007, siempre y cuando se ajuste al modelo de resolución adjunto.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-684-2007
18 de diciembre de 2007

Licenciada
María Lucrecia Siles Salazar
Coordinadora de Recursos Humanos
Dirección General de Servicio Civil

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio número RH-0806-2007 de fecha 26 de noviembre del 2007, mediante el cual se nos consulta sobre la modificación que sufrieran algunos artículos de la Ley Nº 7756 "Beneficios para los Responsables de Pacientes en Fase Terminal" por la ley Nº 8600 del 17 de septiembre de los corrientes, específicamente se consulta si:

"En virtud de que en el nuevo artículo 4º, se elimino la frase "La licencia y el subsidio se otorgaran por un plazo máximo de seis meses", podría interpretarse tácitamente que este tipo de licencias se puede prorrogar mas allá de los 6 meses que indicaba el artículo 4º de la anterior ley, así como el plazo que establece el articulo 3º vigente sobre la expectativa de vida de los pacientes en fase terminal. Por lo anterior mucho le agradeceré indicarnos si efectivamente esta licencia para pacientes en fase terminal se puede extender mas de 6 meses, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, o si el plazo en cuestión se mantiene invariable"

Para poder analizar el fondo de la presente consulta se hace necesario traer a colación las normas que presentan confusión, tanto en su redacción original como en la actual, pues solamente así podrá realizarse una comparación adecuada de los cambios realizados a la misma mediante la ley 8600 señalada. Indican las normas de estudio que:

Redacción anterior a la Ley Nº 8600	**Redacción Actual**
Artículo 3°- Pacientes en fase terminal: *Se considerarán en*	

fase terminal los pacientes cuya expectativa de vida es igual o menor a seis meses.	**Se mantiene Igual**
Artículo 4°- Plazo: *La licencia y el subsidio se otorgarán por un plazo máximo de seis meses. Durante este lapso, la licencia se renovará cada treinta días calendario y podrá ser levantada antes de su vencimiento, a juicio del médico tratante.*	***Artículo 4.- Plazo:*** *La licencia y el subsidio se otorgarán a partir de la fecha en que el médico declare al paciente en fase terminal. Durante este lapso, la licencia se renovará cada treinta días calendario y podrá ser levantada antes del vencimiento, a juicio del médico tratante.*

Como puede verse, la única modificación que se dio (en lo que a la consulta importa), fue la sustitución en el artículo 4 de la frase "*por un plazo máximo de seis meses",* por la frase *"a partir de la fecha en que el médico declare al paciente en fase terminal"*, eliminando de su regulación el plazo máximo de duración de la licencia que inicialmente estableciera la norma.

Cabe entonces preguntarse, tal y como hace la consultante, si este hecho implica, por una parte, que la licencia y subsidios del artículo 4 se pueden prorrogar más allá de los seis meses anteriormente dispuestos, y por otro lado, si se entiende por derogado tácitamente el plazo de expectativa de vida otorgado en el artículo 3 recién trascrito.

La primera de las cuestiones se resuelve atendiendo al hecho de que la frase que limitaba el plazo máximo para el otorgamiento de la licencia fue derogado explícitamente por la nueva ley 8600, razón por

la cual, si no existe una disposición legal que ate a la administración a plazos de otorgamiento, no puede ésta crear interpretaciones restrictivas del mismo, pues caería en el grosso error de distinguir donde la ley no distingue.

Aunado a esto, y en aras de lograr un mejor entendimiento de los alcances de la modificación, puede aplicársele al artículo de marras una interpretación teleológica[12], pues únicamente buscando el verdadero sentido que el legislador le trato de dar a la norma, puede descifrarse su verdadero contenido y alcance. Así, el "fin" deseado por la norma en este caso, puede extraerse fácilmente de lo que en su momento se indicara en la exposición de motivos del Expediente Legislativo Nº 16.341 (expediente que dio vida a la actual ley 8600) cuando señaló que:

"…Si bien el término "paciente en fase terminal" implica el fallecimiento del paciente dentro de un plazo de seis meses, todos hemos tenido la experiencia de que estos plazos pueden ser de mayor o menor duración. Es por ello que se estima conveniente otorgar este beneficio a partir del momento en que un médico calificado, de conformidad con la Ley vigente, emita ese diagnóstico, sin fijar un plazo mínimo ni máximo. Es de suma crueldad, tanto para él o la paciente como para la persona responsable, retirar al principal cuidador del enfermo en los momentos en que más se requiere su presencia…"

Tal y como se desprende de la cita, el legislador vino a modificar mediante la ley 8600 el plazo máximo dado en la otrora redacción del numeral 4 atendiendo para ello a que, pueden existir ocasiones donde el paciente declarado en fase terminal, viva más allá de los seis meses inicialmente declarados.

[12] Este método en su denominación tiene el prefijo "tele" que significa fin. El Método Teleológico es, entonces, el que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico.

Así las cosas, está claro que la nueva norma vino a derogar el plazo máximo señalado en el artículo 4 de repetida cita, razón por la cual a partir de la vigencia de la ley 8600, toda licencia otorgada bajo las disposiciones de la norma 7756 pueden ser prorrogadas más allá de seis meses.

Por otra parte, respecto a la derogatoria tácita del plazo del artículo 3 de la misma norma, debe negarse tal conclusión por las razones que se expondrán.

En primer lugar debe recordarse, aunque sea de manera sucinta, el fenómeno de la derogatoria tácita de las normas, el cual tiene su génesis en el inciso 1) del artículo 121 de la Constitución Política, el cual establece como una atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa el:

"Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el capítulo referente al Tribunal Supremo de Elecciones".

Esta norma debe relacionarse necesariamente con el numeral 129 *in fine*, del mismo cuerpo legal que señala que:

"La Ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su inobservancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario".

Según las normas citadas, las leyes sólo se derogan por otras posteriores, en los términos que de manera expresa, la misma indique. En ese sentido, la derogación se extiende a todo aquello que sea incompatible con la legislación anterior.

Contrario a lo expuesto, tenemos la denominada derogatoria tácita, en la cual, si bien el legislador no ha consagrado expresamente tal voluntad, el contenido y alcance de la nueva legislación, demuestran una ineludible sustitución de la anterior. Pero, para que

esta derogatoria tácita se aplique, deben cumplirse necesariamente varios supuestos, pues tal y como ha sostenido la Procuraduría General de la República:

"…Por su parte, en el caso de la denominada derogatoria tácita, el legislador no ha consagrado expresamente la voluntad derogatoria, mas por el contenido y alcance de la nueva legislación, ésta indefectiblemente viene a sustituir la anterior. Desde luego que la determinación de esa circunstancia demanda una labor interpretativa bastante delicada, que permita con suficiente fundamento llegar la conclusión de que efectivamente existe una incompatibilidad objetiva entre ambas normas.

Así las cosas, para que la derogatoria tácita se produzca, deben estar presentes dos requisitos básicos: que ambas leyes regulen la misma materia, y que la anterior resulte incompatible con la nueva norma…" Dictamen C-196-2006

Nótese que para la aplicación de la derogatoria tácita de las normas se requiere necesariamente que las reglas en disputa versen sobre un mismo punto, disposición que no se cumple al caso concreto pues el plazo establecido en el artículo 3 se refiere al plazo de expectativa de vida que puede tener el paciente en fase terminal, y el plazo del artículo 4 se refiere al del otorgamiento de la licencia y los subsidios.

Por lo antes expuesto es que esta Asesoría Jurídica considera que dado que la ley Nº 8600 citada derogó expresamente del artículo 4 la frase "*por un plazo máximo de seis meses",* éstas pueden otorgarse por plazos superiores al anteriormente establecido si se cumple para ello con los demás requisitos estipulados en la norma, y, que el plazo determinado en el artículo 3 de la misma ley, respecto a la expectativa de vida del paciente en fase terminal se mantiene incólume y no puede entenderse por derogado tácitamente.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-443-2007
1 de agosto del 2007

Señora
Syndell Bedoya Rivera
Coordinadora Recursos Humanos
Instituto Nacional de las Mujeres

Estimada señora:

En atención a su oficio número ARH-443-07 de fecha 27 de julio del año en curso por medio del cual consulta sobre la procedencia de pago del subsidio por incapacidades cuando dicho pago corresponde a una incapacidad extendida un día 31, tomando en consideración que los pagos se realizan de manera quincenal sobre una base salarial de treinta días y que la boleta de incapacidad indica la cantidad de días para efectos de pago y de cobro, nos permitimos indicarle que nuestra competencia para evacuar consultas la establece el artículo 13 inciso g) del Estatuto de Servicio Civil, señalando que se contestarán las consultas que se formulen relacionadas con la administración del personal y la aplicación de esta ley.

Siendo esto así y considerando además que el Instituto Nacional de las Mujeres es una institución que se encuentra excluida de este Régimen Especial, no tenemos competencia jurídica para emitir criterio, además de que la materia tal específica consultada, no encuentra fundamento dentro del mencionado cuerpo jurídico.

Por lo anteriormente expuesto, le sugerimos eleve su consulta al ente especializado en esta materia como lo es la Caja Costarricense de Seguro Social.

Atentamente,
ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Licda. Miriam Rojas González

Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA

AJ-479-2007
21 de Agosto de 2007

Señora
Tannia Hidalgo Solano
Fax: 240-6032
Atención Fernando Hidalgo

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio de fecha 15 de agosto de 2007, en el cual se nos solicita referirnos a la normativa que rige para que un funcionario administrativo de una escuela pública, asista a citas médicas en la Caja de Seguro Social, y si dentro de ésta, se establece que en tales situaciones se aplique algún tipo de rebajo salarial.

Al respecto, hemos de señalarle que por lo especial de la materia planteada en su consulta, el conocimiento de ésta se escapa de nuestra competencia, pues tal y como señala el inciso g) del artículo 13 del Estatuto de Servicio Civil, son funciones del Director General de Servicio Civil (y por ende de esta Asesoría):

> *"Evacuar las consultas que se le formulen relacionadas con la administración del personal y la aplicación de esta ley."* (El destacado es propio).

Siendo que su consulta versa sobre materia de salud, citas médicas y eventuales rebajos salariales en razón de éstas, el Órgano competente en esta materia es la Caja Costarricense de Seguro Social, razón por la cual le sugerimos, eleve su consulta a dicha Institución.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-540-2007
19 de setiembre de 2007

Licenciado
Carlos Calvo Coto
Jefe Departamento de Recursos Humanos
REGISTRO NACIONAL

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a atender su consulta realizada mediante oficio

DRHRN-640-2007 de fecha 3 de setiembre de 2007, en la que solicita nuestro criterio sobre el rebajo que se efectúa a los servidores incapacidades aun cuando han laborado prácticamente toda la jornada.

Debemos indicarle, que de acuerdo con lo que dispone el artículo 13 de Estatuto de Servicio Civil, está materia no es de nuestra competencia por tal motivo se le sugiere realice su consulta a la Caja Costarricense de Seguro Social, quien es el órgano competente.

Atentamente.

Original Firmado {Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-557-2007
05 de octubre de 2007

Licenciada
Giselle Ramírez Solano
Encargada del Subproceso de Gestión Humana
Instituto Sobre Alcoholismo y Farmacodependencia

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su oficio AA-GH-629-09-2007, por medio del cual consulta lo siguiente:

> *"Debido a que no se tiene clara la interpretación del artículo 34 Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, con respecto al pago del subsidio, que debe pagar el patrono en el caso de las incapacidades que emite el Instituto Nacional de Seguros (seguro de riesgos del trabajo), ajuntamos el oficio SJ-270-09-07 de fecha 7 de septiembre mediante el cual la Licenciada Marie Lys González Cerón, se refiere el tema indicado.*
>
> *En forma atenta, le agradeceríamos nos indicara el criterio de su representada sobre este artículo."*

Sobre el particular hacemos de su conocimiento que esta instancia consultiva ha analizado en varias oportunidades el artículo sobre el cual se requiere nuestra participación, entre los cuales se pueden citar el oficio AJ- 496-2000, de fecha 19 de diciembre de 2000 y el AJ-696-2006, del 20 de octubre de 2006, pero en particular véase el oficio de más reciente data lo que indica al respecto:

> "… resulta importante recordar que el Estatuto de Servicio Civil (Ley Nº. 1581 de 30 de mayo de 1953) regula las relaciones entre el Poder Ejecutivo y los funcionarios públicos, véase sobre el particular lo que dispone el numeral 1 del citado cuerpo jurídico al decir:
>
> *Artículo 1.- "Este Estatuto y sus Reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública y proteger a dichos servidores."*
>
> *En igual sentido se reitera, a nivel de la normativa reglamentaria, en el artículo 1 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (DE- No. 21 de 14 de diciembre de 1954).*

Conforme a estas normas, las disposiciones legales y reglamentarias en esta materia, se aplican a los servidores del Poder Ejecutivo, dentro de los cuales están los funcionarios de la Dirección General de Migración y Extranjería.

En lo que interesa al tema de la presente consulta, dispone el artículo 34 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil:

"Artículo 34. El servidor que fuere declarado incapacitado para trabajar, por enfermedad o riesgo profesional, gozará de subsidio en proporción al tiempo servido, de acuerdo con las siguientes regulaciones: a) Durante los primeros tres meses de servicios, se reconocerá el subsidio hasta por un mes.

b) Después de tres meses de servicios y hasta un año, el subsidio será hasta por tres meses.
c) Durante el segundo año de servicios, el subsidio será hasta por cinco meses.
d) Durante el tercer año de servicios, el subsidio será hasta por seis meses.
e) Durante el cuarto año de servicios, el subsidio será hasta por siete meses y quince días.
f) Durante el quinto año de servicios, el subsidio será hasta por nueve meses.
g) Después de cinco años de servicios, el subsidio será de hasta 12 meses.
El monto del subsidio de un ochenta por ciento del monto del salario ordinario que esté devengando el trabajador durante los primeros treinta días de su incapacidad. En ese período el Estado como patrono, reconocerá durante los tres primeros días un subsidio de un 80%; a partir del

cuarto día y hasta el número treinta el subsidio patronal será de un 20% cuando la incapacidad será emitida por la Caja Costarricense de Seguro Social; y la diferencia para completar el 80% del subsidio que otorgue el Instituto Nacional de Seguros cuando sea éste el órgano que incapacite.
El subsidio será de un ciento por ciento de su ordinario durante el período de incapacidad que exceda de treinta días naturales, por un máximo de doce meses. Durante el período que exceda de treinta días naturales, el Estado como patrono otorgará un subsidio de un 40% cuando el órgano que incapacite sea la Caja Costarricense de Seguro Social, y pagará la diferencia del subsidio para completar ese 100% de lo que otorgue el Instituto Nacional de Seguros cuando sea éste el órgano que incapacite. Por ninguna razón, y en ningún caso de incapacidad otorgada, el monto del subsidio que pagaren los órganos aseguradores sumados a lo que le corresponde cancelar al Estado como patrono, podrá exceder el 100% del salario total del servidor. (Así reformado por DE- No. 27096-MP de 15 de mayo de 1998, publicado en La Gaceta No. 116 del miércoles 17 de junio de 1998; el destacado no es del texto original).

Los subsidios y licencias por razón de maternidad se regularán conforme con las siguientes normas: 1) Todas las servidoras del Poder Ejecutivo en estado de gravidez tendrán derecho a licencia por cuatro meses, con goce de sueldo completo. El período se distribuirá un mes antes del parto y tres meses después. Si este se retrasare no se alterará el término de la licencia, pero si el alumbramiento se anticipa, gozará de los tres meses posteriores al mismo; 2) La servidora deberá tramitar su licencia por intermedio del jefe inmediato por lo menos con quince días de anticipación a su retiro, de acuerdo con la fecha previamente señalada por el médico; 3) Las

servidoras interinas o excluidas del Régimen de Servicio Civil, podrán acogerse a la licencia por maternidad en los términos anteriormente indicados. (Así reformado por DE- No. 27604-MP de 05 de enero de 1999, publicado en La Gaceta No. 21 del lunes 01 de febrero de 1999).

De la anterior trascripción queda claro que en tratándose de incapacidades de más de tres días, se deberá pagar al funcionario de la siguiente forma:

Al Estado le corresponderá reconocer durante los tres primeros días un 80% del monto del salario ordinario que esté devengando el funcionario durante los primeros treinta días de su incapacidad. A partir de cuarto día y hasta el número treinta, el porcentaje a pagar es el 20%, cuando quien incapacite es la Caja; y la diferencia para completar el citado 80% que otorgue el Instituto Nacional de Seguros.
Después de treinta días naturales el porcentaje a pagar por el patrono Estado es de un 100% de su salario ordinario. Durante el período que exceda ese tiempo, corresponderá pagar el 40%, cuando la Institución que incapacite es la Caja, y pagará la diferencia del subsidio para completar ese 100% de lo que otorgue el Instituto Nacional de Seguros."

Por otra parte igualmente resulta apropiado traer a la presente respuesta lo que la Procuraduría General de la Repúblico ha indicado sobre el tema recientemente en su dictamen número C-344-2007 de fecha 27 de setiembre de 2007 en el cual se concluye lo siguiente:

"… El artículo 34 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, según se indicó, es la normativa establecida para los servidores

amparados al régimen de Servicio Civil en materia de incapacidades y subsidios por enfermedad."

Continúa indicando el ente procurador del Estado lo que a continuación se transcribe:

"Como puede verse, la regulación del subsidio por enfermedad en la indicada norma, se hace en proporción al tiempo servido (en un sentido similar al del artículo 79 del Código de Trabajo), en la que la incapacidad se paga durante el plazo correspondiente, tomando en cuenta la antigüedad laboral, hasta por 12 meses. Mientras que, la normativa del ente asegurador para el otorgamiento de incapacidades y licencias a los beneficiarios del seguro de salud, dispone de plazos de calificación para el pago de los subsidios, de manera tal que, el derecho surge cuando el asegurado haya cotizado con 6 cuotas mensuales dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad, siempre que los últimos tres meses sean continuos e inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad. Los subsidios se reconocen hasta por un máximo de 52 semanas, y si el asegurado ha cotizado con 9 cuotas mensuales dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la incapacidad, se permite la prórroga del pago del subsidio hasta por 26 semanas adicionales, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Gerencia de División Médica (art. 34 del Reglamento de Salud).

El sistema como puede verse, es diferente, y con mayor regulación en el caso de la normativa de la Caja Costarricense de Seguro Social. Por ej., contiene disposiciones sobre los plazos máximos de incapacidades (hasta por 365 días que puede ser ampliado), cómputo de días de incapacidad (continuos o discontinuos para el plazo máximo dentro de un período de 730 días) y otorgamiento de nuevas incapacidades con derecho a subsidio (requisitos), situaciones sobre las cuales ciertamente es omisa la reglamentación estatutaria del régimen de Servicio Civil, en razón de que, como se indicó antes, se trata de un sistema distinto de normas de previsión social. "

En virtud de lo anterior es criterio de esta Asesoría Jurídica sobre el tema del artículo 34, que sean las incapacidades por enfermedad o riesgos del trabajo, que esta es la norma que resulta aplicable a los

funcionarios cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, y solamente resultaría aplicable cualquier otra normativa en el tanto no existiese disposición expresa que regulara el tema.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-647-2007
23 de noviembre del 2007

Señor
Alexander Jiménez Bolaños
ajimenez@fonabe.go.cr

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a sus consultas, recibidas por correos electrónicos, de las 8:30 y 9:25 del 22 de noviembre del presente año, mediante las cuales indica:

> *"interpretación del artículo 111 del reglamento. La duda radica en el inciso (d) en lo referente al salario. Si la indennización (sic) es proporcional al último salario debengado (sic) o se procede (sic) con el promedio de los últimos seis meses como indica el calculo (sic) de cesantia (sic) y preaviso"*
>
> *"sin reglamento interno. El Fondo Nacional de Becas es un órgano de derecho publico (sic), de máxima (sic) desconcentración (sic), con personería (sic) jurídica (sic) instrumental y adscrito al ministerio (sic) de Educación Pública. Al no tener reglamento interno, cual (sic) reglamento nos rige."*

Previo a evacuar sus consultas, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

En vista de que son varias las interrogantes, para efectos de su mejor compresión, se van a responder en el mismo orden en el cual fueron planteadas.

El inciso d) del artículo 111 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954, señala:

> *"Artículo 111.- En los casos previstos en los artículos 109 y 110 precedentes, la reasignación se resolverá de acuerdo con el siguiente procedimiento:*
> *...*
> *d) Si el puesto estuviere ocupado y la reasignación resultare de una clase de inferior categoría a la de la original, los efectos de la misma automáticamente quedarán en suspenso hasta por un período de seis meses, mientras tanto el servidor continuará en el desempeño de sus actividades y en dicho período podrá ser trasladado a otro puesto de igual clase a la del puesto que venía desempeñando antes de producirse la reasignación; o bien ser promovido a otro puesto si reuniere requisitos para ocuparlo. Si la ubicación del servidor no fuere posible dentro del lapso señalado y éste no aceptare la reasignación descendente, éste cesará en sus funciones y se procederá al pago de la indemnización indicada en el* ***Artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil.*** *En el caso de que el servidor acepte la reasignación tendrá derecho a una indemnización correspondiente a un mes por cada año de servicios al Estado, y que será proporcional al monto de la reducción que tenga su salario."*
> (el subrayado y resaltado no es del original)

El inciso f) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil, Ley. No. 1581 del 30 de mayo de 1953, señala:

> *" Artículo 37.- Los servidores del Poder Ejecutivo protegidos por esta ley gozarán de los siguientes derechos:*
> *...*
> *f) Si cesaren en sus funciones por supresión del empleo, tendrán derecho a una indemnización de un mes por cada año o fracción de seis o más meses de servicios prestados. (****Tal indemnización se satisfará por mensualidades***

consecutivas, del monto del sueldo devengado, a partir de la supresión del empleo y hasta completar el límite del derecho respectivo*)*. Es entendido que si en razón del derecho preferente que concede el artículo 47, en su penúltimo párrafo, el empleado cesante volviere a ocupar un puesto en la administración, antes de haber recibido la totalidad de las mensualidades a que tenga derecho por concepto de indemnización de despido, cesará de inmediato el pago de las mismas. En caso de nuevo despido por supresión de empleo, para determinar la indemnización a que tenga derecho, se sumará, al tiempo servido en el nuevo cargo, el monto de las mensualidades no pagadas y con causa en el primer despido por supresión de empleo de que hubiere sido objeto. Para el pago de las mensualidades a que se refiere este inciso, se usarán los fondos del Presupuesto Ordinario que corresponden a la plaza suprimida, y para tal fin se mantendrá la partida hasta que se cancele totalmente la obligación".*

(Inciso así reformado por el artículo 1º de la ley Nº 4906 de 29 de noviembre de 1971, reforma que a su vez fue INTERPRETADA AUTÉNTICAMENTE por la ley N 5173 de 10 de mayo de 1992, artículo 1º, en el sentido de que "los trabajadores que se acojan -aún voluntariamente- a jubilación, pensión de vejez, muerte o de retiro, concedidas por la Caja Costarricense de Seguro Social o por los diversos sistemas de pensiones de los Poderes del Estado, por el Tribunal Supremo de Elecciones, por las Instituciones Autónomas, semiautónomas, y las municipales, tienen derecho a que el patrono les pague el auxilio de cesantía.")

(* Texto eliminado por Resolución de la Sala Constitucional No. 8232-00 de las 15:04 horas del 19 de setiembre de 2000).

De interés sobre ese aspecto, conviene transcribir los Considerandos VII y VIII de la Resolución de la Sala Constitucional número 8232-2000 de las quince horas cuatro minutos del diecinueve de setiembre de dos mil, que señalan:

> ***VII.-*** *La indemnización en estudio, de un mes de salario –el último devengado- por cada año de servicio, resulta más favorable que la contemplada en el artículo 29 del Código de Trabajo, ya que toma en cuenta todos los años laborados. Tal diferencia se justifica, a juicio de la Sala, porque quienes se encuentran en una relación de empleo público, gozan de la garantía de estabilidad contemplada en el numeral 192 de la Constitución, a diferencia del resto de los trabajadores. Además, porque la supresión del cargo obedece a un supuesto de excepción, como la reducción forzosa de servicios. Ahora bien, se esgrimen a favor de la constitucionalidad del pago de la indemnización por mensualidades dos argumentos fundamentales: que el pago diferido establecido en el artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil resulta razonable porque la indemnización tiene una doble naturaleza, la de la típica indemnización por daños y la de seguro de desocupación. Sin embargo, los escasos antecedentes legislativos de la norma en estudio –expediente relativo a la promulgación del Estatuto de Servicio Civil, Ley número 1581 de 30 de mayo de 1953 y el expediente legislativo número 4722, de la Ley Número 4906 de 29 de noviembre de 1971-, que se comentaron en cuanto a la naturaleza de la indemnización contemplada en el artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil, no revelan que el legislador pretendiera que operase como seguro de desocupación. La Sala estima que la indemnización en estudio se inspira directamente en el artículo 63 de la Constitución Política, que expresamente excluye del pago de la indemnización por despido incausado a los trabajadores que se encuentren cubiertos por el seguro de desocupación, sistema que no ha sido instaurado en Costa Rica. De ahí que*

esta Sala considere que, la naturaleza de la suma de dinero que se ordena pagar al servidor de acuerdo a las reglas del artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil, es de carácter resarcitorio por el daño que el Estado le causa al servidor por privarle de su medio de subsistencia.

VIII.- *Descartada la hipótesis de que se pretendió que el sistema operara como un seguro de desocupación, cabe analizar el otro argumento a favor de la constitucionalidad de que se pague la indemnización en forma diferida: la carga económica que constituye para el Estado pagarla, dado que, por tomar en cuenta todos los años de servicio del trabajador para el cálculo de la indemnización, el Estado debe desembolsar grandes sumas de dinero, lo que resulta una carga pesada para el erario público. El hecho de que la indemnización contemplada en el artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil sea más favorable que la establecida en el Código de Trabajo, obedece, como ya se adelantó, a que sus destinatarios, que tienen derecho a la estabilidad en el empleo, son cesados por decisión unilateral de la administración, debido a la necesidad pública de reorganizar el servicio o por falta de fondos. A juicio de este Tribunal, atenuar la carga económica para la administración no es un motivo constitucionalmente legítimo para justificar que se pague a estos servidores la indemnización en forma diferida. El monto que le corresponde al servidor de acuerdo al Estatuto de Servicio Civil es un derecho suyo, parte de su patrimonio, cobijado constitucionalmente por el artículo 63 de la Constitución Política. Obedece a que es privado de su empleo por razones excepcionales que la ley autoriza, pese a que pertenece a un régimen que asegura la estabilidad en el empleo. Por ello, el Estado debe indemnizar la supresión del cargo a partir del momento en que el servidor debe dejarlo, por lo que a juicio de la Sala el hecho de que se le prive de su fuente de trabajo sin el pago completo de la indemnización, constituye una afectación a su patrimonio que lesiona el*

numeral 45 de la Constitución Política. Es intrascendente el destino que el servidor de a esos recursos, pues como parte de su peculio, puede disponer de ellos como a bien lo tenga.

De conformidad con los antecedentes supraindicados, se concluye que la indemnización a que se refiere el inciso f) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil, debe ajustarse a las reglas del artículo 29 del Código de Trabajo, salvo en cuanto al plazo máximo, que podría ser más amplio que el indicado en ese artículo 29, si el servidor tuviere más de ocho años de prestar servicios.

El inciso i) del artículo 13 del Estatuto de Servicio Civil, señala:

"Artículo 13.- Son atribuciones y funciones del Director General de Servicio Civil:
...
i) Dar el visto bueno a todos los reglamentos interiores de trabajo de las dependencias del Poder Ejecutivo antes de que sean sometidos a la aprobación de la Inspección General de Trabajo."

El inciso e) del artículo 4 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, señala:

*"**Artículo 4° -** El Director General tendrá las siguientes atribuciones y deberes:*
...
*e) Dictará las normas y procedimientos que se requieren para la promoción e implantación de un sistema moderno de administración de personal, así como para la debida coordinación en cuanto a condiciones de trabajo de las diferentes dependencias públicas. A este respecto, **la Dirección General estará facultada para solicitar a los ministerios y dependencias públicas la revisión de sus reglamentos autónomos de servicio y para sugerir en***

cualquier tiempo la adición de reglas y normas, la modificación de las existentes o su supresión*;"*
(el subrayado y resaltado no es del original)

Se infiere que el Fondo Nacional de Becas, si la normativa especial que lo rige así lo permite, bien podría desarrollar su propio reglamento autónomo de servicio. No obstante, mientras eso no suceda, deberá analizar si la adscripción al Ministerio de Educación Pública tiene como efecto su vinculación respecto del Reglamento Autónomo de Servicio de ese Ministerio, condición que no compete analizar a esta Asesoría Jurídica. No obstante, a manera de ejemplo, se hace mención de que algunos órganos adscritos utilizan el reglamento autónomo de servicio del ente al que pertenecen.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-648-2007
23 de noviembre de 2007

Máster
José Joaquín Arguedas Herrera

Director General
Dirección General de Servicio Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a emitir criterio respecto a la aplicación del Artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, específicamente, sobre cuándo se tienen por cumplidos los dos años de prestación servicios ininterrumpidos al Estado por parte del servidor al que se le pretende aplicar la norma.

Conviene en primer lugar transcribir el texto del numeral citado, en aras de poder justificar las ulteriores acotaciones. Señala la norma indicada que:

"Artículo 11.- *Cuando un puesto excluido del Régimen de Servicio Civil, pasare al sistema de méritos que regulan el Estatuto y el presente Reglamento, el servidor que lo estuviera desempeñando podrá adquirir la condición de servidor regular, si a juicio de la Dirección General ha demostrado o demuestra su idoneidad por los procedimientos que esa Dirección General señale, y siempre que tuviera más de dos años de prestar sus servicios ininterrumpidos al Estado. La misma norma se aplicará al servidor sustituto interino, con dos o más años de laborar ininterrumpidamente en el mismo puesto, si éste quedare vacante al vencer la licencia otorgada al titular de la plaza, y siempre que el servidor sustituto, hubiere sido escogido del Registro de Elegibles que lleva la Dirección General.*

Se exceptúan de la presente disposición los servidores propiamente docentes, quienes para estos efectos se regularán por lo dispuesto en el capítulo V del título II del Estatuto." El destacado es del redactor.

Si bien la norma es muy clara respecto al plazo mínimo de dos años ininterrumpidos de labores que debe poseer el sujeto al que se le

pretende aplicar la norma, la misma resulta omisa en el tocante al momento en que se debe iniciar el cómputo del tiempo, de ahí que surja la duda que hoy se nos plantea.

Cabe indicar, que no es la primera vez que se plantea la consulta de marras, pues ésta ha sido objeto de dudas desde antigua data, ya que hasta el año de 1998 existían dos teorías contrapuestas respecto del momento en que se cumplía plenamente con el período de tiempo indicado, estas teorías eran:

1. Para el momento en que el puesto pasa al sistema de méritos, el plazo de dos años se debe haber cumplido totalmente, y;

2. Los dos años pueden completarse posterior al paso del puesto al Régimen de Servicio Civil, siempre y cuando el funcionario haya sido nombrado en el puesto con anterioridad al traslado. En esta teoría no se limitaba el tiempo "posterior" a ningún acto jurídico.

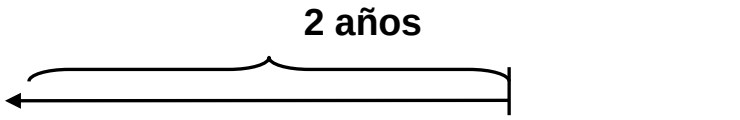
Dado que las dos teorías eran diametralmente distintas respecto a la forma de contabilizar el plazo señalado, el entonces Vice Ministro de Hacienda, señor Carlos Muñoz Vega, decidió plantear la consulta a la Procuraduría General de la República, para que ésta se pronunciara al respecto, y determinara claramente cuándo se tenía por cumplido el período de dos años acotado. Dicha solicitud fue acogida por el órgano consultivo estatal, el cual mediante su Dictamen C-172-98 de fecha 20 de agosto de 1998 concluyó que:

"En virtud de todo lo expuesto, y artículo 11 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, esta Procuraduría es del criterio que, el funcionario que ocupe un puesto que pasa al Régimen de Servicio Civil, deberá cumplir con el requisito de laborar ininterrumpidamente con el Estado durante dos años o más, al momento de la integración del puesto al sistema de méritos, amén de cumplir con la idoneidad, bajo el procedimiento que establezca la Dirección General del Servicio

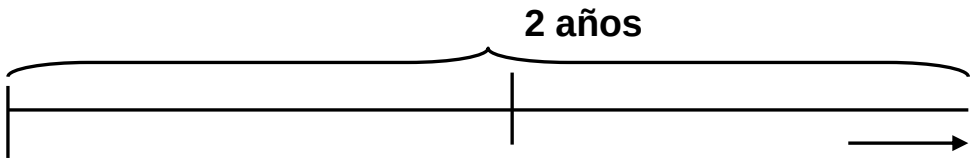
Civil. De manera que, el tiempo transcurrido entre el pase legal de ese cargo al ordenamiento estatutario y su asignación correspondiente, debe ser computado para la acumulación de los indicados años."

Como puede verse, el dictamen vertido no se inclinó hacia ninguna de las teorías que hasta entonces se habían sostenido, sino que señaló que, para el cómputo del plazo de dos años establecido debe tomarse en cuenta, tanto el plazo que tenía el sujeto antes de que se diera el traslado de régimen, como el que se dé desde ese momento hasta la asignación. Es decir, dicho pronunciamiento creo una nueva teoría, la cual al igual que las otras dos, estipulaba un momento claramente definido respecto del cumplimiento íntegro del plazo indicado en el artículo 11 *supra* citado. Así, si se comparan estos distintos cómputos tenemos:

I. Teoría

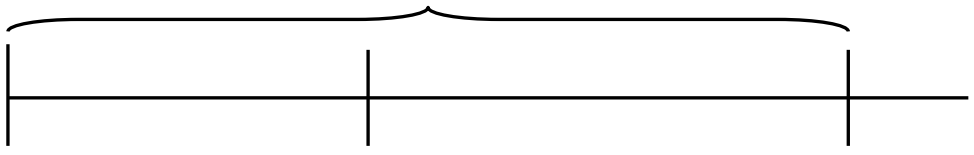


II. Teoría



Tiempo "X"

III. Teoría



Nombramiento Traslado del Puesto Asignación del Puesto

Sin embargo, cabe recalcar que dado que la tercera teoría nace de un pronunciamiento emitido por la citada Procuraduría, el mismo pasó a ser de aplicación vinculante para la Administración Pública, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Es decir, a partir del dictamen C-172-98, el plazo de dos años en estudio, se contabiliza tomando en cuenta tanto el plazo que se tenía al momento de pasar el puesto al Régimen de Servicio Civil, como el tiempo que se necesite para asignar dicha plaza.

No obstante lo expresado, y pese a que la Dirección General de Servicio Civil en todo momento ha respetado el criterio emitido en el dictamen C-172-98 respecto al cómputo del plazo citado, esta Asesoría Jurídica considera necesario realizar ciertas acotaciones sobre el tema.

En primer lugar, debe indicarse que el dictamen señalado se pronunció tomando como base una serie de consideraciones que vale la pena estudiar a fondo, estas son:

"…En alguna medida, lo recién afirmado resulta conteste con el texto de la norma de comentario, toda vez que para el traslado de un puesto al Régimen del Servicio Civil, hay que tomar en cuenta dos momentos objetivos, que no pueden pasar por alto los operadores de la disposición de estudio, y sobre todo, entratándose éstos, de funcionarios que tienen a cargo el manejo de los recursos humanos de la Administración Pública.

En efecto, debe entenderse del citado numeral 11 que cuando un puesto pasare al citado ámbito estatutario, debe obviamente contarse con los procedimientos formales y necesarios que desarrolla tanto el Estatuto de Servicio Civil como su Reglamento, para que ello sea posible. De ahí que la misma norma nos refiere el modo de reubicarlo

en el sistema de puestos, según las funciones y categoría de cada caso.

Si no, recordemos lo que dice inicialmente la disposición de comentario: " Cuando un puesto excluido del Régimen de Servicio Civil, pasare al sistema de méritos que regulan el Estatuto y el Reglamento..."

En otras palabras , y recurriendo a la normativa que toca el tema, si bien un puesto debe pasar al régimen de consulta a través de la respectiva ley, esta formalidad, que aunque resulta ser el primer paso fundamental para darse el trámite de cuestión, no constituiría por sí solo, y en buen derecho, el suficiente elemento para que aquél quedare integrado dentro del sistema estatutario, pues claro está, le faltaría el acto de la "asignación" a la clase correspondiente que claramente estipula el inciso a) del numeral 105 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, cuando dice:

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

a) Asignación: Acto mediante el cual se ubica un puesto en la clase correspondiente dentro de la estructura ocupacional del Régimen de Servicio Civil, ya sea porque antes estuviere excluido de dicho Régimen, o que, perteneciendo a este, por cualquier razón no hubiere sido ubicado dentro de la estructura mencionada;

Como se observa de lo trascrito, es hasta este segundo tiempo que estima este Despacho, el puesto excluido del Servicio Civil pasa a integrarse finalmente al sistema de méritos, y solo de esta manera, es cuando ya resulta accesible el derecho del funcionario a optar por el cargo que pretende su titularidad, mediante el mecanismo de la idoneidad que ordena nuestra Carta Magna…" El subrayado es propio.

Tal y como se desprende del texto trascrito, el dictamen de estudio determinó que el plazo de dos años de prestación ininterrumpido de servicios de marras, debía haberse cumplido al momento en que el puesto que anteriormente se encontraba excluido

del régimen de méritos es asignado, pues, según se indica, es hasta ese momento en el que el puesto puede ser considerado incluido plenamente.

Ahora bien, esta Asesoría Jurídica coincide con la afirmación realizada respecto a que, para que un puesto excluido del régimen de méritos goce de todas las características de uno incluido en éste, se deben tomar en cuenta dos momentos objetivos, a saber el traslado en sí mismo, y la asignación de dicha plaza.

Sin embargo, si bien los dos momentos objetivos deben realizarse para que se aplique la norma en estudio (como se vera más adelante), no depende de ambos que un puesto se traslade de un régimen a otro, pues debe recordarse que, dado que la exclusión de puestos del Régimen de Servicio Civil opera únicamente a través de una norma de rango legal[13], la inclusión de los mismos deberá realizarse por un medio normativo de igual o mayor rango que la ley, en virtud de la aplicación de la jerarquía de normas.

Esta inclusión se hace, generalmente, a través de ley (y mas comúnmente mediante la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República, misma que entra en vigencia el 1º de enero de cada año fiscal), de ahí que se pueda afirmar que el puesto que se encontraba excluido del régimen de méritos, pasará a formar parte de éste hasta el momento en que la ley que lo incluye cobre vigencia, pues una norma reglamentaria como el artículo 105 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (el cual regula lo referente a la asignación) no posee la fuerza normativa necesaria para llevar a cabo dicha tarea.

De igual forma, si se le da una lectura detallada a la letra íntegra del inciso a) del artículo 105 del citado reglamento, se podrá ver que, para la aplicación del mismo se necesita como presupuesto básico la

[13] Véanse al respecto y entre otros, los votos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia números 2001-00322, 7598-94 y 1119-90.

existencia previa de un puesto que esté dentro del régimen de méritos. Dice la norma que:

"Para todos los efectos se entenderá por:
a) Asignación: Acto mediante el cual se ubica un puesto en la clase correspondiente dentro de la estructura ocupacional del Régimen de Servicio Civil, ya sea porque antes estuviere excluido de dicho Régimen, o que, perteneciendo a este, por cualquier razón no hubiere sido ubicado dentro de la estructura mencionada…"

Nótese que la norma no traslada puestos de un régimen a otro (como ya se dijo no tiene la fuerza legal para hacerlo), sino que únicamente se encarga de ubicar el puesto preexistente dentro de la estructura organizacional, ubicación que no se había dado ya fuera porque el puesto anteriormente se encontraba excluido de dicho régimen, o porque de existir no se le había realizado la calificación correspondiente.

En otras palabras, la asignación únicamente se encarga de tomar la plaza que ya ha sido trasladada por ley competente al Régimen de Servicio Civil, e impregnarla de características propias, lo cual constituye un acto objetivo de la norma (segundo después del traslado), que es necesario para la aplicación del acto subjetivo, el cual se manifiesta con la solicitud del servidor que pretende se le aplique la norma, pues de no darse la asignación, no podría tenerse una base sobre la cual determinar la idoneidad del sujeto postulante.

La situación sería semejante, por ejemplo, a la donación que realizara el Instituto Nacional de Seguros de un equipo de cómputo a una instancia ministerial. Si bien este equipo únicamente funcionará cuando se le instalen todos los programas y características propias de las necesidades que tenga el ministerio, el traslado del equipo no se da con esta programación.

Ahora bien, dado que el numeral 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, indica en lo que interesa que:

"Cuando un puesto excluido del Régimen de Servicio Civil, pasare al sistema de méritos que regulan el Estatuto y el presente Reglamento, el servidor que lo estuviera desempeñando podrá adquirir la condición de servidor regular, si a juicio de la Dirección General ha demostrado o demuestra su idoneidad por los procedimientos que esa Dirección General señale, y siempre que tuviera más de dos años de prestar sus servicios ininterrumpidos al Estado…."

Debe, según nuestro entender, computarse el plazo de los dos años desde el momento en que el puesto "pasare" al nuevo régimen, hacía atrás. Es decir, desde la fecha exacta en que la ley que traslada el puesto entra en vigencia, hacia atrás.

Así, si la norma que traslada el puesto entra en vigencia el 1º de enero del 2008, el funcionario que pretende que se le aplique el numeral 11 de rito debe haber venido prestando sus servicios para el Estado de manera ininterrumpida, como mínimo, desde el 1º de enero del 2006, sin tomarse en cuenta que el puesto sea asignado posteriormente, pues como se dijo, este acto solamente impregna de características al puesto que ya pertenece al sistema de méritos.

Cabe sobre este mismo punto mencionar que, el dictamen C-172-98 tomó en cuenta para su pronunciamiento lo expuesto en la Opinión Jurídica OJ-033-98, la cual indicaba en lo conducente que:

"… Si bien podría pensarse (en caso de que la mayoría de ese lapso se hubiere cumplido con posterioridad al cambio de régimen) que la interpretación aquí hecha se presta para evadir los trámites normales de ingreso al servicio civil, lo cierto es que la tardanza para el nombramiento de otro servidor regular en el puesto, sería atribuible únicamente a la Administración. En efecto, tal tardanza sólo podría imputarse al órgano encargado de solicitar el envío de la terna o nómina necesaria para el nombramiento o al encargado de suplirla, de manera tal que esa circunstancia, no podría ir en perjuicio del servidor, quien, con fundamento en la norma que se analiza, estaría siempre habilitado para optar por el puesto en propiedad…"

Entendemos que, según lo expuesto en la opinión jurídica vertida, para el cómputo del plazo de los dos años debe incluirse también el tiempo que se dure realizando la asignación de la plaza, pues el atraso que de la realización de este acto se de, es únicamente imputable a la Administración y no puede ir en perjuicio del servidor solicitante.

Ahora bien, a criterio de esta Asesoría Jurídica, el retraso que pueda darse en la asignación de la plaza, en nada perjudica al funcionario solicitante, pues no estamos en este caso, ante un plazo perentorio de caducidad o incluso de prescripción, en los cuales se tiene un lapso determinado para cumplir con “x” acto, ya que aquí lo importante es que el funcionario tenga un mínimo de dos años de laborar interrumpidamente para el Estado al momento de que el puesto pase a formar parte del sistema de méritos, todo el plazo que se dé desde ese momento a futuro no afecta en nada el primer presupuesto objetivo de la norma, pues en caso de que la asignación de la plaza dure, por decir algo, un año en darse, el funcionario solicitante que cumple con el primer supuesto va a tener ya tres años de laborar ininterrumpidamente, por lo que no existe afectación alguna a sus intereses, en este sentido.

Por último, debe dejarse claro que la aplicación del artículo 11 de repetida cita, forma parte de las pocas excepciones de ingreso al Régimen de Servicio Civil, las cuales por su misma naturaleza deben de ser interpretadas de manera restrictiva, pues de lo contrario se estarían creando “trampolines reglamentarios” que ayudarían a saltar con facilidad el sistema de méritos establecido.

Establecer que el cómputo del plazo se debe tomar desde la asignación del puesto hacia atrás, crea una flexibilización del mismo, pues dicha asignación puede tardar tanto un mes como un año dependiendo de la capacidad de respuesta que al momento de la solicitud tengan las autoridades administrativas, situación que no se da si se toma el punto de inicio para el cómputo del plazo desde el momento en que el puesto es trasladado por ley expresa.

Con base en lo expuesto considera esta Asesoría Jurídica que el plazo de dos años de servicios ininterrumpidos al Estado, establecido en el numeral 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, debe computarse desde la fecha exacta en que dicho puesto es incluido al régimen de méritos por norma legal, hacia atrás.

Se emite así el criterio solicitado.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-425-2007
23 de julio de 2007

Licenciada
Sandra María Quirós Álvarez
Directora de Área

GESTION DE RECURSOS HUMANOS

Estimada señora:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio GESTION-192-2007 por medio del cual, además de la solicitud de aprobación a un proyecto de resolución sobre dispensa de requisitos -el cual se estudio en su oportunidad-, plantea también inquietudes en relación con el procedimiento a seguir, en caso de presentarse a futuras situaciones como las siguientes:

"a) Sobre la prescripción de un error como el nombramiento mediante la aplicación del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil a un servidor que provenga de un puesto de confianza si han pasado 9 años de dictado el acto administrativo señalado.
b) De darse la situación anterior, indicarnos si se imposibilitaría la aplicación de la Resolución DG-414-2003 del seis de octubre de dos mil tres y sus reformas, además de indicar la normativa aplicable en ese caso."

De previo a entrar en el desarrollo de la materia consultada por su persona, cabe sentar la claridad de dos aspectos como lo son: a) la improcedencia de aplicar el artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil a un servidor que provenga de un puesto de confianza, y b) que la figura de la "prescripción" mencionada en su consulta, no es aplicable al caso que se expone, ya que jurídicamente deberíamos de hablar de "caducidad".

Con respecto a la primera observación, se hace necesario traer a colación lo indicado por la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-133-98 de 13 de julio de 1998, el cual dice en lo que interesa lo siguiente:

> "Sólo resta agregar que el anterior criterio se complementa con antecedentes similares, donde el Tribunal Constitucional ha sido también categórico en exigir la observancia de los procedimientos legales existentes para el ingreso a un régimen estatutario (voto Nº 140-93, donde la Sala estableció que el legislador no puede transgredir "...los principios que la Constitución le ha impuesto como límite (idoneidad y eficiencia)"; en el mismo sentido, votos Nº 5941-93, 6503 y 6504-93) ... De ahí que resulte del todo irrazonable, así como contrario a los principios de conveniencia y sana administración, el ingreso a puestos de carrera (con la estabilidad que ello presupone) de quienes fueron nombrados libremente en cargos de confianza, o sea, sin sujeción al requisito de la "idoneidad comprobada" que exige categóricamente nuestra Constitución Política. III.- Conclusión: Con fundamento en lo expuesto, este Despacho concluye que no resulta jurídicamente procedente el mecanismo que se ha venido utilizando, donde se ha nombrado como servidores regulares a personas que han venido ocupando puestos de confianza en la Asamblea Legislativa, a través del traslado presupuestario de su plaza y la posterior aplicación del numeral 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil."

Sobre la segunda observación, debe indicarse que existe una marcada diferencia entre las figuras de la prescripción y de la caducidad, las cuales tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado, en lo que interesa, en Sentencia de la Sala Constitucional dictamen en Resolución 11517-00 de las catorce horas con cuarenta y un minutos del veintiuno de diciembre del 2000 en Acción de Inconstitucional promovida por el Licenciado César Hines Céspedes en su carácter de defensor de Fernando Salazar Jiménez y Otro, e indicó lo siguiente:

"... la prescripción *se trata, de poner término a la incertidumbre jurídica, estableciendo a tal fin un límite temporal para hacer valer los*

propios derecho. 2) *tiene por finalidad la extinción de un derecho ante la razón subjetiva de su no ejercicio por su titular.*

"... la caducidad determina la extinción de acciones o de derechos por el transcurso del plazo en que han de ejercitarse o hacerse valer. 2) *no es susceptible de interrupción ni suspensión, produciéndose automáticamente por el paso del tiempo*. 3) *se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado, hasta el punto de que puede sostenerse en realidad que es de índole preclusiva, al tratarse de un plazo dentro del cual, y únicamente dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica*. 4) *Que no es preciso que sea alegada por aquel a quien beneficia, ya que es apreciable de oficio por el juez (STS 25-5-79, con cita de otras).*

Bajo ese contexto, la Procuraduría General en el dictamen N° C-295-2000 del 4 de diciembre del 2000, argumentó:

> ***"****No omito manifestarle que los trámites referidos deberán gestionarse a la mayor brevedad posible, dado que el plazo de cuatro años contemplado en la ley para la anulación en vía administrativa, y sin recurrir al proceso contencioso de lesividad, de un acto absolutamente nulo, cuyo vicio sea de carácter evidente y manifiesto, es de caducidad****,*** *con las implicaciones propias de esta figura jurídica, que, a diferencia de la prescripción, resulta ininterrumpible****,*** *de tal suerte que si la Administración no procede a la anulación del acto antes de transcurrido ese plazo, ya no le es jurídicamente posible hacer uso de tal potestad extraordinaria (en este sentido pueden verse los pronunciamientos de la Procuraduría C-044-95 y C-141-95)" (Dictamen C-147-96 de 20 de marzo de 1996)*

Por otra parte, encontramos en la Ley General de la Administración Pública la potestad de revisión oficiosa en el artículo 173 inciso 5) en el cual esta sujeta la administración a una caducidad de cuatro años y en el mismo sentido el artículo

183 numeral 2) indica que "La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo está sujeta a caducidad de cuatro años a partir de la adopción del acto y podrá ser ejercida por la Administración dentro del juicio tendiente, sin este o fuera de este previo dictamen de la Procuraduría General de la República."

Independientemente del tipo de nulidad de que se trate, la Procuraduría General en Dictamen C-119-2000 de 22 de mayo del 2000 ha indicado:

> "En el ordenamiento jurídico costarricense, se contemplan tres categorías de nulidades de los actos administrativos, distinguiendo entre nulidad relativa, nulidad absoluta y nulidad absoluta, evidente y manifiesta. La regulación de estas, se encuentra contenida en los numerales 167, 166 y 173 respectivamente de la Ley General de la Administración Pública"

Bajo este contexto, la jurisprudencia de la Sala Constitución en Voto 1563-91 de 14 de agosto de 1991 ha dicho:

> "Sobre el concepto de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, en el mismo sentido que este Órgano Asesor, lo siguiente:
>
> > "… un acto declaratorio de derechos solamente puede ser declarado nulo por la propia administración, cuando se esté en presencia de una nulidad absoluta, manifiesta y evidente. De manera que no se trata de cualquier nulidad absoluta, sino de aquélla que se encuentre acompañada de una nota especial y agravada, consistente en que la nulidad absoluta sea perceptible fácilmente, lo que es igual, sin

> necesidad de forzar las circunstancias para concluir con ello. De no estarse en presencia de este tipo de nulidad absoluta, la administración debe recurrir al instituto de la lesividad, solamente declarable por un juez." (Resolución N° 1563-91 de 14 de agosto de 1991) ".

Lo anterior es congruente con el fin que inspira la normativa que regula la potestad de imperio, cual es brindar seguridad jurídica a los administrados a cuyo favor se hayan declarados derechos subjetivos de algún tipo a través de un acto administrativo. Véase al respecto la siguiente jurisprudencia:

> "Y como la Administración está obligada a anular de oficio el acto absolutamente nulo, dentro de las limitaciones de la Ley General *(Artículo 174.1 de ese mismo cuerpo legal)*, ello significa que, a pesar de que pueda existir un acto que aparentemente contenga un vicio de nulidad absoluta, evidente y manifiesta *–como ocurre en este caso-*, si ya transcurrieron cuatro años desde su adopción, la Administración se encuentra impedida de hacer tal declaratoria *(Dictámenes C-046-86 de 3 de marzo de 1986, C-182-89 de 4 de octubre de 1989, C-032-92 de 17 de febrero de 1992, C-070-92 de 6 de abril de 1992 y C-111-93 de 24 de agosto de 1993)."*

Siendo esto así y al ser una situación jurídica consolidada por haber transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años que señala la norma, no puede la Administración realizar la corrección oficiosa que establece la Ley General de la Administración Pública.

En cuanto a la interrogante del inciso b) de su consulta, en una situación jurídica consolidada, es posible la aplicación de la Resolución DG-414-2003 denominada "Normativa para la presentación de la excepcionalidad del artículo 111, inciso c) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil".

Atentamente,

Original Firmado {
Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-448-2007
03 de agosto de 2007

Licenciado
Luis Fernando Paniagua Hernández
Área de Relaciones de Servicio
Ministerio de Agricultura y Ganadería
Fax: 296-2498

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a oficio ARS-0287-2007 de fecha 20 de Julio de 2007, en el cual se solicita referirnos a la posibilidad de indemnizar a los funcionarios del Servicio Fitosanitario del Estado, cuyos puestos pasaron de un régimen de servicio privado al Régimen de Servicio Civil, razón por la cual sufrieron una disminución salarial.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Respecto a la consulta planteada ha de señalarse que, tal y como indicó la Asesoría Jurídica del MAG, el caso de los funcionarios del Servicio Fitosanitario del Estado (SFE), es por demás complejo y especial, dado que la inclusión de sus puestos al Régimen de Servicio Civil se da a través de lo ordenado por la Sala Constitucional (Voto 12182-06), así como por las disposiciones dictadas por la Procuraduría General de La Republica en el Dictamen C-168-2006.

De ahí que surge el problema de determinar si es procedente el otorgar indemnización alguna a los funcionarios del SFE, en virtud de la disminución salarial que sufrieron al pasar al Régimen de Servicio Civil, sobre todo si se toma en cuenta que la figura del fideicomiso es

de naturaleza contractual privada, es decir se rige por las normas de derecho común, por lo que los trabajadores que al efecto se tengan para cumplir con los fines propios de dicho fideicomiso se rigen, en principio, por las normas de derecho laboral.

Sin embargo, si bien puede señalarse que lo expuesto representa "la regla" de interpretación, la excepción a la misma fue señalada por el Dictamen *supra* mencionado el cual dispuso que:

"Partiendo del hecho de que los servidores del SFE son funcionarios públicos, cuya relación con el Estado es una relación de empleo público (...)

En cuanto al primer punto, considera esta Procuraduría que no existe razón alguna para afirmar que los funcionarios del SFE deben estar excluidos del Régimen de Servicio Civil. Esa exclusión solo es posible cuando una norma de rango legal (o superior) así lo disponga, lo cual no ocurre en este caso. Por el contrario, los artículos 3, 4 y 5 del Estatuto de Servicio Civil señalan los puestos que deben considerarse excluidos del régimen, puestos dentro de los cuales no se mencionan los que ocupa la generalidad de los funcionarios del SFE, salvo aquellos que se refieren al ejercicio de una función específica, como es el caso de su director y del auditor interno.

Las personas contratadas por el Fideicomiso 539-MAG/BNCR/SFE para trabajar a la orden del Servicio Fitosanitario del Estado, deben ser catalogados como funcionarios públicos durante todo el lapso que han prestado servicios al Estado (...)." El destacado es propio.

De lo anteriormente trascrito se puede colegir que los funcionarios del SFE, deben estar cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, pero, que dado que dicha inclusión fue reconocida a partir de los pronunciamientos mencionados, gozaban, anterior a

estos, de un régimen salarial ajeno a los establecidos para las Instituciones cubiertas por el Régimen Especial, de ahí que de su inclusión en este Sistema, podría devengar una posible disminución salarial.

El remedio para esta situación, debido a que está basada en una situación sui generis*, no encuentra regulación alguna en las normas estatutarias, existiendo al efecto únicamente una similitud con la situación fáctica regulada en el inciso d) del artículo 111 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual señala respecto a las reasignaciones que:*

"Si el puesto estuviere ocupado y la reasignación resultare de una clase de inferior categoría a la de la original, los efectos de la misma automáticamente quedarán en suspenso hasta por un período de seis meses, mientras tanto el servidor continuará en el desempeño de sus actividades y en dicho período podrá ser trasladado a otro puesto de igual clase a la del puesto que venía desempeñando antes de producirse la reasignación; o bien ser promovido a otro puesto si reuniere requisitos para ocuparlo. Si la ubicación del servidor no fuere posible dentro del lapso señalado y éste no aceptare la reasignación descendente, éste cesará en sus funciones y se procederá al pago de la indemnización indicada en el Artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil. En el caso de que el servidor acepte la reasignación tendrá derecho a una indemnización correspondiente a un mes por cada año de servicios al Estado, y que será proporcional al monto de la reducción que tenga su salario." El destacado es propio.

Dicha norma ha sido aplicada por costumbre en casos donde la situación fáctica resulta similar a la expuesta, basándose al efecto por lo determinado por la Sala Constitucional, la cual en su Voto N° 5967-98, resolvió:

"Ahora bien, entiende esta Sala que en procura de no disminuir los ingresos de la amparada, la Administración recurrida ha procedido a utilizar el mecanismo de incluir en su salario un "sobresueldo"; sin

embargo lleva razón la recurrente cuando alega que tal medida la perjudica a mediano y largo plazo, toda vez que como se indica en el numeral 11 del Decreto 25592-MO supracitado, cuando el servidor como consecuencia de la reestructuración y reubicación de su puesto quede sobrepagado- como ocurre en la especie- le serán aplicables los aumentos generales por costo de vida PERO NO ASÍ los aumentos por promociones o ajustes salárialesde orden estructural o técnico (...) De esta forma, si ha operado a consecuencia del proceso de reestructuración una reubicación con disminución salarial en perjuicio del amparado, lo procedente es seguir el procedimiento indicado en el artículo 111 inciso d) supracitado, sin que para ello sea necesario una solicitud por parte del recurrente, en razón de que ha sido la Administración, quien ha verificado el cambio sustancial y permanente de las tareas, procesos de trabajo, y responsabilidad del puesto..." El destacado es del redactor.

Nótese que si bien la Sala Constitucional resolvió respecto a los puestos afectados por una reestructuración, que valga recordar, ésta figura tiene los mismos efectos que una reasignación (verbigracia el numeral 105 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil), la práctica ha llevado a aplicar lo allí dispuesto en situaciones similares, en las que se produce una desmejora salarial por motivos distintos, pues a fin de cuentas lo que se busca es que, independientemente de lo que haya motivado tal disminución, se resarza al funcionario.

Así, considera esta Asesoría Jurídica que, en aras de retribuir el descenso económico salarial que podrían sufrir los funcionarios del SFE, debe aplicárseles la indemnización señalada en la norma recién citada.

Sin embargo dado que, como ya se ha dicho, la situación en estudio es de especial naturaleza debido a la manera en que se dio la inclusión del personal del SFE al Régimen de Servicio Civil, y tomando en cuenta que, en situaciones donde este de por medio el erario público, las interpretaciones que se den deben ser restrictivas, téngase nuestra respuesta sujeta a lo que sobre el tema podría decir la

Procuraduría General de la Republica, constituida ésta como la instancia consultiva vinculante del Estado, por lo que se sugiere a ese despacho, solicitar el criterio a dicha Procuraduría.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-552-2007
25 de setiembre de 2007

Licenciada
Sandra María Quirós Álvarez
Directora de Área
Gestión de Recursos Humanos

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio N° GESTION–274-2007 de fecha 11 de setiembre del presente año, mediante el cual nos solicita emitir criterio jurídico respecto al oficio número DRH-1037-07 de fecha 07 de setiembre de los corrientes, que presentara el Departamento de Recursos Humanos del Ministerio de Agricultura y Ganadería (en adelante también denominado “MAG”) a su Área, en torno al deseo de finiquitar el nombramiento en propiedad de 15 funcionarios del Servicio Fitosanitario del Estado (en adelante también denominado “SFE”, o “Fideicomiso”), mismos que anteriormente ya habían sido declarados idóneos e ingresaron al Régimen de Servicio Civil antes de pasar a laborar a dicho fideicomiso, aún y cuando no cumplían con los requisitos de la clase de puesto (dado que la normativa de esa data no lo exigía).

Manifiesta además que la situación expuesta respecto a la falta de requisitos para los puestos, aun se mantiene, razón por la cual estos funcionarios no cumplen cabalmente con lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, norma que según el Dictamen C-168-2006 de la Procuraduría General de la República, es el mecanismo legal para incluir dentro del Régimen de Servicio Civil a los funcionarios que laboraban para el fideicomiso de repetida cita, criterio que se puso en práctica mediante Resolución Administrativa número DM-RH-023-2006, suscrita por el señor

Presidente de la República y el señor Ministro de Agricultura y Ganadería.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Entrando en materia ha de iniciarse indicando que, dada la complejidad que presenta el caso de marras, resulta conveniente, para una mejor comprensión de la situación fáctica y jurídica de los casos a exponer, realizar una serie de consideraciones previas que giran tanto en torno al SFE en general, como a los 15 puestos de análisis, entendiéndose este último como un estudio de sus elementos generales, ya que como se indicó *supra*, esta Asesoría Jurídica no analiza casos concretos, por lo cual corresponderá a la administración activa (léase en este caso: Departamento de Recursos Humanos del MAG) el encuadrar y determinar la aplicación de dichas generalidades a los casos en concreto.

Así, respecto al SFE tenemos que:

I. Del Servicio Fitosanitario de Estado

El SFE fue creado mediante Ley N° 7664 de 8 de abril de 1997, denominada *"Ley de Protección Fitosanitaria",* la cual estableció una serie de objetivos de interés público que debían ser cumplidos por esta entidad, destacándose entre otros el proteger los vegetales de los perjuicios causados por las plagas, así como evitar y prevenir la introducción y difusión de plagas que amenacen la seguridad alimentaria y la actividad económica sustentada en la producción agrícola; etc.

Para llevar a cabo esos objetivos, el artículo 4 de la ley creó el SFE, como un órgano desconcentrado del Ministerio de Agricultura y Ganadería, dotado de personalidad jurídica instrumental, el cual al manejarse mediante la figura del fideicomiso (figura eminentemente privada), fue considerada por mucho tiempo como una entidad de esa naturaleza.

Dicho entendimiento también se extendió a los funcionarios que prestaban sus labores para éste, pues la contratación del personal se hacía directamente con los recursos que ingresan al fideicomiso 539-MAG/BNCR/SFE, utilizando como base para ello la suscripción de contratos de carácter laboral privado.

No obstante, esta situación cambio radicalmente a partir del año 2004, momento en el cual la Contraloría General de la República señaló mediante informe DFOE-AM-49/2004 del 17 de diciembre de 2004 (estudio del presupuesto ordinario del fideicomiso del Servicio Fitosanitario del Estado #539-MAG-SFE-BNCR para el año 2005), suscrito por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, Área de Servicios Agropecuarios y de Medio Ambiente, que se había producido un traslado de funciones esenciales del Servicio a la administración del fideicomiso, por lo que se confirió a la Administración nueve meses para que estableciera la estructura y personal a cargo dentro del Servicio Fitosanitario y no fuera de él.

Posteriormente, dicha dependencia mediante informe DFOE-AM-41/2005 del 15 de diciembre de 2005 (estudio del presupuesto ordinario de la cuenta especial del Servicio Fitosanitario del Estado 539-MAG-SFE-BNCR para el año 2006), recordó que a través del fideicomiso no pueden ejecutarse funciones propias del Ministerio, extendiendo el plazo conferido para los fines de adaptación ya dichos por dos meses más.

Este vaivén respecto a los plazos en los cuales debían cumplirse los cambios sustanciales en la estructura organizativa del fideicomiso, condujo a que, en el mes de marzo del 2006, se interpusiera Recurso

de Amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por parte de varios empleados de esta empresa, en aras de evitar el despido masivo, bajo condiciones de derecho laboral privado. Dicho recurso fue resuelto mediante Voto Nº 2006-12182 de las 11:00 horas del dieciocho de agosto del dos mil seis, en el cual se ordenó, de entre el cúmulo, concluir la organización y ejecución de la estructura de puestos del Servicio bajo el régimen de empleo público.

En acatamiento de dicha sentencia, el entonces Ministro de Agricultura y Ganadería, señor Rodolfo Coto Pacheco, envió misiva a la Procuraduría General de la República consultándole, entre otras cosas, si el personal del Fideicomiso 539-MAG/BNCR/SFE, podían ser considerados como funcionarios públicos, y, por otro lado, qué procedimiento se debía utilizar para solucionar la situación generada y así normalizar y formalizar la relación de servicio, bajo el ingreso al Régimen de Servicio Civil.

Dichas interrogantes fueron contestadas por el ente consultivo estatal mediante Dictamen C-168-2006, el cual concluyó que:

"...1.- El Servicio Fitosanitario del Estado es un órgano desconcentrado del Ministerio de Agricultura y Ganadería, al cual le han sido encomendadas funciones relacionadas con la prevención y el combate de plagas que podrían poner en peligro la seguridad alimentaria, la producción agrícola y la protección del ambiente. Por esa razón, el personal contratado por el Fideicomiso 539-MAG/BNCR/SFE, para ejercer las funciones públicas encomendadas legalmente al Servicio Fitosanitario del Estado, son funcionarios públicos, por lo que deben estar sometidos a una relación de empleo público, y cubiertos por el Régimen de Servicio Civil.

2.- Las personas contratadas por el Fideicomiso 539-MAG/BNCR/SFE para trabajar a la orden del Servicio Fitosanitario del Estado, deben ser catalogados como funcionarios públicos durante todo el lapso que han prestado servicios al Estado.

*3.- El mecanismo legal para incluir a esas personas dentro del Régimen de Servicio Civil, es el previsto en el artículo 11 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil..." (*Los destacados son del redactor).

De aquí que se hayan venido realizando labores conjuntas por parte del Ministerio de marras y la Dirección General de Servicio Civil, con el fin de incluir de manera definitiva, dentro del Régimen de Méritos a aquellos servidores del SFE que cumplan cabalmente con las disposiciones del artículo 11 ya indicado.

No obstante, cabe desde ya destacar que si bien la aplicación de esta norma es la regla general, no es absoluta, pues existen situaciones calificadas en las cuales su aplicación no resulta necesaria para que cierto personal del SFE, ocupe algún puesto dentro del MAG.

II. Generalidades detectadas en los 15 puestos de análisis

Realizado un detallado estudio a las 497 copias aportadas por el Departamento de Recursos Humanos del MAG, correspondientes a copias certificadas de los expedientes personales de los quince funcionarios que anteriormente se encontraban nombrados en propiedad y laboraban para la cuenta especial de Sanidad Vegetal, mismos que posteriormente pasaron a ser empleados del SFE, se pudo detectar ciertos hechos que son de importante consideración para los fines de este criterio, ellos son:

1) Los quince funcionarios objetos de este estudio fueron nombrados en propiedad en los puestos que actualmente ocupan de manera interina;

2) Que dichos funcionarios fueron contratados por el MAG en distintas fechas, que van desde el año 1979 a 1989;

3) Que desde el año 1979 hasta marzo 1985 el primer nombramiento que se hiciera en esos puestos se hacía de

manera interina, sin pasar por el aval de la Dirección General de Servicio Civil, pues para esa fecha dichos puestos se encontraban excluidos del Régimen de Méritos;

4) Que mediante Resolución de la Dirección General de Servicio Civil DG-163-85, se incluyeron dentro del Régimen de Servicio Civil las plazas de marras;

5) Que a raíz de ese movimiento se procedió a nombrar en propiedad a los funcionarios que venían ocupando de manera interina los puestos ya citados;

6) Que al momento de realizar los nombramientos, los funcionarios ocuparon inicialmente un puesto de menor categoría para el cual fueron declarados idóneos por parte de la Comisión de Idoneidad de la Dirección General de Servicio Civil, en distintas fechas, situación que posteriormente cambió al reasignarse los puestos hacia arriba, otorgándoseles una clase superior a aquella por la que habían sido declarado idóneos;

7) Que en dichas reasignaciones se dieron varios casos en los que los funcionarios no cumplían con los requisitos necesarios para la nueva categoría, sin embargo eran igualmente reasignados aplicando para ello lo entonces dispuesto en el artículo 114 inciso c) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (véase entre otras certificación existente a folio 414 de las copias aportadas por el MAG);

8) Que la relación laboral con el MAG se mantuvo desde su nombramiento en propiedad hasta el año 1993, momento en el que dichos funcionarios pasaron a brindar sus labores al Fideicomiso 03-93-MAG-BANCOOP-SANIDAD VEGETAL;

9) Que ante la quiebra de BANCOOP, a partir del año 1999 su salario (y por ende sus funciones) pasaron a manos del Fideicomiso 539- MAG-BNCR-SFE;

10) Que de los anteriores dos casos, no aparecen en el expediente de los funcionarios ningún movimiento de personal realizado por el MAG, en el que se haga ver que los mismos dejaron de pertenecer a la planilla de esta Institución (sea por gestión de despido, reestructuración, , o aplicación del artículo 36 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, etc) , o tan siquiera algún documento que haga ver que la relación del personal citado, si bien no finalizó se suspendió por cualesquier causa (préstamo, traslado, reubicación, licencia con o sin goce de salario, etc), probándose estos hechos con simples indicios, así, el primero con una acción de personal suscrita por el BANCOOP, y el segundo con la suscripción de un contrato laboral entre los funcionarios de cita y el Banco Nacional;

11) Que aunado a esta ausencia de documentos que comprueben la existencia de movimientos de personal, que hagan pensar que los propietarios de los puestos de estudio dejaron de ocuparlos sea de manera permanente como provisional, en cada una de las quince certificaciones suscritas por el Jefe del Departamento de Recursos Humanos del Ministerio de Agricultura y Ganadería, MBA. Rolando Sánchez Corrales, señala de manera reiterada que pese a que los funcionarios pasaron a prestar sus servicios a los fideicomisos indicados, esto se hizo solo con fines salariales, pues: *"su relación laboral persistió con el MAG en forma contínua, es decir, que este cambio de fuente de financiamiento de su salario, no implicó un cambio de subordinación jurídica".*

Realizadas las consideraciones previas, se inicia el estudio pertinente.

Plantea la señora Quirós Álvarez que los funcionarios de repetida cita *"no reúnen los requisitos de las clases de puesto que ocupan por lo que al exigir el actual artículo 11 que se cuenten con los requisitos no se ha podido tramitar dicha norma"* a lo cual debemos

reiterar lo manifestado *supra* en el considerando primero *in fine*, respecto a que el artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, si bien fue estipulado por el Dictamen C-168-2006 de la Procuraduría General de la República como regla general, no es el único medio para que los funcionarios que laboraban para el SFE pasen a formar parte de la estructura del MAG, como funcionarios de mérito, y para ejemplo los presentes funcionarios, por las razones que a continuación se dirán.

Señala el actual artículo 11 mencionado, en lo concerniente al presente caso que:

"Artículo 11.- *Cuando un puesto excluido del Régimen de Servicio Civil, pasare al sistema de méritos que regulan el Estatuto y el presente Reglamento, el servidor que lo estuviera desempeñando podrá adquirir la condición de servidor regular, si a juicio de la Dirección General ha demostrado o demuestra su idoneidad por los procedimientos que esa Dirección General señale, y siempre que tuviera más de dos años de prestar sus servicios ininterrumpidos al Estado..."* (El destacado es del redactor)

Nótese que la norma crea una excepción de ingreso al Régimen de Servicio Civil en los casos en que un servidor que ha estado ocupando un puesto excluido del mismo y éste último, posteriormente es incluido a aquél.

Dichos presupuestos, si bien son de aplicación general a los funcionarios que han prestado sus labores para el SFE y que posteriormente por mandato de la Contraloría General de la República, la Sala Constitucional y la misma Procuraduría General de la República pasan al sistema de servicio civil, no resultan aplicables al caso de estudio pues tal y como se expuso en los puntos 10) y 11) del considerando segundo de este estudio, los quince funcionarios de marras, nunca dejaron de pertenecer al Régimen de Servicio Civil, pues su relación de subordinación con el MAG se mantuvo pese al

traslado de la prestación de sus funciones a los fideicomisos ya indicados.

En este orden de ideas puede decirse que estos funcionarios no califican para un ingreso excepcional, porque simple y sencillamente no necesitan ingresar a un régimen del cual forman ya parte. Así al eliminarse un elemento objetivo fáctico planteado como requisito por la norma (el estar fuera del régimen) desemboca en la imposibilidad de aplicarla, situación que como repetimos, no es necesaria al estar los funcionarios ya incluidos en el sistema de méritos.

Sin detrimento de lo expuesto debe dejarse claro que, la forma en la que estos funcionarios fueron trasladados de prestar sus funciones del MAG a los fideicomisos de cita no deja de ser irregular, ya que por un lado, no existe constancia alguna (por lo menos no en las certificaciones aportadas) en las que se haga algún movimiento de personal que indique que la relación de estos servidores con el Ministerio se suspendía o finiquitaba de alguna manera, y por otra parte no entiende esta Asesoría Jurídica el motivo por qué se realizaron contratos de naturaleza laboral entre el Banco Nacional de Costa Rica ni cómo le fueron pagados montos por concepto de prestaciones legales por quiebra del BANCOOP a funcionarios que, según se desprende de los documentos y certificaciones, pertenecieron en todo momento al MAG.

No obstante, ya que no es parte de nuestra competencia determinar los alcances de dichas cuestiones, debemos limitarnos a señalar que si efectivamente la relación laboral del MAG con los funcionarios nunca se finiquito o suspendió y los mismos en todo momento siguieron formando parte de la estructura organizacional del Ministerio, cubierto por el régimen de méritos, la carencia de documentos probatorios o de los mismos movimientos de personal, es un error imputable únicamente a la Administración Pública, y no puede de ninguna forma ir en detrimento de los intereses y derechos (entre ellos la estabilidad expuesta por el artículo 192 de la Carta Magna) de

los funcionarios que actuaron (suponemos) en virtud del deber de obediencia que tiene todo empleado para con su patrono.

En síntesis, respecto a este extremo, si los servidores en todo momento han formado parte del MAG, y lo único que se daba era una prestación de servicios en un lugar distinto a aquel en el que fue nombrado, lo procedente no es incluirlo como un puesto afecto a las disposiciones del artículo 11 citado, sino realizar un movimiento de personal en el que se devuelva su situación jurídica laboral a la que tenían antes de su "traslado" (se entrecomilla pues –repetimos- no existe documento que pruebe su existencia) al primer fideicomiso en el año de 1993.

Ahora bien, respecto al hecho de que una serie de funcionarios (cinco para ser exactos) no cumplen con los requisitos que exige el puesto en el cual se les ha venido nombrando de manera interina desde diciembre del 2006, debe realizarse una acotación.

Tal y como se indicó en el considerando segundo, los servidores de estudio entraron a laborar en propiedad amparados al Régimen de Servicio Civil en un período que va desde el año 1979 a 1989, siendo que en el momento en que se realizaron los nombramientos, aquellos ocuparon inicialmente un puesto de menor categoría, puesto para el cual fueron declarados idóneos por parte de la Comisión de Idoneidad de la Dirección General de Servicio Civil, en distintas fechas. No obstante esta situación cambio posteriormente al reasignarse los puestos hacia arriba, otorgándoseles una clase superior a aquella por la que habían sido declarado idóneos.

Al realizarse esas reasignaciones, se dieron casos en los cuales varios de los funcionarios no cumplían con los requisitos necesarios para la nueva categoría, limitándose su idoneidad a la clasificación que originalmente tenia el puesto, sin embargo, eran igualmente reasignados aplicando para ello lo entonces dispuesto en el artículo 114 inciso c) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Esta situación si bien en este momento no es legalmente viable (excepto en casos muy calificados al tenor de lo expuesto en el inciso c) del actual artículo 111 del Reglamento de cita), podía darse en el momento en que dichas reasignaciones se dieron (1985-1989), pues para ese momento el articulo 114 mencionado tenia una redacción más amplia a la que goza actualmente, permitiendo situaciones como la expuesta, amparándose para ello a lo dispuesto en el inciso c) de la norma que en ese entonces indicaba en lo conducente que:

*"**Artículo 114**: Al ocurrir la reasignación o reclasificación de un puesto, éste podrá cubrirse por ascenso, descenso, traslado o, si es del caso, mediante concurso por oposición de acuerdo a las siguientes reglas:*

(...)

c) Si estuviere ocupado y resultare un mismo grupo ocupacional, pero de un grado superior no inmediato, o de un grupo ocupacional distinto, con categoría de salario superior al que tenía el puesto antes de ser reasignado, el servidor deberá probar su idoneidad mediante examen sin oposición aun si no reuniere los requisitos del nuevo cargo. Para este efecto la Dirección General dispondrá de un plazo improrrogable de tres meses, contados a partir de la fecha en que se determine que el servidor deba demostrar su idoneidad. Si probare su idoneidad se acordará el ascenso respectivo al puesto reasignado. Si el servidor fuera declarado no idóneo, por no haber aprobado las pruebas o por no haberse presentado a las pruebas..."

Como puede verse la norma de esa data exigía que la idoneidad para el puesto reasignado fuera demostrada mediante examen sin oposición, no así por el cumplimiento cabal de los requisitos que el puesto exigía (prueba de ello que aun y cuando se cumpliera con los mismos se debía realizar el examen). Por otro lado debe decirse que aun y cuando la norma pidiera requisitos como parte de la idoneidad, esta debía determinarse en el plazo de tres meses ya indicado, a lo cual ante la ausencia de esa determinación expresa, debía entenderse

aprobada la reasignación de manera definitiva, situación que fue expuesta por esta Asesoría Jurídica en oficio DL-109-90 del 26 de abril de 1990, cuando indicó que:

"Ahora bien, con respecto a la segunda disposición, citada, se desprende de la misma que esta Dirección General debe, dentro del término perentorio de tres meses, contados a partir de que el caso ingresa a la Comisión de Idoneidad, evaluar la situación del servidor y declararlo o no idóneo para el desempeño de sus labores.

Nótese entonces, que si dentro del término señalado para realizar el estudio de idoneidad, el mismo no se efectuó, necesariamente se consolida la reasignación a favor del administrado con la salvedad de que el periodo de tres meses haya sido interrumpido mediante la respectiva resolución"

Dado que no existen documentos que prueben que el plazo de tres meses fue suspendido de alguna manera, y tomando además en cuenta que estos funcionarios laboraron en el puesto reasignado para el cual desde un inicio no cumplían con todos los requisitos, hasta el año de 1993 (momento en el cual pasaron a prestar sus servicios a la orden de los fideicomisos citados) , puede existir una duda razonable a favor de los mismos de que la reasignación que se dieran sus puestos se hizo atendiendo las normas que para ese momento regían dicha figura.

En todo caso debe recordarse que en caso de que dicho movimiento hubiera sido nulo, éste creó derechos subjetivos en los funcionarios que gozaron de la reasignación, por lo que para declarar dicha nulidad la administración contaba con cuatro años (plazo de caducidad) para declarar su nulidad o bien para solicitar su declaración en vía judicial, mediante el ordinario de lesividad (Artículos 173 inciso 1 de la Ley General de la Administración Pública y 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) plazo que está por demás caduco.

Además debe señalarse que, si bien es cierto que las normas que regulan la materia de reasignaciones ha sido modificada en repetidas ocasiones (destáquense los Decretos Ejecutivos N° 22422-MP del 5 de agosto de 1993, y 26162 del 4 de julio de 1997), éstas no podrían afectar de manera alguna los movimientos realizados durante la vigencia plena de las normas anteriores, pues un pensamiento como el expuesto violentaría lo señalado por el artículo 39 Constitucional, quebrantando el principio de "Irretroactividad de la Norma" (principio que va muy a la par de los llamados "Derechos Adquiridos"), figura que ha sido definida por la Sala Constitucional como:

"...la certidumbre de que un cambio en el ordenamiento no puede tener la consecuencia de sustraer el bien o el derecho ya adquirido del patrimonio de la persona, o de provocar que si se había dado el presupuesto fáctico con anterioridad a la reforma legal, ya no surja la consecuencia (provechosa, se entiende) que el interesado esperaba de la situación jurídica consolidada.(…)" Voto N° 3532-97.

Antes de finalizar debe hacerse notar que de los quince casos expuestos existen 10 que cuentan con los requisitos necesarios para el puesto, por lo cual no les aplica lo anteriormente expuesto, así deberá la administración activa interponer sus oficios para normalizar la situación de éstos en los términos en que este criterio se ajuste a su situación jurídica concreta.

Por último debe hacerse notar que los puestos en los que se han estado nombrando a los funcionarios de estudio corresponden exactamente a los mismo puestos en los que ya habían sido nombrados en propiedad, razón por la cual en caso de que la Administración activa determine que efectivamente su relación estatutaria con el Ministerio de Agricultura y Ganadería nunca fue finiquitada, deberá proceder a realizar los movimientos de personal necesarios para devolverlos a la situación jurídica que gozaban antes de ser "trasladados" a laborar a los fideicomisos que se han venido citando.

Atentamente

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-555-2007
03 de octubre del 2007

Señor

Marcos Castillo
Correo Electrónico: castillomasis@hotmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida por correo electrónico de fecha 26 de setiembre del presente año, mediante la cual indica:

> *"… Qué sucede cuándo se pide como requisito para un determinado puesto el estar incorporado a un Colegio Profesional, pero no existe o no se ha creado el Colegio." …*

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

Para referirnos a su consulta, resulta de interés lo siguiente:

1.- En la Resolución DG-070-94, el artículo 3, inciso d) señala:

"Para acogerse y continuar disfrutando del Régimen de Dedicación Exclusiva, los servidores deben cumplir con los siguientes requisitos: …

> "d) Poseer la incorporación al respectivo colegio profesional, **cuando exista esta entidad en el área correspondiente**."

2.- Mediante oficio AJ-528-2002, esta Asesoría Jurídica indicó:

> "… no obstante lo anterior debemos aclarar en aras de no promover el ejercicio ilegal de la profesión de que si el puesto establece como requisito la incorporación a un Colegio Profesional, éste no podrá ser obviado, **salvo que no exista Colegio Profesional al cual pueda incorporarse el servidor**".

3.- Mediante oficio AJ-187-2003, esta Asesoría Jurídica indicó:

> "… Del análisis que antecede, se desprende que todo servidor que ocupe un puesto dentro de la Administración Pública de clase profesional que exija el grado académico de Licenciatura, **debe de contar con la incorporación al respectivo Colegio Profesional, si éste existe**, toda vez que dicho acto responde a un requisito de legalidad para el ejercicio de la profesión tanto en el sector público como privado."…

Como puede apreciarse, ha sido criterio sostenido por esta Asesoría Jurídica, que el requisito de incorporación a un Colegio Profesional debe ser posible, es decir, que exista posibilidad objetiva de cumplimiento por parte del sujeto.

De lo anterior se infiere que ante la inexistencia de Colegio Profesional, el requisito de incorporación se torna imposible de ser cumplido y en ese sentido, se hace manifiesta la regla *imposibilium nulla obligatio est* (no hay obligación de lo imposible) o, formulada en otros términos *ad imposibilia nemo patitur* (Nadie está obligado a lo imposible).

Así las cosas, la exigencia de incorporación a un Colegio Profesional deberá determinarse de conformidad con los requisitos indicados para el puesto en el Manual de Puestos Institucional, cuando éste exista en el área correspondiente.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-587-2007
23 de octubre de 2007

Señora
Charline Williams Harris
Contadora
Instituto Nacional de Innovación y Transferencia

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio sin número de fecha 17 de octubre de 2007, por medio del cual consulta lo siguiente:

> *"...trabajo en el Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (INTA) con plaza interina la cual no esta dentro del régimen del Servicio Civil dicha plaza será incluida en los cargos fijos del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) mediante un traslado horizontal, es decir, será incluida al Régimen como plaza fija mediante el artículo 11 del Reglamento del estatuto del Servicio Civil el cual indica (el funcionario debe prestar sus servicios dos años ininterrumpidos al Estado). En base a ello se refiere a que preste sus servicios dos años en la misma plaza o puede ser en plazas distintas siempre y cuando sea el tiempo solicitado por el artículo?"*

Sobre el tema de su consulta, debemos indicarle que esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en varias oportunidades, entre estas véase el oficio AJ-252-2000, de fecha 18 de julio del 2000, en cual se dijo en aquella oportunidad, con ocasión, del análisis del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil:

> "Se desprende del artículo transcrito que el mismo contempla la posibilidad de que un servidor interino pueda adquirir la calidad de servidor regular, para lo cual establece dos fórmulas para lograrlo, una primera referida a la primera parte del párrafo primero, que es cuando un puesto que está fuera del Régimen de Servicio Civil y pasa a éste siempre que demuestre idoneidad, es decir que se someta a las pruebas que la Dirección General de Servicio Civil

establezca, ***y que además cuente con dos años de prestar servicios al Estado en forma ininterrumpida; de forma que si gana tales pruebas y tiene dos años de servicio ininterrumpidos de laborar para el Estado***, se estaría cumpliendo con este primer requisito lo que hace que pueda adquirir la condición de servidor en propiedad, por supuesto además de que reúna los requisitos exigidos." (El subrayado no pertenece al original)

Como puede verse, del análisis que se venía haciendo en el oficio arriba citado, se llegó a la atinada conclusión, de que el requisito de prestar los servicios, debe ser al menos de dos años, y que estos hayan sido prestados al Estado en forma ininterrumpida, lo cual nos lleva inmediatamente a pensar, que como la norma no establece ni hace la distinción, de si debe haberse brindado los servicios en un mismo puesto o en otros puestos, debemos aplicar la máxima del derecho, que establece, que no resulta lícito distinguir donde la norma no lo hace, por lo tanto debe entenderse que la prestación de los servicios, perfectamente pudo haber sido en el mismo puesto o en otros, siendo para tales casos lo importante, que ésta haya sido de dos años y de forma ininterrumpida en el Estado.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca
Lic. Luis Enrique Castro Fonseca

AJ-615-2007
06 de noviembre de 2007

Licenciada
Marta Fernández Fernández
Coordinadora Administración de Concursos
Área de Reclutamiento y Selección de Recursos Humanos

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio número ARSRH-2573-07 de fecha 24 de octubre de 2007, en el cual se nos solicita, emitir criterio en torno a la figura del reingreso de funcionarios estipulado en el artículo 14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, específicamente respecto a *¿cuál fecha debe tomarse como válida para cumplir con el plazo de diez años, la de la petición de la interesada o la de la emisión final del informe técnico?*

Según se indica en su nota, la duda surge a raíz de la solicitud que presentara un sujeto "X" para la aplicación del reingreso, a solo un mes antes de que feneciera el plazo de diez años dado en la norma citada. Siendo que, por la estrechez del plazo, la administración le informa posteriormente al mismo, sobre el rechazo de su gestión, debido a que el plazo para aplicar la norma y poder reingresar válidamente, ya se extinguió.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta

será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Antes de iniciar el estudio requerido, debe hacerse ver que la solución a la pregunta planteada no se encuentra expresamente en la norma señalada, por lo que nos encontramos frente a un problema de interpretación jurídica, en los términos señalados por Mouchet y Zorraquín cuando indican que:

"Si la norma jurídica es clara y rige con precisión el caso planteado, la cuestión se resuelve aplicándola. Si la norma es oscura, se presta a confusiones o existe duda acerca de su aplicación a un caso dado o hay discrepancia entre varias normas que podrían solucionar el problema resulta indispensable interpretarla, es decir, desentrañar su verdadero sentido y alcance" [14]

Siendo así las cosas, el presente estudio se encargará de analizar algunos elementos que si bien no se extraen de la lectura de la norma, forman parte del verdadero sentido que la misma tiene, cual es, podemos adelantar, el crear un sistema excepcional de ingreso al Régimen de Méritos, aplicable dentro de un determinado plazo, previo cumplimiento de requisitos, y siempre y cuando la voluntad de la administración así lo permita.

Entrando propiamente en la consulta, se debe en primer lugar, transcribir la letra del artículo 14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual indica en lo concerniente que:

"...El servidor que hubiere prestado servicios en alguna de las instituciones comprendidas dentro del Régimen de Servicio Civil, por un período no inferior a cinco años, cuyos servicios hayan sido desempeñados con reconocida eficiencia, podrá reingresar dentro de la década siguiente, a la misma clase de puesto que ocupaba, si al

[14] MOUCHET, Carlos – ZORRAQUIN, Ricardo; Introducción al Derecho, Novena Edición; Buenos Aires; Editorial Perrot; 1984; Página 248.

momento del reingreso reuniere los requisitos establecidos para dicha clase, sin participar en concurso....”

Como puede verse, la norma en cuestión impone una serie de reglas precisas que deben cumplirse para que el instituto de reingreso pueda válidamente operar, estas son a grandes rasgos:

1. *Que el solicitante hubiere prestado sus servicios en alguna de las instituciones comprendidas dentro del Régimen de Servicio Civil.*

2. *Que tales servicios se hayan prestado por un periodo no menor a cinco años.*

3. *Que las funciones realizadas se hayan desempeñado con reconocida eficiencia.*

4. *Que el reingreso se dé dentro de la década siguiente a su retiro.*

5. *Que el reingreso se aplique a la misma clase de puesto que ocupaba anteriormente.*

6. *Que debe reunir los requisitos que al momento del reingreso se establecen para la clase.*

No es menester de este oficio el estudiar pormenorizadamente cada uno de los supuestos descritos más allá de lo que en próximos parágrafos se expondrá, por lo que en este extremo únicamente cabe añadir que, tal y como se expusiera en el oficio DG-478-2007 de la Dirección General de Servicio Civil, existe otro requisito necesario para que se pueda aplicar el reingreso, el cual si bien no es indicado expresamente en la norma, se desprende de ella, y es el hecho de que exista una plaza vacante ante la cual se pueda aplicar el reingreso.

Esta conclusión nace de la frase "*sin participar en concurso"* contenida en la norma, la cual señala la existencia previa de un concurso, mismo que, para ser abierto, requiere necesariamente de la existencia de al menos una plaza vacante que necesite ser ocupada, mediante el proceso estipulado, a grandes rasgos, por los artículos 24 y 25 del Estatuto de Servicio Civil. Y es que, solamente existiendo una plaza disponible puede determinarse a ciencia cierta que el solicitante cumple con los requisitos señalados por la norma (por ejemplo la necesidad que la plaza sea de igual o menor categoría a la que ocupaba anteriormente), lo cual se verificará en el estudio de preingreso respectivo.

Ahora bien, una vez detallados los elementos generales señalados, deben, para los efectos propios de la consulta, analizarse tres grandes temas que nacen de la interpretación que se puede realizar a la norma de rito, a saber:

a) El reingreso no es un derecho del funcionario, es una potestad de la Administración;

b) El plazo de diez años dado en el numeral 14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, es de caducidad, por lo tanto es un plazo irrestricto;

c) El reingreso se tiene por aplicado plena y válidamente hasta el momento en que el funcionario es nombrado en propiedad por el respectivo jerarca.

Respecto al primer punto, ya en reiteradas ocasiones se ha señalado por parte de nuestra Dirección General que la aplicación de la figura del reingreso es una potestad discrecional de la Administración, y no un derecho del ex funcionario, interpretación que nace de la inclusión de la frase *"podrá reingresar"* en la letra del numeral 14 trascrito, lo cual refleja la discrecionalidad existente.

Esta conclusión ha sido también respaldada por la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha mencionado entre otras cosas que:

"… Así las cosas, es menester analizar dos aspectos, en primer lugar, el reingreso es una excepción no es un derecho del amparado ...." *Voto 2003-01654. El destacado es propio.*

Como complemento a lo anteriormente expuesto podemos agregar que, la potestad discrecional de la Administración se refleja durante todo el proceso que implica el reingreso, sea la solicitud planteada por el exfuncionario[15], el estudio de idoneidad (preingreso), o en la resolución final de la solicitud planteada, pues aceptar lo contrario (pensar que el hecho de aceptar la solicitud para darle trámite, implica una aprobación, o la creación de un derecho a la aplicación del reingreso), desvirtuaría totalmente el fin de la norma, transformándola en un trampolín que serviría para saltarse todo el régimen de méritos establecido en el sistema costarricense.

Siendo así la cosas, el rechazo de la solicitud puede darse incluso desde la presentación de la misma, sin entrar a realizar un estudio amplio de los requisitos, dependiendo de las circunstancias de cada caso que así lo justifiquen[16].

Debe quedar claro eso si, que el no darle un trámite completo a la gestión, no implica de ninguna manera el rechazo *"ad portas"* de la solicitud*,* pues por el derecho de petición consagrado en el artículo 27 de la misma Constitución Política, deben aceptarse las peticiones de

[15] Nótese que hablamos de "solicitud" atendiendo al hecho de que, por ser el reingreso una figura excepcional del sistema de méritos, ha operado la costumbre de que ésta solamente se tramite cuando es realizada a gestión de parte, y no de manera oficiosa por parte de la Administración, dado que ésta debe en todo momento velar porque el sistema de méritos establecido en los numerales 191 y 192 constitucionales se respeten y cumplan.

[16] Debe recordarse que, la discrecionalidad nunca puede servir de fundamento para la arbitrariedad, por lo cual todo acto que emane de la Administración Pública debe estar debidamente fundamentado.

aplicación de reingreso que se presenten por parte de los interesados, pero, no por eso debe dársele todo un trámite y estudio riguroso de los requisitos, si éste no lo amerita, pues eventualmente pueden existir ocasiones donde no haga falta realizar un estudio completo del servidor para percatarse que la aplicación de la norma no es de recibo, así por ejemplo, esta situación se daría en caso de que se constate que la solicitud se ha hecho de manera extemporánea (fuera de los diez años estipulados), o que al momento de que se realiza la misma no existan plazas vacantes, o que de existir, la voluntad del jerarca es que las mismas salgan a concurso externo, que el funcionario laboró anteriormente para una institución excluida del régimen de méritos, o que la solicitud no puede ser atendida dado que el tiempo que resta para que fenezca la década dentro de la cual se puede aplicar válidamente la figura es sumamente corto para la capacidad de respuesta con la que cuenta la respectiva administración, entre otras cosas.

Este último supuesto será retomado en próximos parágrafos, una vez que sean analizados los puntos b) y c) por nosotros planteados.

El segundo punto a analizar, respecto a que el plazo de diez años dado en el numeral 14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, es de caducidad, por lo tanto es un plazo irrestricto, tampoco ha sido desconocido por la Dirección General de Servicio Civil, la cual interpretó en su oficio DG-188-2007 que:

"...la norma en cuestión contiene un plazo estricto de aplicación en el tiempo, dentro del cual se puede ejercer la facultad aludida, dicho término se enmarca como uno de los denominados "plazos de caducidad", figura que ha sido estudiada en varias ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional.

Así, para el autor Henry Capitant la caducidad es "la pérdida de un derecho o acción por no ejercerlos dentro de un plazo y en las condiciones fijadas por el juez, la ley o las convenciones" (El subrayado es propio) (Vocabulario Jurídico, Buenos Aires, Ediciones

Depalma, 1986, Pág. 431). En igual sentido ha resuelto la jurisprudencia nacional, así por ejemplo el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera de la Corte Suprema de Justicia, indicó en su sentencia N° 363 del siete de octubre de dos mil cinco que:

"la caducidad, llamada también en doctrina decadencia, consiste en la extinción de un derecho dispuesta (sic) en razón de la falta de ejercicio del mismo dentro de un cierto lapso de tiempo, con el fin de que si se llegare a ejercitar se haga en el término prefijado"

Entonces, dado que el plazo otorgado por el artículo 14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil es un plazo de caducidad, el mismo debe operar basándose en una duración definida, es decir debe existir una seguridad absoluta del momento en que inicia el cómputo del plazo y del fenecimiento del mismo, pues como indica el autor Guillermo Cabanellas "en la caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración" (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Argentina, Editorial Heliasta, 1994, Pág. 15), lo anterior en aras de crear una situación jurídica de certeza para ambas partes, que conocen de antemano el lapso en el cual pueden ejercer los derechos y facultades otorgados por la ley."

A lo expuesto solamente nos queda agregar lo señalado por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, cuando estudia el fundamento de la caducidad en su voto 2006-00397, al indicar que:

"La caducidad existe cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para el ejercicio de un derecho (cumplimiento de un acto cualquiera o ejercicio de la acción judicial), de modo que transcurrido el mismo, la persona interesada queda impedida para el cumplimiento del acto o el ejercicio de la acción. Al respecto, el Profesor Alberto G. Spota, en su libro Tratado de Derecho Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1968, Tomo I, Vol. III, Parte general, sostiene que el instituto de la caducidad "..no se refiere a la pérdida de un derecho como sanción a una conducta, ni como una consecuencia de una situación jurídica de incompatibilidad. No se trata ni de pena, ni de imposibilidad material o jurídica de ejercer el

derecho, sino de la extinción del derecho, sin que para ello cuente la intención de su titular o la imposibilidad de ejercer la prerrogativa jurídica. En otros términos: hay una conducta permitida legalmente, pero a la cual la ley le imputa una "consecuencia": la extinción del derecho, sea por no ejercerse en un plazo legal o convencional, sea por no cumplirse una "carga" impuesta por la ley o el contrato ... "

Reiteramos entonces, lo expuesto por el oficio DG-188-2007, en el sentido de que el plazo establecido por el artículo14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, es un plazo de caducidad, el cual tiene un momento de partida y de finalización claramente estipulado lo cual lo torna un plazo inflexible[17], inflexibilidad que garantiza que el proceso sea excepcional, pues permitir que el plazo sea suspendido o interrumpido, alongaría el tiempo que se tiene para poder reingresar, tornando la figura, como ya dijimos, en un trampolín de legalidad.

Quedando este punto claro, debe también señalarse que el plazo de caducidad del numeral 14, debe ser respetado tanto por el exfuncionario solicitante, como por la administración activa a la cual se le realiza la solicitud, es decir, el plazo de caducidad enunciado es un plazo común. Así, se puede decir que, es responsabilidad de la administración el corroborar con cuanto tiempo cuenta entre la presentación de la solicitud realizada por el exfuncionario, y la fecha de fenecimiento del plazo, pues solamente así podrá determinar la conveniencia de darle curso a la misma en los términos expuestos en el apartado anterior.

Por último, respecto al momento en el cual se considera que ha operado plena y válidamente la figura del reingreso, debe en primer lugar preguntarse ¿qué actuación indica la norma que debe realizarse dentro de la década siguiente? Según se desprende de su misma letra: *"podrá reingresar dentro de la década siguiente"* , por lo que se

[17] Debe indicarse que al encontrarnos frente a un plazo de caducidad no existe posibilidad de que el mismo sea interrumpido o suspendido por ningún motivo, por lo cual la presentación de una solicitud planteada anterior al fenecimiento del plazo (sea igualmente un día o un año antes) no logra detener el cómputo inicial del mismo.

puede colegir que los diez años son para que se realice de manera completa el nuevo ingreso del funcionario que solicita que se le aplique la norma en estudio.

Esta conclusión se justifica si vuelve a ver el fin mismo de la norma, el cual tal, y como se dijo al inicio de este estudio, es el crear un sistema excepcional de ingreso al Régimen de Méritos, es decir, parafraseando un poco la idea, con la figura señalada se busca ingresar nuevamente a este régimen de méritos a través de una excepción al sistema estatutario común.

Partiendo ahora de la afirmación realizada, debe hacerse otro cuestionamiento, a saber: ¿cuándo se puede decir que un funcionario ha ingresado al sistema estatutario nuevamente?.

Dado que el reingreso es otra forma de ingreso, debe aplicarse lo que al efecto señala el artículo 2 del Estatuto de Servicio Civil para este último, es decir, se tendrá por reingresado el funcionario que haya sido nombrado por acuerdo formal.

Entonces, fácilmente se colige que será hasta el momento en que el funcionario ingrese de nuevo al sistema de méritos, que la norma ha sido aplicada plenamente, de ahí que para el momento en que se cumplen los diez años en los cuales se hubiera podido aplicar la figura de reingreso, el funcionario no solo debe haber presentado su solicitud, sino que además ya debe haberse realizado el respectivo estudio por parte de la administración activa (el plazo de diez años como ya se dijo es común), e incluso, el mismo ya debe encontrarse nombrado en el puesto al cual solicitó se le aplicara el reingreso[18].

[18] Aunado a lo ya expuesto, respecto al plazo de caducidad, debe recordarse que la norma es clara al establecer que el reingreso debe haberse aplicado dentro de la década siguiente, es decir dentro de cualquiera de los diez años que la componen. Cualquier actuación que se realice fuera de ese plazo es considerada extemporánea y por ende, nula. Así, aun y cuando al cumplirse los diez años se hubiera tenido listo el informe técnico que aprueba el reingreso, de no haberse realizado el respectivo nombramiento, ya no cabe la posibilidad de aplicar el reingreso, por lo que se deberá acudir a los mecanismos comunes para el respectivo nombramiento en la plaza (concurso interno o externo).

De esta manera, con lo anteriormente expuesto, respondiendo a la pregunta por usted planteada respecto a que *¿cuál fecha se debe tomar como válida para corroborar el cumplimiento del reingreso en la década siguiente, la de la petición de la interesada o la de la emisión final del informe técnico?,* debemos indicar que ninguna de las dos.

Ahora bien, como punto final y sin entrar en el caso concreto, debe analizarse de manera sucinta, el eventual problema que puede existir entre los plazos de trámite y resolución de la solicitud de reingreso y el fenecimiento de los diez años legalmente estipulados.

Es por todos conocidos que la atención que se le dé a cualquier solicitud planteada ante la Administración por los ciudadanos (incluidas las solicitudes de reingreso), requiere de un plazo prudencial de “x” duración para ser contestada, pues es imposible pensar que exista una justicia administrativa “inmediata”, en la cual se den soluciones en plazos extremadamente cortos.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la tramitación misma de una solicitud implica la necesaria interposición de un procedimiento administrativo que guíe los actos de la administración en dirección a una justa y legal resolución de la gestión mediante la garantía y respeto de los derechos fundamentales de los solicitantes, la adecuada ponderación de elementos fácticos y jurídicos, así como el estudio del balance existente entre el interés del particular solicitante, y el interés público.

De ahí que sea un problema la atención de solicitudes presentadas a poco tiempo de finalizar un plazo de caducidad, pues no puede atarse a la administración a un plazo que le resulta imposible de cumplir. Cabe entonces preguntarse ¿qué puede ser considerado un plazo prudencial? La respuesta a esta cuestión no es fácil, pues dependerá de las circunstancias propias del caso en concreto, las cuales pueden afectar de manera sustancial el plazo que se tenga para resolver.

No obstante, si bien no puede darse una regla general, la Sala Constitucional ha señalado una serie de acotaciones que ayudan a determinar para el caso concreto qué es un plazo razonable y que es un plazo abusivo (todo lo que no es razonable es abusivo), indicó este órgano jurisdiccional que:

"La Administración, a la luz del artículo 41 constitucional, tiene la obligación de garantizarle a los administrados el cumplimiento de la justicia pronta y cumplida, sin denegación, lo que implica, en el ámbito de la justicia administrativa, su obligación de decidir con diligencia y celeridad los reclamos planteados por los administrados, de tal manera que su resolución sea congruente con los extremos alegados, así como de comunicarles a los interesados lo dispuesto, todo ello dentro de un plazo razonable. En este sentido, el carácter "razonable" de la duración de la actividad administrativa se determina casuísticamente con base en diversos elementos, tales como la complejidad técnica del asunto administrativo, la amplitud de la prueba por evacuar o el grado de afectación a la persona o al ambiente del acto impugnado, de lo cual se infiere que no existe un derecho estricto a la constitucionalización de los plazos, sino más bien un derecho a que se aplique el control de constitucionalidad sobre aquellas actuaciones de la Administración, en las cuales no existan motivos suficientes para justificar el tiempo demorado en la solución de algún tipo de gestión administrativa.

Es lógico y sensato que no puede haber una justicia administrativa inmediata, puesto que, la administración pública y sus órganos requieren de un plazo prudencial para tramitar de forma adecuada la respectiva petición y dictar la resolución administrativa más acertada y apegada a la verdad real de los hechos que constituyen el motivo del acto final. (...) Sin embargo, lo anterior no legitima jurídicamente a las administraciones públicas para que prolonguen indefinidamente el conocimiento y resolución de los asuntos que los administrados les han empeñado, puesto que, en tal supuesto los procedimientos se alargan patológicamente por causas

exclusivamente imputables a éstas, siendo que los administrados no tienen el deber o la obligación de tolerar tales atrasos y dilaciones indebidas." Voto 2004-14438

Entonces, atendiendo a lo expuesto, se puede afirmar que es deber de la administración el fijarse plazos que estén ajustados a la realidad fáctica y jurídica existente al momento de que se plantea la solicitud, sea esta de reingreso o de cualquier otra índole, tomando para ello en cuenta los elementos que el voto constitucional indicado expone, así como otros que considere importantes, tales como el volumen de trabajo y el personal que tengan para atender dicho volumen, pues sin duda la situación no es la misma en caso de que existan cinco solicitudes con cincuenta funcionarios para atenderlas, a cincuenta solicitudes con cinco funcionarios.

Así las cosas, como se dijo al exponer el primer punto de este estudio (reingreso como poder discrecional de la administración), debe la administración, en uso de su poder discrecional, determinar si cuenta con el plazo suficiente para darle trámite completo a la solicitud, o si por el contrario éste resulta escaso, lo cual deberá tomar en cuenta a la hora de determinar la voluntad administrativa de aceptar o no darle trámite a la solicitud y de aplicar o no la figura del reingreso.

Como cierre debe indicarse que, en caso de que la administración tenga suficiente plazo para resolver la gestión de reingreso y haya aceptado darle trámite a la misma (reflejando de alguna forma voluntad por parte de la administración a aplicar el reingreso, pues de no ser así bien podría haberlo denegado desde el principio, tal y como se indicó *supra*), no puede posteriormente la administración dilatar de forma injustificada su actuación, y atenerse a ello para denegar la aplicación de la norma.

Esto debido a que, en primer lugar, nadie (incluso la administración) esta facultado a sacar provecho de su propio dolo (en este caso el retraso injustificado), en segundo lugar porque si bien el

aceptar o no la aplicación del reingreso es potestad discrecional del Estado, esta discrecionalidad no puede rayar en la arbitrariedad, por lo que toda actuación que se haga debe estar fundamentada en hechos y normas legales vigentes (principio de legalidad), y por último porque si la administración decidió darle trámite completamente a la solicitud, se ha obligado a sí misma a contestar en plazos prudentes, toda actuación u omisión que desemboquen en un daño a los derechos o intereses del solicitante pueden, eventualmente, traducirse en responsabilidad administrativa, tal y como indicó la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia al señalar:

" En la actualidad es pacíficamente aceptado que la conducta administrativa abarca no solo el comportamiento activo de la Administración (y dentro de él, el acto administrativo) sino además, la conducta omisiva, ese "no hacer" que se ha dado en llamar inactividad de la Administración , tanto en su vertiente formal (en la medida en que se revierte en un acto presunto por silencio administrativo) como material (referida básicamente al ámbito prestacional de la organización administrativa). De esta manera, ha de entenderse la inactividad material administrativa como aquella derivada de la omisión en el cumplimiento de una obligación jurídica preestablecida, que se produce cuando, fuera de un procedimiento administrativo, la Administración incumple, por omisión, una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico o por cualquier otro mecanismo de autovinculación (como es el caso de un acto propio o de los instrumentos consensuales), con lesión directa de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, ya sea que altere o no una relación jurídico-administrativa preexistente. Más simple, ***hay inactividad de este tipo cuando existiendo para el ente u órgano público una obligación de dar o hacer impuesta por el ordenamiento jurídico o por una previa decisión suya, fuera de un procedimiento administrativo, no se despliega la debida actividad fáctica o jurídica que lleve a buen término la función otorgada, con detrimento de los derechos o intereses de uno o varios sujetos pasivos, ya sean privados o públicos, individuales o colectivos*** *. Se trata de esa "culpa in ommittendo" en la que se incumple por inacción el deber funcional de*

actuar. De más está decir, que la indolencia administrativa puede producir (y de hecho produce) más graves lesiones que la propia actuación limitativa del órgano o ente público. Voto 211-F-2005

Por lo anteriormente expuesto, concluye esta Asesoría Jurídica:

1. Que el espíritu mismo del artículo 14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil es crear un sistema excepcional de ingreso al régimen de meritos, aplicable dentro de un determinado plazo, previo cumplimiento de requisitos, y siempre y cuando la voluntad de la administración así lo permita;

2. Que la aplicación de la figura del reingreso es una potestad discrecional de la Administración, y no un derecho del exfuncionario, discrecionalidad que se refleja durante todo el proceso que implica el reingreso, por lo que la Administración puede, siempre y cuando lo justifique, rechazar la gestión (no así la solicitud), desde la presentación de la misma;

3. Que dado que el artículo 14 citado, crea un régimen excepcional de ingreso al sistema de méritos, su plazo decenal es un plazo de caducidad, pues de lo contrario la posibilidad de reingresar se alongaría más allá de lo estipulado por la norma. Este plazo es común, por lo que debe ser atendido tanto por la administración como por el administrado;
4. Que el plazo de diez años otorgado por la norma, es para que se dé el reingreso efectivo del funcionario, no para la presentación de la solicitud o la elaboración del informe técnico, por lo que para el momento en que se cumplen los diez años en los cuales se hubiera podido aplicar la figura de reingreso, el funcionario debe encontrarse nombrado en propiedad (de esto solamente puede estar excluido el período de prueba al cual se sujetará el nombramiento);

5. Que corresponderá a la administración activa el determinar si el plazo con el que cuenta antes de que finalice el plazo decenal es

suficiente para llenar todas las formalidades procésales que implica el realizar el reingreso. De no ser así podrá denegar justificadamente el trámite en virtud del poder discrecional que en esta materia posee;

6. *Que en caso de que posea el tiempo suficiente, y así lo reconozca a la hora de aceptar darle trámite completo a la solicitud planteada, no podrá posteriormente justificar su rechazo en el fenecimiento del plazo, si dicho fenecimiento se dio por una dilación injustificada de su parte;*

7. Que de suceder una actuación como la indicada, existirá responsabilidad por parte de la administración para con el solicitante afectado, responsabilidad que no nace del derecho a la aplicación del reingreso (como ya se dijo no es derecho del exfuncionario) sino del daño que causó el retraso injustificado).

Se emite así el criterio solicitado en los términos expuestos

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Cc. Lic. Rafael Bejarano Naranjo
Director Área de Reclutamiento y Selección de Recursos Humanos - DGSC
Licda. Sandra Quirós Álvarez
Directora Área de Gestión de Recursos Humanos - DGSC
Licda. María Lucrecia Siles Salazar

Coordinadora Recursos Humanos – DGSC

AJ-664-2007
07 de diciembre del 2007

Licenciado
Róger Umaña Chacón
Coordinador
Oficina de Servicio Civil SINAC
S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio OSC-S-991-2007 de fecha 28 de noviembre del 2007, mediante el cual se consulta lo siguiente:

> "1.- A manera de promoción de carrera administrativa (dado que no es factible la realización de un ascenso del puesto que ocupa en el Fondo de Parques Nacionales hacia una plaza en Presupuesto Ordinario), la administración ha otorgado a funcionarios ocupantes de puestos de este Fondo especial la posibilidad de que mediante la figura de permisos sin goce de salario en los puestos que en la actualidad operan bajo el ámbito de la Autoridad Presupuestaria, pasen a ocupar puestos interinos del régimen (sic) de Servicio Civil."
>
> "2.- Con la instrucción emitida por la Secretaría Técnica de Autoridad Presupuestaria, debemos proceder con la Asignación al Régimen de Servicio Civil de esos 176 puestos. ¿Procede la valoración de idoneidad de un servidor que regrese a la plaza del Fondo de Parques Nacionales y se encuentre nombrado en ella al momento del estudio, después de haber estado ocupando interinamente otro puesto dentro del Régimen de Servicio Civil (Presupuesto Ordinario)? ¿Es

reconocido ese tiempo laborado (pagado por dos fuentes de financiamiento diferentes, con fondos del Estado) como los dos o más años ininterrumpidos de prestar sus servicios para el estado que señala el artículo 11 citado, considerando el hecho de que siempre fue el Ministerio del Ambiente y Energía el patrono? (véase Sentencia No. 433-90 de las 15:30 horas del 27 de abril de 1990).”

“3.- Si la administración decide nombrar en un puesto del Fondo de Parques Nacionales que quede vacante por pensión en estos meses (antes de la presentación del informe de solicitud de asignación de puestos) a un funcionario que ha laborado en forma interina en Presupuesto Ordinario (por más de 2 años ininterrumpidos), ¿al efectuar el estudio de idoneidad correspondiente se valoraría esa experiencia y el tiempo laborado dentro de la Administración Pública para que pueda ese funcionario optar por la propiedad en el puesto que está en estudio?”

“4.- El período de servicio ininterrumpido al Estado que señala el Artículo 11 del RESC ¿Puede darse por cumplido en el caso de un funcionario que disfrutó de un Permiso sin Goce de Salario para atender asuntos personales, pero antes de irse de permiso ya tenía los dos años o más de laborar para el Estado y que actualmente volvió a ocupar su puesto correspondiente en el Fondo de Parques Nacionales?”

“5.- ¿Debe indemnizarse a los ocupantes actuales de puestos del Fondo de Parques Nacionales; cuya asignación dentro del Régimen de Servicio Civil, resulte inferior a la que ha venido ocupante (sic) en el puesto bajo las condiciones actuales, porque no reúne los requisitos para mantenerle al menos la calificación que tiene fuera del Régimen (Fondo de Parques)?”

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

En vista de que son varias las interrogantes, para efectos de su mejor compresión, las vamos a responder en forma separada, en el mismo orden en el cual fueron planteadas.

1.- Para precisar lo que debe entenderse por el desarrollo de la Carrera Administrativa de los servidores públicos, resulta de relevancia la definición contenida en el Dictamen C-005-2000 de fecha 24 de enero del 2000 emitido por la Procuraduría General de la República, que señaló:

> *"... III. CONCEPTO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA:*
> *En nuestro medio, este concepto tiene su origen en los numerales 191 y 192 de la Carta Política, a través de los cuales, deriva una serie de garantías y beneficios a la persona que ingresa al empleo público, concurriendo para esos efectos, el principio de la idoneidad comprobada que es el que le otorga la estabilidad del cargo. A partir de este momento, el funcionario se introduce a la potencialidad de oportunidades administrativas, como lo podrían ser, el accesar a un ascenso de puesto, o bien, a la dación de reconocimientos económicos-sociales. Ello, en la medida en que vaya adquiriendo, fundamentalmente, experiencia, capacitación y profesionalización en la función pública y así,*

por supuesto, lo ofrezca el ordenamiento jurídico a que se encuentra sujeto.

En este aspecto, la calificada doctrina ha entendido que "La carrera se concibe más bien (al menos en teoría) desde una perspectiva funcional, como un conjunto de oportunidades de ascenso y movilidad que la ley ofrece a los funcionarios (y otros empleados) en el seno mismo del empleo público. Al establecer las normas que regulan la carrera, lo que se pretende es, por un lado, facilitar la autorrealización profesional (aspectos retributivos incluidos) y por estimular el perfeccionamiento del funcionario. El objetivo último es asegurar que la Administración pueda contar con el personal capacitado que necesita. Pero también se trata de garantizar al funcionario unas reglas de juego que le permitan prever sus posibilidades de mejora profesional y económica y una cierta seguridad en los niveles de responsabilidad y retributivos que sucesivamente vaya alcanzando. De esta manera puede hacerse atractivo tanto el ingreso como la permanencia en la función pública, mientras que se recompensa al funcionario por su esfuerzo de promoción. Éstos son, desde una perspectiva moderna, los objetivos de la carrera. Pero que se alcancen o no depende, entre otras cosas, del esquema de carrera que la legislación disponga, de la claridad y objetividad de las reglas y de las posibilidades reales de ascender en virtud de la capacidad y el esfuerzo individual."(5)

NOTA (5): SÁNCHEZ MORÓN, Miguel "Derecho de la Función Pública" Editorial Tecnos, S.A. 1996, Madrid, p.139.

..."

Considerando el concepto expuesto de Carrera Administrativa, se puede afirmar que la misma se desarrolla a partir de la demostración de idoneidad y correspondiente ingreso al Régimen de Servicio Civil, pero resulta inexacta su aplicación en el caso de servidores interinos o

de servidores excluidos del Régimen, ya que por definición, aún no estarían dentro del desarrollo del concepto.

2.- Para analizar el ingreso al Régimen de Servicio Civil por aplicación del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, resulta ilustrativo traer a colación el criterio emitido por esta Asesoría Jurídica mediante el oficio número AJ-587-2007 de fecha 23 de octubre de 2007, que señaló:

> "*Sobre el tema de su consulta, debemos indicarle que esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en varias oportunidades, entre estas véase el oficio AJ-252-2000, de fecha 18 de julio del 2000, en cual se dijo en aquella oportunidad, con ocasión, del análisis del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil:*
>
> > *"Se desprende del artículo transcrito que el mismo contempla la posibilidad de que un servidor interino pueda adquirir la calidad de servidor regular, para lo cual establece dos fórmulas para lograrlo, una primera referida a la primera parte del párrafo primero, que es cuando un puesto que está fuera del Régimen de Servicio Civil y pasa a éste siempre que demuestre idoneidad, es decir que se someta a las pruebas que la Dirección General de Servicio Civil establezca,* ***y que además cuente con dos años de prestar servicios al Estado en forma ininterrumpida; de forma que si gana tales pruebas y tiene dos años de servicio ininterrumpidos de laborar para el Estado****, se estaría cumpliendo con este primer requisito lo que hace que pueda adquirir la condición de servidor en propiedad, por supuesto además de que reúna los requisitos exigidos." (El subrayado no pertenece al original)*

> Como puede verse, del análisis que se venía haciendo en el oficio arriba citado, se llegó a la atinada conclusión, de que el requisito de prestar los servicios, debe ser al menos de dos años, y que estos hayan sido prestados al Estado en forma ininterrumpida, lo cual nos lleva inmediatamente a pensar, que como la norma no establece ni hace la distinción, de si debe haberse brindado los servicios en un mismo puesto o en otros puestos, debemos aplicar la máxima del derecho, que establece, que no resulta lícito distinguir donde la norma no lo hace, por lo tanto debe entenderse que la prestación de los servicios, perfectamente pudo haber sido en el mismo puesto o en otros, siendo para tales casos lo importante, que ésta haya sido de dos años y de forma ininterrumpida en el Estado.*"*

Véase que según el artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, como se indicó en el oficio AJ-587-2007 supratranscrito, lo importante es la condición de prestación continua de los servicios por el plazo mínimo de dos años para el Estado y no la cantidad de puestos donde se prestaron esos servicios. Habría que agregar también, que la norma tampoco distingue sobre la ubicación presupuestaria de los puestos en los que se haya prestado servicios y además, la valoración de idoneidad debe hacerse en el puesto en el cual se encuentra prestando servicios en ese momento, porque desde ese puesto es desde donde se va a ingresar al Régimen de Servicio Civil.

3) Aunque esta interrogante se encuentra implícitamente contestada en la exposición anterior, el haber prestado servicios con anterioridad o no, en uno de los puestos desde los cuales se va a ingresar al Régimen de Servicio Civil, no es una distinción ni un requisito que se encuentren contenidos en la norma. De tal forma que se reitera que para el ingreso al Régimen por Servicio Civil por aplicación del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, lo importante es la condición de prestación continua de los servicios por el plazo mínimo de dos años para el Estado y no los puestos donde se prestaron esos

servicios. En otras palabras, si alguno de los puestos que van a ser asignados al Régimen de Servicio Civil se encontrare vacante, por las razones que fueren, bien se podría aplicar el artículo 11 supracitado, siempre y cuando el puesto fuere ocupado antes de su asignación al Régimen de Servicio Civil y se reúnan los requisitos exigidos.

4) Para responder a esta interrogante, es conveniente transcribir el texto del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que en lo que interesa, señala:

> ***Artículo 11.-*** *Cuando un puesto excluido del Régimen de Servicio Civil, pasare al sistema de méritos que regulan el Estatuto y el presente Reglamento, el servidor que lo estuviera desempeñando podrá adquirir la condición de servidor regular, si a juicio de la Dirección General ha demostrado o demuestra su idoneidad por los procedimientos que esa Dirección General señale,* ***y siempre que tuviera más de dos años de prestar sus servicios ininterrumpidos al Estado****. La misma norma se aplicará al servidor sustituto interino, con dos o más años de laborar ininterrumpidamente en el mismo puesto, si éste quedare vacante al vencer la licencia otorgada al titular de la plaza, y siempre que el servidor sustituto, hubiere sido escogido del Registro de Elegibles que lleva la Dirección General.*
> (el subrayado y resaltado no son del original)

De la simple lectura de la norma, se concluye que no basta estar nombrado en el puesto, pues resulta indispensable la prestación de servicios, situación que no tiene lugar en las licencias sin goce de salario, sin importar las causas por las cuales hubieren sido concedidas. Adicionalmente, esa prestación de servicios debe ser ininterrumpida, de forma tal que si por alguna causa se interrumpió dicha prestación, el plazo señalado comienza a contabilizarse a partir de la fecha de inicio de la prestación de servicios. Sobre este tema, no debe confundirse la relación de servicios con la prestación de servicios, pues ante casos de licencias, la relación de servicios no se

elimina ni desaparece, pero se suspende la prestación de servicios. Además, la norma establece la necesaria prestación de servicios y no se refiere a la relación de servicios, lo cual resulta lógico, porque para la demostración de idoneidad, lo que importa es esa prestación. Recuérdese que el estudio de un puesto se hace en un tiempo y espacio específicos, por lo cual, es en ese momento histórico donde se debe realizar la valoración correspondiente.

5.- Sobre la última interrogante, nos permitimos indicarle que nuestra competencia para evacuar consultas la establece el artículo 13 inciso g) del Estatuto de Servicio Civil, señalando que se contestarán las consultas que se formulen relacionadas con la administración del personal y la aplicación de esta ley.

Siendo esto así, no tenemos competencia jurídica para emitir criterio sobre puesto excluidos del Régimen de Servicio Civil, como los del Fondo de Parques Nacionales, además de que la materia específica consultada, no encuentra fundamento dentro del mencionado cuerpo jurídico.

No obstante lo anterior, para su información, transcribimos algunas normas estatutarias y antecedentes jurisprudenciales que eventualmente puedan ser aplicables en la materia específica y dar respuesta por sí solas a su consulta.

El inciso f) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil, Ley. No. 1581 del 30 de mayo de 1953, señala:

> *“ Artículo 37.- Los servidores del Poder Ejecutivo protegidos por esta ley gozarán de los siguientes derechos:*
> *...*
> *f) Si cesaren en sus funciones por supresión del empleo, tendrán derecho a una indemnización de un mes por cada año o fracción de seis o más meses de servicios prestados. (**Tal indemnización se satisfará por mensualidades consecutivas, del monto del sueldo devengado, a partir***

***de la supresión del empleo y hasta completar el límite del derecho respectivo**)*. Es entendido que si en razón del derecho preferente que concede el artículo 47, en su penúltimo párrafo, el empleado cesante volviere a ocupar un puesto en la administración, antes de haber recibido la totalidad de las mensualidades a que tenga derecho por concepto de indemnización de despido, cesará de inmediato el pago de las mismas. En caso de nuevo despido por supresión de empleo, para determinar la indemnización a que tenga derecho, se sumará, al tiempo servido en el nuevo cargo, el monto de las mensualidades no pagadas y con causa en el primer despido por supresión de empleo de que hubiere sido objeto. Para el pago de las mensualidades a que se refiere este inciso, se usarán los fondos del Presupuesto Ordinario que corresponden a la plaza suprimida, y para tal fin se mantendrá la partida hasta que se cancele totalmente la obligación".*

(Inciso así reformado por el artículo 1º de la ley Nº 4906 de 29 de noviembre de 1971, reforma que a su vez fue INTERPRETADA AUTÉNTICAMENTE por la ley N 5173 de 10 de mayo de 1992, artículo 1º, en el sentido de que "los trabajadores que se acojan -aún voluntariamente- a jubilación, pensión de vejez, muerte o de retiro, concedidas por la Caja Costarricense de Seguro Social o por los diversos sistemas de pensiones de los Poderes del Estado, por el Tribunal Supremo de Elecciones, por las Instituciones Autónomas, semiautónomas, y las municipales, tienen derecho a que el patrono les pague el auxilio de cesantía.")

(* Texto eliminado por Resolución de la Sala Constitucional No. 8232-00 de las 15:04 horas del 19 de setiembre de 2000).

De interés sobre ese aspecto, conviene transcribir los Considerandos VII y VIII de la Resolución de la Sala Constitucional número 8232-2000

de las quince horas cuatro minutos del diecinueve de setiembre de dos mil, que señalan:

> ***VII.-*** *La indemnización en estudio, de un mes de salario –el último devengado- por cada año de servicio, resulta más favorable que la contemplada en el artículo 29 del Código de Trabajo, ya que toma en cuenta todos los años laborados. Tal diferencia se justifica, a juicio de la Sala, porque quienes se encuentran en una relación de empleo público, gozan de la garantía de estabilidad contemplada en el numeral 192 de la Constitución, a diferencia del resto de los trabajadores. Además, porque la supresión del cargo obedece a un supuesto de excepción, como la reducción forzosa de servicios. Ahora bien, se esgrimen a favor de la constitucionalidad del pago de la indemnización por mensualidades dos argumentos fundamentales: que el pago diferido establecido en el artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil resulta razonable porque la indemnización tiene una doble naturaleza, la de la típica indemnización por daños y la de seguro de desocupación. Sin embargo, los escasos antecedentes legislativos de la norma en estudio –expediente relativo a la promulgación del Estatuto de Servicio Civil, Ley número 1581 de 30 de mayo de 1953 y el expediente legislativo número 4722, de la Ley Número 4906 de 29 de noviembre de 1971-, que se comentaron en cuanto a la naturaleza de la indemnización contemplada en el artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil, no revelan que el legislador pretendiera que operase como seguro de desocupación. La Sala estima que la indemnización en estudio se inspira directamente en el artículo 63 de la Constitución Política, que expresamente excluye del pago de la indemnización por despido incausado a los trabajadores que se encuentren cubiertos por el seguro de desocupación, sistema que no ha sido instaurado en Costa Rica. De ahí que esta Sala considere que, la naturaleza de la suma de dinero que se ordena pagar al servidor de acuerdo a las reglas del*

artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil, es de carácter resarcitorio por el daño que el Estado le causa al servidor por privarle de su medio de subsistencia.

VIII.- *Descartada la hipótesis de que se pretendió que el sistema operara como un seguro de desocupación, cabe analizar el otro argumento a favor de la constitucionalidad de que se pague la indemnización en forma diferida: la carga económica que constituye para el Estado pagarla, dado que, por tomar en cuenta todos los años de servicio del trabajador para el cálculo de la indemnización, el Estado debe desembolsar grandes sumas de dinero, lo que resulta una carga pesada para el erario público. El hecho de que la indemnización contemplada en el artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil sea más favorable que la establecida en el Código de Trabajo, obedece, como ya se adelantó, a que sus destinatarios, que tienen derecho a la estabilidad en el empleo, son cesados por decisión unilateral de la administración, debido a la necesidad pública de reorganizar el servicio o por falta de fondos. A juicio de este Tribunal, atenuar la carga económica para la administración no es un motivo constitucionalmente legítimo para justificar que se pague a estos servidores la indemnización en forma diferida. El monto que le corresponde al servidor de acuerdo al Estatuto de Servicio Civil es un derecho suyo, parte de su patrimonio, cobijado constitucionalmente por el artículo 63 de la Constitución Política. Obedece a que es privado de su empleo por razones excepcionales que la ley autoriza, pese a que pertenece a un régimen que asegura la estabilidad en el empleo. Por ello, el Estado debe indemnizar la supresión del cargo a partir del momento en que el servidor debe dejarlo, por lo que a juicio de la Sala el hecho de que se le prive de su fuente de trabajo sin el pago completo de la indemnización, constituye una afectación a su patrimonio que lesiona el numeral 45 de la Constitución Política. Es intrascendente el*

destino que el servidor de a esos recursos, pues como parte de su peculio, puede disponer de ellos como a bien lo tenga.

Se concluye que la indemnización a que se refiere el inciso f) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil, debe ajustarse a las reglas del artículo 29 del Código de Trabajo, salvo en cuanto al plazo máximo, que podría ser más amplio que el indicado por ese numeral 29, si el servidor tuviere más de ocho años de prestar servicios.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-674-2007
12 de diciembre de 2007

Licenciada
Marta Emelina Gamboa Mora
Coordinadora
Oficina de Servicio Civil- Salud

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio OSC-MS-1121-2007 de fecha 5 de diciembre del 2007, en el cual se solicita referirnos a la condición legal como empleados públicos que poseen los servidores del Fondo Nacional de Becas (FONABE), más específicamente respecto a la fecha a partir de la cual los mismos son considerados empleados públicos, y sus puestos son considerados como puestos públicos.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Ahora bien, entrando en materia, debe hacerse saber que el tema sobre el cual hoy se nos consulta, ya ha sido analizado por la Procuraduría General de la República en varias ocasiones, de entre las cuales sobresale el Dictamen C-111-2007 de fecha 11 de abril de 2007, en el cual dicho órgano estudió el mecanismo legal aplicable a los entonces funcionarios del Fideicomiso que se encargaban de las operaciones del FONABE (Fideicomiso 478 FONABE–BNCR), para ser trasladados al régimen de meritos. Dicho dictamen indicó en lo conducente que:

"… Sobre el tema, cabe indicar que si bien el artículo 10 de la Ley de Creación del FONABE autorizó la suscripción de un fideicomiso con uno de los bancos comerciales del Estado para la administración de sus recursos financieros, esa autorización no suponía la posibilidad de que el personal del FONABE, encargado de realizar funciones públicas, fuese contratado por dicho fideicomiso bajo un régimen de empleo privado, como ocurrió en la práctica (…)

Además, por medio del addendum al contrato de fideicomiso se pretende realizar una transferencia de competencias por esa vía del FONABE al Fideicomiso, lo cual está al margen del ordenamiento jurídico, por cuanto los diferentes órganos del Estado, así como la administración descentralizada, las municipalidades y otros entes de derecho público, son creados para asumir las tareas que el régimen constitucional y las leyes ordinarias les asignan y las competencias otorgadas, así como las potestades de imperio y su ejercicio, son intransmisibles e irrenunciables (artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública).

Como consecuencia de dicho actuar, se determinó que se ha incurrido en acciones y decisiones que riñen con el ordenamiento jurídico especialmente, en materia de contratación de recursos humanos y de bienes y servicios (…) Con el propósito de normalizar la

situación de contratación de personal del FONABE, que se ha establecido como una relación laboral privada siendo lo procedente una relación de empleo público, es necesario que se realicen las gestiones correspondientes para la obtención de las plazas requeridas. Debe esa Junta Directiva establecer la estrategia a seguir a fin de que se supriman los contratos privados de trabajo establecidos con funcionarios que realizan labores propias de la institución pública (…)

Es claro entonces que lo que ocurrió en este caso fue que las funciones públicas encomendadas al FONABE, que debían ser ejercidas por funcionarios públicos, regidos por una relación de empleo público, fueron ejercidas por personas contratadas bajo un régimen de empleo privado.

Ahora bien, concretamente, en lo que se refiere al régimen al cual deben estar sometidos los servidores del FONABE, cabe indicar que por tratarse de un órgano que forma parte de la Administración Central, dichos servidores deben pertenecer al Régimen de Servicio Civil. No existe razón alguna para afirmar que ese grupo de servidores están excluidos del citado Régimen, pues esa exclusión solo es posible cuando una norma de rango legal, como mínimo, así lo disponga, lo cual no ocurre en este caso. Por el contrario, los artículos 3, 4 y 5 del Estatuto de Servicio Civil señalan los puestos que deben considerarse excluidos del Régimen, puestos dentro de los cuales no se mencionan los que ocupa la generalidad de los funcionarios del FONABE, salvo aquellos que se refieren al ejercicio de una función específica, como es el caso de su director y del auditor interno (…)

En cuanto al procedimiento para el ingreso de ese personal al Régimen de Servicio Civil, debemos señalar que a nuestro juicio, el mecanismo para ello es el dispuesto en el artículo 11 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, norma que se relaciona con el artículo 105 del mismo Reglamento (…)

Ciertamente, podría pensarse que la norma recién transcrita no es aplicable a la situación en estudio, pues no se trata del traslado al Régimen de Servicio Civil de "un puesto" ya creado en el sector público, sino del traslado de uno creado por un fideicomiso. Al respecto, considera esta Procuraduría que el alcance del término "puesto" es muy amplio. En el texto original del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil se definía puesto como "… todo empleo, cargo o destino que requiera el trabajo permanente de una persona" (artículo 3 inciso i). Partiendo de la amplitud del término, no podría negarse que quienes prestan sus servicios al FONABE de manera permanente, ejerciendo funciones públicas, cuentan con un "puesto", que es precisamente el que debe ser incorporado al Régimen.

De igual forma, si se definiera el puesto –en los términos en que lo hizo en su momento el artículo 24 del decreto n.° 22493 de 2 de setiembre de 1993– como el "… conjunto de deberes y responsabilidades asignadas por una autoridad competente para que sean atendidos por un funcionario durante la totalidad o una parte de la jornada de trabajo" o como "Todo empleo, cargo o destino que requiera el trabajo permanente de una persona", igualmente habría que concluir que quienes han venido ejerciendo de manera permanente funciones públicas, encomendadas legalmente a un órgano público como lo es el FONABE, sí ostentan un puesto que debe ser incorporado al Régimen de Servicio Civil.

En todo caso, es evidente que lo ocurrido con el personal del FONABE constituye una situación excepcional, a la que es preciso darle una solución igualmente excepcional. Por ello, aun cuando la figura prevista en el artículo 11 del reglamento al Estatuto de Servicio Civil no hubiese sido concebida específicamente para estos casos, consideramos que es la que mejor se adapta a la situación excepcional que se analiza, sin causar perjuicio excesivo a las personas que han venido ejecutando funciones públicas. (…)

Cabe indicar que si bien para aplicar el artículo 11 del Reglamento al Estatuto se requiere que la persona interesada haya

prestado servicios ininterrumpidos "al Estado" por dos años, es lo cierto que quienes han trabajado para el FONABE, aunque hubiesen sido contratados por el fideicomiso, han prestado –desde un punto de vista objetivo– sus servicios al Estado, pues han ejecutado labores públicas encomendadas por ley al FONABE." Los destacados son suplidos.

Como puede verse, el órgano consultor estatal estableció claramente que, en razón de que las funciones que ejercían los servidores del Fideicomiso 478 FONABE–BNCR, eran funciones públicas, los mismos debía ser considerados como empleados públicos desde el momento en que hayan ingresado a laborar para el fideicomiso citado, razón por la cual debe entenderse ese momento como el punto a partir del cual pueden ser considerados empleados públicos (en general, no así empleados pertenecientes al Régimen de Servicio Civil).

Respecto a cuándo es que se pueden considerar sus puestos como puestos públicos, debe también atenerse a lo *supra* indicado por la Procuraduría General, en el tanto, si bien en principio no puede considerarse que los "puestos" existentes en el fideicomiso citado fueran públicos, pues nacieron en el seno de una relación laboral privada, el término "puesto" es muy amplio, y debido a lo excepcional de la situación presente en el caso de marras, debe considerarse que los "puestos" pertenecientes al fideicomiso de FONABE han sido puestos públicos desde el momento en que fueron creados.

Así las cosas, corresponderá a la administración activa realizar los estudios pertinentes que permitan determinar claramente el momento a partir del cual, cada uno de los funcionarios ingresó a laborar al fideicomiso de repetida cita, pues de esa determinación dependerá la fijación del momento a partir del cual dichos servidores ocupan puestos públicos y, por ende, se pueden calificar como empleados públicos.

En virtud de lo expuesto, y dado que según el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Ley Nº 6815 del 27 de Septiembre de 1982), los pronunciamientos vertidos por dicho órgano constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública, estése la consultante a lo resuelto en el Dictamen C-111-2007.

Por último, cabe mencionar que, en caso de que persista alguna duda o desacuerdo con lo estipulado en el pronunciamiento de repetida cita, deberá solicitarse nuevo criterio o reconsideración a la misma Procuraduría a través de las máximas autoridades del FONABE.

Se evacua así la consulta planteada.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-434-2007
27 de Julio de 2007

Señor
Gerardo Sánchez Gómez
gsanchez01@cpcecr.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a la consulta que planteara al señor Luis Gutiérrez Cortés vía correo electrónico, el cual dirigió la misma hacia esta Área el día 18 de Julio del presente año, respecto a la posibilidad de que un funcionario nombrado en alguna Institución del Régimen de Servicio Civil, se acoja a la licencia que al efecto señala el artículo 24 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, para que, en caso de ser seleccionado de una terna en otra Institución, pueda cumplir el periodo de prueba en esta sin perder la plaza en aquella.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta

será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Ahora bien, entrando propiamente en la consulta ha de señalarse que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, el numeral 24 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, regula la facultad que tiene la administración para conceder licencia al servidor que se encuentre en período de prueba en los casos de ascensos o traslados, al respecto señala el citado numeral que:

"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."* (El subrayado es propio)

Nótese que la norma citada señala, de manera categórica, que la licencia en período de prueba es una potestad administrativa, que se ejecutará cuando exista un fin público que así lo justifique, excluyéndose de esta manera la idea de que dicha licencia constituya un derecho de disfrute para el servidor, razón por la cual es errado el pensar que el funcionario que se encuentre en una situación como la representada en la norma se pueda "acoger" a dicho artículo.

Cabe agregar que la Administración tendrá la potestad de cesar libremente durante el período de prueba, al funcionario ascendido o trasladado, quien podrá regresar al puesto que ocupaba anteriormente, por gozar de licencia en el mismo durante el mencionado período de prueba. Sin embargo, si posterior al movimiento y dentro del periodo de prueba el funcionario quisiera regresar a su plaza original, no podría hacerlo alegando que esta con licencia de la otra dependencia, por cuanto la razón de ser de dicho instituto es garantizar mejor el servicio público, no darle al funcionario la oportunidad de probar suerte en diferentes órganos de la Administración Pública.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-531-07
05 de setiembre de 2007

Licenciada
Miriam Mora Méndez
Jefa de Recursos Humanos
Procuraduría General de la República

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a la consulta que ha sido trasladada a nuestro despacho, por intermedio del señor José Joaquín Arguedas Herrera, Director General de esta Institución, la cual está relacionada con el artículo 24 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y sobre el particular manifestamos nuestro criterio de la siguiente manera:

I- Sobre la aplicación del artículo 24 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

En reiterados pronunciamientos esta Asesoría Jurídica ha dejado claro en cuanto a la aplicación del período de prueba de conformidad con el artículo 24 del Reglamento ibid, que éste podrá ser aplicado en el caso

de ascensos o traslados, y que mientras el funcionario esté bajo esa condición, gozará de licencia en su puesto original; así mismo que el regreso del funcionario a su plaza de origen, solo podrá darse en virtud de que aquel, no logre superar el período de prueba al que estuviere sujeto. Véase entre otros los oficios de esta Asesoría Jurídica números AJ-737-2003 de fecha del 03 de setiembre del 2003, AJ-1043-2003 del 01 de diciembre del 2003, AJ-375-2003 del 12 de junio del 2006, y más recientemente el AJ-434-2007 del 27 de julio de 2007.

II- Sobre la situación particular de un funcionario que fue ascendido y se encuentra sujeto al período de prueba.

El asunto se resuelve por medio de una integración del ordenamiento jurídico, pues como se indicó el funcionario al cual se le aplica un movimiento de personal en su plaza en propiedad, goza de una licencia temporal en su puesto original, es decir mientras no supere el período de prueba en el puesto al que fue ascendido o traslado, continuará siendo el titular de su puesto original o en propiedad.

Ahora bien, ciertamente el funcionario que fue ascendido o trasladado a otro puesto, no puede gozar de una licencia en su nuevo puesto, pues como se indicó, no adquiere la propiedad en dicho puesto, hasta tanto no logre superar el período de prueba, es por ello que efectivamente de requerir una licencia sin goce de salario, tendría que otorgarla el jerarca del funcionario del puesto en donde ostenta la condición de servidor en propiedad, pues es conocido que para ser sujeto de protección del Estatuto de Servicio Civil y por ende poder disfrutar de una licencia, debe haberse superado el período de prueba. Véase en particular lo dispuesto en el artículo 30 del Estatuto de Servicio Civil el cual señala al efecto:

> *"Artículo 30.- 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 no pertenece el original)***

Valga agregar en los términos que establece el artículo ibid, que el período de prueba es aplicable hasta por tres meses, lo cual quiere decir, que un servidor sujeto a este tipo de período puede ser evaluado antes de que concluyan esos meses, puesta la norma utiliza el vocablo "hasta", dependiendo del criterio del encargado de realizar la evaluación del período de prueba, en cuyo caso de superarlo lograría la propiedad en el nuevo puesto, de lo contrario, y en el supuesto de que no lo supere, la Administración tendría la posibilidad de devolverlo a su puesto original, pues efectivamente gozaba de licencia temporal.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-401-2007
02 de julio de 2007

Licenciada
María Eugenia Barquero Paniagua
Auditora Interna
Ministerio de Gobernación y Policía

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a oficio AI-0596-2007 de fecha 21 de Junio de 2007, por medio del cual se hace referencia al oficio AJ-280-2007 emitido por esta Asesoría Jurídica, para efectos de que se aclare, si el artículo 112 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, permite movimientos de personal en la figura del traslado únicamente o, si es posible aplicarlo también a las reubicaciones.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta

será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Tal y como se indicó en el oficio citado por la consultante, respecto al traslado y la reubicación, *"Si bien ambas figuras distan conceptualmente una de la otra, las dos tienen como resultado el modificar la ubicación del funcionario ya sea en otro puesto (caso del traslado) o en otro programa presupuestario (caso de reubicación)."*

Siguiendo esta línea de pensamiento es que, se debe entender que a pesar que ambas figuras son similares, no son iguales, siendo que cada una tienen una serie de efectos jurídicos que difieren uno del otro.

De esta manera cabe señalar lo dispuesto por el artículo 112 de marras que dice en lo que interesa:

"Los servidores cubiertos por el Régimen de Servicio Civil podrán ser trasladados con carácter transitorio a desempeñar otros cargos como consecuencia de las siguientes situaciones (...)"

Nótese que la norma es muy clara en señalar que las reglas contendidas en ella son de aplicación para los traslados, sin que indique de manera alguna que puede ser extensiva a las reubicaciones. En este sentido, no cabe posibilidad de realizar interpretaciones abiertas que creen situaciones no estipuladas por la norma, pues debe prevalecer el aforismo jurídico que señala que "no cabe distinguir donde la norma no distingue".

En conclusión, el artículo 112 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, para los efectos de posibles reasignaciones temporales, puede ser utilizado únicamente en los casos en que se den traslados que nazcan, en virtud del acaecimiento de alguna de las causales que la misma norma establece.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-403-2007
03 de julio del 2007

Señora
Karen Lezcano Ovares

Estimada señora:

Damos respuesta a su consulta vía web de fecha 29 de junio del año en curso, por medio de la cual plantea varias preguntas que, para mayor claridad iremos transcribiendo y contestando de seguido.

De previo a emitir nuestro criterio cabe aclarar que nuestros dictámenes se emiten únicamente sobre situaciones genéricas, en las cuales no se aprecia la existencia de un sujeto particular a quien se aplicarán las consecuencias derivadas de ese criterio, correspondiéndole a la administración activa resolver lo que corresponda en el caso concreto.

Dice la primera de ellas:

"...hace varios meses me han estado llamando de la Presidencia de la Corte, para realizar labores como juez por períodos de más de dos meses, ante esta situación he gestionado permisos sin goce de salario, en razón que considero que los interinatos en la Corte son un ascenso y una mejor oportunidad, sin embargo se me han rechazado los mismos, ante esta situación deseo saber si puedo justificar ante el superior que los nombramientos interinos en la Corte como juez se pueden caracterizar como un ascenso interino y por ende no se pueden negar, máxime si se sabe el período que estaré fuera y por ende podrían nombrar interinamente a otra persona."...

Debe indicarse que la concesión de permisos a los funcionarios del Sistema de Méritos encuentra su fundamento jurídico en el numeral 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, estableciendo el otorgamiento de los mismos como una potestad del jerarca institucional. Véase que la norma indica que estos permisos "podrán concederse..."

Considerar tal movimiento de personal como un ascenso no es de recibo, pues estamos ante la presencia de dos sistema diferentes, uno como lo es el Poder Ejecutivo que está cubierto por el Régimen de Servicio Civil, en el cual se aplican las normas del Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento y el otro sistema correspondiente al Poder Judicial que se encuentra excluido de este Régimen de Méritos.

Expone en su segunda consulta:

"... De igual manera deseo saber si existe alguna posibilidad de que el servicio civil (sic) pueda interceder para el traslado de mi plaza a otra institución del Estado, puesto que hace poco tiempo el MOPT realizó una (sic) cambio masivo de plazas en forma horizontal sin garantizar al trabajador las consiciones (sic) laborales, llegando al punto de haber traslado (sic) a los mismo (sic) funcionarios a diferentes puestos con el mismo salario, ante esta situación presente (sic) recurso de amparo, mismo que esta

(sic) pendiente de resolución, debido a que no estoy anuente al traslado horizontal, por tal razón se podría solicitar el traslado de la plaza a otro lugar o bien solicitar que se me incluya en otras listas de elegibles."

No existe fundamento jurídico para que la Dirección General de Servicio Civil pueda interceder en un traslado, pues este es un asunto de resorte netamente administrativo.

El artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública en su inciso a) establece como atribución propia del Ministro del ramo de que se trate, el "Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio."

Ahora bien, con respecto a los traslados y las reubicaciones de los servidores, el fundamento jurídico lo encontramos en el numeral 22 bis del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que establece como una potestad de imperio la posibilidad de realizar estos movimientos de personal, siempre y cuando no se cause grave perjuicio. Dice esta norma en lo que nos interesa:

"Los traslados, reubicaciones y recargos de funciones se regirán de acuerdo con lo que se indica a continuación:

a) Los traslados y reubicaciones podrán ser acordados unilateralmente por la Administración, siempre que no se cause grave perjuicio al servidor."...

Debemos agregar a lo que señala esta disposición jurídica, que la administración debe observar el debido proceso antes de su aplicación, y así permitirle al servidor se manifieste al respecto.

Con respecto a la inclusión en la lista de elegibles, el caso concreto debe presentarlo al Director del Área de Reclutamiento y Selección de Personal de esta Dirección General, Licenciado Rafael Bejarano Naranjo, para que ese centro de trabajo estudie y determine lo que corresponda.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Licda. Miriam Rojas González

Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA

AJ-538-2007
18 de setiembre de 2007

Señor
Alonso Antonio Aguilera
Delegación de Policía
San Rafael de Heredia
Fax 237-24-43

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su oficio sin número, por medio del cual consulta lo siguiente:

> *"...a fin de que se me indique cual es el procedimiento para un traslado horizontal ya que laboro con el Ministerio de Seguridad Pública, a la ves (sic) se presento la oportunidad de ser recibido en el Minae por lo cual solicito el V.B. pero dicho traslado tanto el jefe inmediato como al señor Ministro y me lo negaron ya que yo les manifesté mi deseo de superación a nivel personal como*

economico ya que yo cuento con una plaza en propiedad del Servicio Civil como cocinero... "

Sobre el particular hacemos de su conocimiento que la materia de traslados, reubicaciones y recargos se rige por lo que establece el artículo 22 bis del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

De este numeral se desprende que es a la administración pública a quien le corresponde en forma unilateral decidir si realizar alguno de estos tipos de movimiento de personal, sea un traslado o una reubicación, inclusive hasta un recargo de funciones, movimiento que hará observando que no se le cause grave perjuicio al servidor, es decir, este es un procedimiento ideado para que la administración pueda realizar los movimiento que corresponda, todo en aras de buscar la eficiencia de la administración, por lo tanto, el servidor no puede pedir que se aplique este tipo de movimiento.

Lo anterior ha venido siendo el criterio que sobre el tema ha externando esta Asesoría Jurídica, véase al respecto el oficio AJ-280-2007 de fecha 11 de mayo de 2007 en el cual se dijo sobre el particular:

"En este mismo orden de ideas señala el inciso a) del artículo 22 bis del mismo cuerpo legal que:

Artículo 22 bis.- Los traslados, reubicaciones y recargos de funciones se regirán de acuerdo con lo que se indica a continuación:

a. *Los traslados y reubicaciones podrán ser acordados unilateralmente por la Administración, siempre que no se cause grave perjuicio al servidor.*

Este último numeral regula las figuras del traslado y la reubicación, las cuales son definidas por el artículo 3 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil como:

u) Por "traslado", el paso de un servidor regular de un puesto a otro del mismo nivel salarial;

x) Por "Reubicación", el desplazamiento de un servidor con su puesto dentro de un programa presupuestario, de uno a otro programa o de un ministerio a otro.

Si bien ambas figuras distan conceptualmente una de la otra, las dos tienen como resultado el modificar la ubicación del funcionario ya sea en otro puesto (caso del traslado) o en otro programa presupuestario (caso de reubicación). Estas posibilidades son fruto de las facultades de Ius Variandi[19] que posee la Administración, para así lograr una mejor organización de sus dependencias administrativas, en beneficio del servicio y el interés público, este punto de vista es compartido por la Sala Constitucional la cual ha señalado que:

"…ya esta Sala en otros casos similares ha dicho que es constitucionalmente legítima la potestad de la Administración de cambiar a sus servidores de lugar de trabajo, siempre y cuando exista como causa de ello el interés público; debiendo observarse también, el equilibrio que dispone, entre otros, el ordinal 8 de la Ley General de la Administración Pública y las facultades y restricciones que como patrono le confiere el "ius variandi" en nuestro ordenamiento. Asimismo, este Tribunal ha establecido que la referida potestad tiene como límite, que la necesidad del servicio público esté debidamente justificada..." (véase entre otros el voto No. 743-92)."

Así las cosas con respecto a la autorización para un traslado o reubicación, debe entenderse que efectivamente es la administración la que tiene la potestad de otorgarlo de forma unilateral.

Atentamente,

[19] En su sentido más lato, el *Ius Variandi* hace referencia a la posibilidad que tiene el patrono de modificar, de manera unilateral las condiciones en que se ejecutan las labores, siempre que de este actuar no se vean afectados derechos fundamentales del empleado.

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-561-2007
09 de octubre de 2007

Señor
Alonso Antonio Aguilera
Delegación de Policía
San Rafael de Heredia
Fax 237-24-43

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su oficio sin número, por medio del cual consulta lo siguiente:

> *"...la presente es para solicitarle muy respetuosamente se me explique cual es la aplicación del artículo Nº 24 del estatuto del servicio civil ya que e (sic) solicitado el V.B. de los superiores del m.s.p para trasladarme al minae y se me a (sic) negado a la vez donde dicha contestación por parte de este órgano jurídico me sirve de base para*

poder ser aceptado en el minae y tengo un respaldo de que estoy haciendo los trámites como estipula la ley y poder lograr mis metas de superación...·"

Valga la oportunidad para hacer del conocimiento del consultante que esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el tema que se requiere nuestro criterio en particular, véanse los oficios números: AJ-1043-2003 del 1 de diciembre del 2003, el AJ-375-2006, del 12 de junio de 2006, AJ-434-2007, del 27 de Julio de 2007 pero especialmente en el oficio AJ-737-2003 de fecha 3 de setiembre del 2003 en el cual se indicó al respecto:

"Para evacuar adecuadamente su consulta, se hace necesario transcribir el texto de la norma en cuestión:

"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". *(Lo subrayado no es del original)*

El numeral 19 del mismo Reglamento establece que: "El período de prueba se regulará por las disposiciones contenidas en los artículos 30 y 31 del Estatuto". Ahora bien, el artículo 30 del Estatuto de Servicio Civil dispone lo siguiente:

"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".

Por su parte, el artículo 31 del mismo cuerpo de normas, señala:

"a) Por regla general sólo se aplicará en los casos de iniciación de contrato, pero a juicio del Jefe respectivo podrá exigirse en todos los casos de promoción o traslado en que convenga para garantizar mejor el servicio público;

b) <u>El Ministro o Jefe autorizado podrá despedir libremente al empleado</u> durante el período de prueba, pero deberá informar al Director General acerca de los motivos que tuvo para hacerlo;

c) <u>El Director General podrá ordenar la remoción de cualquier servidor durante su período de prueba</u>, siempre que encuentre que su nombramiento fue el resultado de un fraude, de una confusión de nombre o de otro error material evidente, en cuyo caso el interesado será oído de previo, para lo cual se le concederá un plazo de tres días". *(Lo subrayado no es del original)*

Del análisis de las normas transcritas se derivan varias consecuencias. En primer lugar, el período de prueba es un mecanismo legal que el Ordenamiento Jurídico, a través del Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, le otorga a la Administración para determinar si un funcionario que ha sido nombrado en determinado puesto es capaz, en la práctica, de desempeñar sus funciones en forma eficiente, Por regla general, sólo se aplicará en los casos de iniciación del nombramiento, pero, a juicio de la Administración, podrá ser aplicado en todos los casos de ascensos o traslados en que sea necesario para garantizar mejor el servicio público, lo cual implica que la Administración en estos casos, podría prescindir del período de prueba si no lo considera necesario.

El período de prueba se puede aplicar hasta por tres meses, pero su duración podría ser menor, de manera que una vez que el funcionario ha obtenido una buena calificación de su desempeño durante el período de prueba, ya no podría el jefe cesarlo sin una justa causa, aunque aún no hayan transcurrido los tres meses, pues se trataría de una actuación arbitraria e infundada de la Administración, violatoria del Principio de Legalidad que consagran el numeral once de nuestra Constitución Política y su homólogo de la Administración Pública.

Queda claro que el período de prueba se puede aplicar en dos hipótesis: en los casos de iniciación de contrato, en forma obligatoria; y en los casos de ascensos o traslados, cuando la Administración lo considere necesario. En esta última hipótesis,

es la Administración la que tiene la atribución, como parte de sus potestades de imperio, de cesar libremente durante el período de prueba al funcionario ascendido o trasladado, quien podrá regresar al puesto que ocupaba anteriormente, por gozar de licencia en el mismo durante el mencionado período de prueba. Pero no puede el servidor regresar a dicho puesto unilateralmente, aunque aún no haya aprobado el período de prueba, por cuanto la razón de ser de dicho instituto es garantizar mejor el servicio público, no darle al funcionario la oportunidad de probar suerte en diferentes órganos de la Administración Pública. Además, ninguna norma autoriza expresamente al servidor para hacer tal cosa, por lo que, en aplicación del mencionado Principio de Legalidad, que debe regir la actuación de la Administración Pública, según el artículo 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública, no se debe permitir algo que el Ordenamiento Jurídico no autoriza.

Si el servidor que ha sido trasladado o ascendido quisiere regresar al puesto que ocupaba anteriormente, y tanto la institución de la cual egresó, como aquella a la cual ingresó, estuvieren anuentes a permitir dicho regreso, el respectivo movimiento de personal se deberá hacer con base en alguno de los mecanismos autorizados por el Ordenamiento Jurídico, pero nunca con base en el artículo 24 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, por cuanto dicha norma no autoriza tal situación."

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-591-2007
26 de octubre del 2007

Señor
Mauricio Alberto Rivera Villalobos
Correo Electrónico: mauriciorvillalobos@gmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida por correo electrónico de fecha 23 de octubre del presente año, mediante la cual indica:

> *"Un funcionario con trece años de laborar como Trabajador Especializado (mantenimiento) por razones de índole médica va a ser reubicado como Agente de Seguridad debido a que el CENARE ha recomendado que las labores que ha realizado durante el tiempo de laborar han estado minando su salud de manera continua. Su estado de salud se ha*

agravado y por ende el lugar donde trabajo lo reubicarán como Agente de Seguridad.
No obstante, la oficina de Recursos Humanos le indica que al realizar este cambio implicaría que su plaza (en propiedad) se recalificará con la consecuencia de que su salario base será distinto (menor al que ostenta actualmente)
¿Es esto posible?
¿Existe alguna normativa que indique que un salario puede rebajarse en estas circunstancias? ¿Debe trasladarse al funcionario con el mismo salario y la misma plaza aunque sus labores sean distintas?"

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

En primer lugar, resulta de interés señalar la definición que los incisos u) y x) del Artículo 3 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954, establecen para los términos "traslado" y "reubicación":

*"**Artículo 3° -** Para los efectos de las disposiciones de este texto se entiende:*
...
u) Por "traslado": el paso de un servidor regular de un puesto a otro del mismo nivel salarial;
...

x) Por "Reubicación", el desplazamiento de un servidor con su puesto dentro de un programa presupuestario, de uno a otro programa o de un ministerio a otro."

Para la aplicación de la "reubicación" y el "traslado", el artículo 22 bis del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil supra citado, señala:

*"**Artículo 22 bis.-** Los traslados, reubicaciones y recargos de funciones se regirán de acuerdo con lo que se indica a continuación:*

a. Los traslados y reubicaciones podrán ser acordados unilateralmente por la 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 a quien se hiciere el recargo, reúne los requisitos establecidos."

Véase que de la simple lectura de las normas supra transcritas se puede afirmar que en el "traslado" o la "reubicación" de un servidor, no se le puede causar grave perjuicio. En otras palabras, en el "traslado" o la "reubicación" no se dan las figuras de la "recalificación" o de la "reasignación", mucho menos con carácter descendente, por el evidente perjuicio económico que implicaría una eventual reducción salarial.

Como se puede apreciar, la normativa no especifica las razones por las cuales resultaría procedente realizar un "traslado" o una "reubicación". Eso se explica por cuanto la decisión se configura dentro de la llamada discrecionalidad administrativa.

Respecto al tema de la discrecionalidad administrativa, la Sala Primera, en la resolución número 19-1997 de las catorce horas cuarenta minutos del dos de abril de mil novecientos noventa y siete, ha señalado:

"… Todo acto administrativo es el resultado del ejercicio de una potestad. En el caso de actos producto del ejercicio de una potestad discrecional, estos se componen de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora. La discrecionalidad es esencialmente la libertad de elección que tiene la Administración, de escoger entre una pluralidad de alternativas, todas igualmente justas, según su propia iniciativa, ***por no estar la solución concreta dentro de la norma****. Esta libertad de la Administración no es arbitraria, su existencia tiene su fundamento en la Ley y su ejercicio está delimitado en esta."*
(el subrayado y resaltado no es del original)

Sobre el mismo tema, la Sala Constitucional, en la resolución número 3439-2006 de las dieciséis horas y treinta minutos del catorce de marzo del dos mil seis, ha señalado:

"... recuérdese que los actos discrecionales también están sujetos a control de legalidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 11 a 15 de la Ley General de Administración Pública. Así, dicha facultad discrecional no es arbitraria, su existencia tiene fundamento en la Ley y su ejercicio está delimitado en ésta. El Ordenamiento Jurídico, establece la posibilidad de un control jurisdiccional por la vía contencioso-administrativa, sobre el ejercicio de las potestades discrecionales. En este sentido, se encuentra que los artículos 15, 16, 17, 160 y 217, inciso 1) de la Ley General de Administración Pública disponen, ***que la discrecionalidad está sometida a los límites que el mismo ordenamiento le impone, así como las reglas de la lógica, la ciencia o de la técnica, y a los principios generales del Derecho, entre los cuales destacan los principios elementales de justicia, de conveniencia y de razonabilidad. Ahora, lo cierto es que ese poder, como toda discrecionalidad***

***reconocida en un Estado de Derecho, es un compuesto de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración; apreciación que en modo alguno puede ser arbitraria**. La discrecionalidad y la arbitrariedad son conceptos antagónicos. El único poder que el Derecho de la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio es el que se presenta como resultado de una voluntad racional, demostrándose en cada caso que se cuenta con razones justificativas, objetivas y consistentes."*

(el subrayado y resaltado no es del original)Para que la Administración tome la decisión y emita el acto administrativo de "traslado" o de "reubicación", es indispensable que haya seguido un debido proceso. Sobre ese tema, la Sala Constitucional, en la resolución número 15345-2003 de las quince horas con once minutos del diecinueve de diciembre del dos mil tres, refiriéndose a los traslados, pero igualmente aplicable en el tema de reubicaciones, ha señalado:

IV.- Requisitos que deben cumplirse para el traslado: De conformidad con la jurisprudencia citada el traslado de un servidor que pretenda efectuar la Administración debe reunir los siguientes requisitos: 1) Debe ser un acto debidamente motivado y comunicado al interesado, de forma que el servidor conozca los motivos concretos o específicos que hacen necesaria tal decisión. No es, por tanto, suficiente que dicha motivación o justificación del acto se limite a una manifestación de que se efectúa para un mejor servicio público, sino que deben hacerse constar los motivos que en concreto hagan necesario que determinado servidor sea trasladado para garantizar la prestación adecuada del servicio público. 2) El traslado debe ser comunicado en forma oportuna, lo cual significa que no debe hacerse en forma intempestiva. Aunque no exista plazo legal para hacerlo es razonable que se efectúe con la mayor anticipación posible, a fin de permitir al trabajador tomar las previsiones que

requiera, dársele la oportunidad de impugnar la medida, si así lo estimare conveniente, antes de que ésta sea ejecutada, dada la evidente dificultad que podría enfrentar al ejecutarse el traslado. 3) Deberá suministrarse al trabajador toda la información relativa al traslado, las funciones que se le asignan, si ello implica una modificación en sus condiciones laborales (puesto, salario, horario, etc.), y si es traslado es permanente y definitivo o se trata de una medida temporal, en este último caso indicándose el tiempo de su duración.

Dentro de la pluralidad de causas que podría tener la Administración para realizar un "traslado" o una "reubicación", una de ellas podría ser la existencia de enfermedades crónicas de un servidor. Este "traslado" o "reubicación" podría hacerse de oficio o bien a solicitud de parte, pero no hay que olvidar que la decisión final corresponde con una facultad unilateral de la Administración.

La Administración deberá entonces determinar el origen de la enfermedad, pues si se trata de un riesgo de trabajo, además del fundamento legal ya señalado en el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, se encuentra el artículo 254 del Código de Trabajo, Ley No. 2 del 27 de agosto de 1943, cuya aplicación supletoria autoriza el numeral 51 del Estatuto de Servicio Civil, que señala:

ARTICULO 254.- *El patrono está obligado a reponer en su trabajo habitual al trabajador que haya sufrido un riesgo del trabajo, cuando esté en capacidad de laborar.*
Si de conformidad con el criterio médico, el trabajador no pudiera desempeñar normalmente el trabajo que realizaba cuando le aconteció el riesgo, pero si otro diferente en la misma empresa, el patrono estará obligado a proporcionárselo, siempre que ello sea factible, para lo cual podrá realizar los movimientos de personas que sean necesarios.
En casos en que la reinstalación ocasione perjuicio objetivo al trabajador, ya sea por la índole personal del puesto, por el

salario percibido, o porque afecta negativamente su proceso de rehabilitación, o bien porque incluso el trabajador se encuentra en contacto con las causas generativas del riesgo ocurrido, el patrono procederá a efectuar el pago de sus prestaciones legales correspondientes, extremos que serán procedentes si no es posible lograr la reubicación del trabajador en la empresa.

Para los efectos antes señalados, el trabajador podrá solicitar, administrativamente, al ente asegurador, de previo, o una vez que se le haya dado de alta provisional o definitiva para trabajar, que adjunte a la orden de alta una copia del dictamen médico, en la que, sin perjuicio de otros datos se señale claramente la situación real del trabajador, en relación con el medio de trabajo que se recomienda para él, según su capacidad laboral.

El trabajador podrá reclamar, por la vía jurisdiccional, este derecho, siempre que no hayan transcurrido dos meses desde que se le dio de alta, con o sin fijación de impedimento, y siempre que no se le haya señalado incapacidad total permanente.

El Poder Ejecutivo, por la vía reglamentaria, habiendo oído de previo a la Junta Directiva del Instituto Nacional de Seguros, al Consejo de Salud Ocupacional y al Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, fijará las condiciones de trabajo de los minusválidos, en tanto no se emita una ley especial, y establecerá las cuotas de colocación selectiva de minusválidos a que estarán obligadas las empresas públicas y privadas.

El oficio de esta Asesoría Jurídica que responde al número AJ-034-96 del 29 de enero de 1996, en relación con los traslados o las reubicaciones por riesgos del trabajo, señaló lo siguiente:

"... la presencia de un riesgo del trabajo que afecte al servidor, puede producirle una limitación que por fuerza

mayor le impediría desempeñarse en el puesto que venía ocupando ...”

Si no se trata de un riesgo de trabajo, entonces la Administración deberá decidir el “traslado” o la “reubicación” por enfermedad crónica de un servidor, conforme las reglas de la discrecionalidad administrativa que ya se han señalado supra.

Aunque no es motivo de su consulta, conviene hacer un breve análisis sobre la forma en que debe demostrarse la enfermedad crónica de un servidor, sea por haber sufrido un riesgo de trabajo o como consecuencia de alguna otra razón, lo que podría denominarse como la necesidad de la existencia de prueba médica idónea y eficaz para motivar la actuación administrativa.

Resulta tan importante la demostración médico-técnica de la enfermedad crónica, que la decisión de la administración se encuentra “vinculada” a ella de manera inseparable.

A propósito de lo anterior, la Sala Segunda, en la resolución número 104-2002 de las catorce horas cincuenta minutos del trece de marzo de dos mil dos, ha señalado:

“... Oportuno es indicar -al igual que lo hiciera el Tribunal Ad-quem-, que las Pericias Médico Forenses en tratándose de Riesgos del Trabajo, vinculan al órgano judicial a la hora de dictar el fallo ...”

Obviamente, no existe simetría entre los medios probatorios con que cuenta la Jurisdicción Laboral del Poder Judicial y los medios con que cuenta la Administración. Sin embargo, debe la Administración sujetarse al bloque de legalidad y acudir a los medios probatorios idóneos para la debida motivación de su actuación administrativa.

El asunto no tiene mayor complicación para el supuesto de “traslado” o “reubicación” por riesgos de trabajo, pues necesariamente hubiere

tenido participación el Instituto Nacional de Seguros, ente asegurador encargado de llevar a cabo el procedimiento y emitir el dictamen médico que motivara y justificara el movimiento de personal a que se refiere el párrafo segundo del artículo 254 del Código de Trabajo supra citado.

Si la el "traslado" o la "reubicación" fuere procedente en virtud de una enfermedad crónica del servidor, pero que no sea por haber sufrido un riesgo de trabajo, evidentemente el Instituto Nacional de Seguros no tendría competencia para dictaminar al respecto y la justificación de la misma debería ser idónea, según lo establecido en el bloque de legalidad vigente.

A manera de ejemplo sobre la idoneidad de la prueba, respecto de dictámenes médicos privados, la Sala Segunda, en la resolución número 286-2004 de las diez horas diez minutos del veintiocho de abril del dos mil cuatro, ha señalado

> *"... lo cierto es que por tratarse de dictámenes privados (folios 59 y 60 del expediente administrativo), para hacer efectiva la incapacidad, debía presentarse al centro de salud, para la correspondiente homologación, y él como servidor de la Caja Costarricense de Seguro Social, debía estar bien enterado que debía utilizar como justificante, dictámenes médicos emitidos por las respectivas instancias oficiales o avalados por ellas, nada de lo cual hizo. Así se establece en el párrafo primero del numeral 29 del Reglamento del Seguro de Salud, vigente a la fecha de terminación de la relación laboral (reformado en el artículo 11° de la sesión 7672 de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, celebrada el veinticuatro de julio del dos mil dos, Gaceta N° 153 del doce de agosto del mismo año), al indicar que "tiene derecho a subsidios el asegurado activo asalariado, portador de una enfermedad común que produzca incapacidad para el trabajo, debidamente declarada por los médicos de la Caja o por médicos de otros sistemas o proyectos especiales*

aprobados por la Junta Directiva. La homologación de una incapacidad extendida por un médico particular en el ejercicio liberal, la puede hacer el director médico si la gestión se presenta dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su extensión; el director regional de servicios médicos o el director de un hospital nacional desconcentrado, si la gestión se hace dentro de los quince días siguientes; y el Gerente de la División Médica, si la gestión se presenta después de vencidos los plazos antes indicados. Lo anterior, sin perjuicio de las normas sobre prescripción que fueren aplicables." ..."

Sin embargo, el artículo 29 del Reglamento del Seguro de Salud referido en la resolución de la Sala Segunda 286-2004 supra citada, fue modificado el 30 de mayo de 2006, y en la actualidad, el segundo párrafo señala:

"... En casos especiales, previa valoración correspondiente, la Caja podrá admitir, modificar o denegar las recomendaciones de incapacidad extendida por médico particular a un asegurado activo, de acuerdo con lo regulado en el Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias a los Beneficiarios del Seguro de Salud."

Como el texto vigente del artículo 29 del Reglamento del Seguro de Salud hace referencia al Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias a los Beneficiarios del Seguro de Salud, del 12 de octubre de 2004, los artículos 5 y 17 de esa norma señalan:

"Artículo 5°—De las recomendaciones de incapacidad y licencias por terceros. El certificado médico, la constancia de atención médica y la referencia en papelería del Sistema Mixto de Atención Integral a las Personas, entre otros, extendidos por los profesionales en Ciencias Médicas autorizados que laboran en ese sistema o en forma privada, de acuerdo con lo estipulado por los respectivos colegios profesionales, y que haga referencia a días de reposo como

parte del tratamiento de un trabajador (a), tendrán carácter de recomendación para la Caja. La valoración de las recomendaciones de incapacidad, debe ser gestionada por el interesado (a) o por medio de terceros, en la Dirección Médica o a la autoridad que la misma delegue de su centro médico de adscripción, en un plazo de dos días hábiles posteriores a la fecha en que ésta fue emitida. La admisión, modificación o denegatoria de dichas recomendaciones de incapacidad, debe ser consignada mediante acto administrativo en el expediente de salud del trabajador (a). Es potestad de las autoridades del centro médico citar al paciente en caso necesario. Si la presentación de la documentación se realiza posterior a los dos días hábiles de expedida, plazo que no podrá ser mayor a diez días naturales, la admisión, modificación o denegatoria del período recomendado, queda sujeta a la justificación que presente el interesado, la cual debe estar acorde con la patología del caso. La valoración queda bajo la responsabilidad de la Comisión Médica Local Evaluadora de Incapacidades o el Director Médico del centro médico o a la autoridad que la misma delegue; acto que debe quedar registrado en documento idóneo, el cual debe ser incluido en el expediente de salud del asegurado (a).

Para que un documento recomendativo de incapacidad emitido fuera del país pueda ser analizado, previamente debe cumplir los trámites de legalización establecidos por el Gobierno de Costa Rica, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. La solicitud debe presentarse ante la Dirección Médica del centro médico de adscripción del trabajador (a) en la CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL.

En lo que respecta al Sistema de Atención Integral de Medicina de Empresa, se actuará de acuerdo con lo que establece el artículo 17 de este Reglamento."

*"Artículo 17.—**De los médicos de empresa**. Los médicos de empresa autorizados por la Caja como tales, podrán otorgar incapacidades hasta por cinco días dentro del plazo de treinta días naturales. La constancia de incapacidad debe ser remitida al centro de adscripción respectivo, dentro de los 5 días hábiles posteriores a su otorgamiento. De requerirse incapacidad que supere los cinco días en el plazo indicado, el trabajador debe ser valorado por los profesionales médicos de la Caja, para lo cual deberá ser referido con una epicrisis al centro médico de adscripción.*

Es responsabilidad de los centros médicos que autorizan el funcionamiento de médicos de empresa, establecer los controles necesarios sobre el otorgamiento y registro de todas las incapacidades que se otorguen bajo esta modalidad.

El extravío de formularios "CONSTANCIA PARA INCAPACIDADES Y LICENCIAS" debe ser reportado inmediatamente a la Dirección Médica del centro médico al que se encuentra adscrito."

Puede afirmarse que de conformidad con el bloque de legalidad vigente, los dictámenes médicos emitidos en forma privada, deben someterse al procedimiento de homologación señalado en los artículos 5 y 17 del Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias a los Beneficiarios del Seguro de Salud, para que adquieran la eficacia necesaria para su aplicación por parte de la Administración Pública. Lo anterior no significa que se cuestione ni menoscabe en forma alguna el criterio profesional o la independencia profesional con que se ha emitido el dictamen privado. Únicamente lo que se señala es que para tener efectos dentro de la Administración Pública, se hace necesario realizar el trámite de homologación.

Aunque ese procedimiento se encuentra establecido para una materia específica, como es el otorgamiento de incapacidades y licencias, ciertamente se considera que la interpretación teleológica del mismo resulta conforme con lo anteriormente señalado, pues de no ser así,

se estaría exponiendo a la Administración Pública a resolver un asunto de naturaleza más compleja, sin la debida homologación por parte de un órgano en ejercicio de sus competencias públicas.

También habría que señalar la vía del procedimiento ordinario establecido en el artículo 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, como otra forma en que la Administración podría acreditar y hacer llegar la prueba idónea, incluso pericial, para demostrar la enfermedad crónica, motivar la actuación administrativa y escoger el tipo de movimiento de personal a aplicar en el caso concreto.

La Procuraduría General de la República, en la Opinión Jurídica 027-1997 del 07 de julio de 1997, ha señalado lo siguiente:

> "*Indudablemente, todas estas consideraciones contenidas en nuestra legislación laboral, obedecen a la prioridad del Derecho del Trabajo de proteger y mantener la continuidad de la relación, sea, la estabilidad en el empleo, como uno de los más preciados anhelos de la justicia social.*"

En síntesis, siempre que sea posible, resulta procedente el "traslado" o la "reubicación" de un servidor, sin que se le pueda causar grave perjuicio, en virtud de enfermedad crónica debidamente acreditada ante la Administración o comprobada por ésta según el bloque de legalidad vigente.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

Cc. Licda. María Lucrecia Siles Salazar
Coordinadora de Recursos Humanos - DGSC

AJ-440-2007
31 de julio del 2007

Licenciado
José Joaquín Oviedo Corrales
Director
Proceso de Eficiencia y Organización del Trabajo

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a oficio GESTION-EOT-176-2007 de fecha 6 de Julio de 2007, en el cual se nos solicita, aclarar si los puestos creados para el "Comité del Fideicomiso para la Protección y el Fomento Agropecuario para Pequeños y Medianos Productores[20]" por la Secretaria Técnica de la Autoridad Presupuestaria del Ministerio de Hacienda, mediante el STAP-1033-2007 del 13 de Junio de 2007, pertenecen al Régimen de Servicio Civil.

[20] Léase en adelante Fideicomiso o FIDAGRO.

En primer lugar cabe aclarar que, mediante una conversación telefónica sostenida con la Señora Liliana Guevara, actual Coordinadora del Fideicomiso en estudio, la misma aclaró que, las plazas que se crearon son destinadas a la Unidad Técnica del Comité del Fideicomiso, y no del Comité propiamente, como en un inicio se había creído. Dicha tesitura puede colegirse también, de la lectura del artículo 11 de la Ley N° 8147 de fecha 24 de Octubre del 2001 (Ley de Creación del Fideicomiso para la Protección y el Fomento Agropecuarios para Pequeños y Medianos Productores), el cual señala, respecto a la integración del Comité que:

"... El Comité estará integrado por cinco miembros con voz y voto, de la siguiente manera:

> ***a)*** *Dos representantes nombrados por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, quienes deberán poseer experiencia en materia de análisis crediticio. Dichos representantes serán de libre remoción por el Ministerio de Agricultura y Ganadería.*
>
> ***b)*** *Dos agricultores representantes de las organizaciones de productores con representación a nivel nacional, electos en una asamblea convocada para tal fin por el Ministerio de Agricultura y Ganadería. La Asamblea será regulada por el reglamento de esta Ley.*
>
> ***c)*** *Un representante nombrado por el fiduciario."*

Como puede notarse, el Comité es realmente un órgano colegiado, que no posee una estructura laboral como tal, es decir no ocupan un puesto, en el sentido estricto de la palabra, dentro del Fideicomiso. En realidad la fuerza laboral de FIDAGRO esta representada por la Unidad Técnica, a la cual le han sido asignadas una serie de tareas por parte de la Ley 8147, la cual indica en su artículo 10 *in fine* que:

"...Para el buen cumplimiento de los fines de esta Ley, se autoriza al Comité del Fideicomiso para que constituya una unidad técnica, cuya estructura material y humana, tareas, funciones y responsabilidades se establecerán en el Reglamento de la presente Ley..."

Realizada esta aclaración, se da inicio al estudio correspondiente.

La presente consulta gira entorno a aclarar, si el personal de la Unidad Técnica del Comité del Fideicomiso se encuentra dentro del Régimen de Servicio Civil, o si por el contrario esta excluido del mismo. La pregunta resulta por demás válida si se toma en cuenta que, la figura del Fideicomiso es, por regla general, perteneciente al ámbito del Derecho Privado. Así, para los fines deseados, deberá dilucidarse en un primer momento la naturaleza jurídica del Comité de FIDAGRO, así como la relación que existe entre este, y la Unidad Técnica.

En primer lugar, respecto del Comité propiamente, debe señalarse que diversas disposiciones de la Ley N° 8147 se hace mención de este, otorgándole importantes decisiones en orden a la adquisición de las deudas que podrán beneficiarse del Fideicomiso. Respecto a este órgano, resulta trascendental analizar el primer párrafo del artículo 10 *supra* mencionado, el cual señala que:

"Créase el Comité del Fideicomiso, como órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Agricultura y Ganadería, con personalidad jurídica instrumental para cumplir las siguientes funciones:..." (El destacado es propio)

Como puede notarse, el Comité en mención es un órgano desconcentrado y con personalidad jurídica instrumental.

Respecto a la desconcentración, se puede señalar que esta es una de las técnicas de ordenación y distribución de las funciones y de

la competencia administrativa. En un sentido más amplio, la Procuraduría General de La Republica señaló en su Dictamen C-175-2005 que:

"Debe indicarse, en primer lugar, que la concentración y desconcentración de competencias constituye una técnica de organización interorgánica. Se trata de principios de administración seleccionados por el legislador, o la autoridad administrativa correspondiente, para llevar a cabo las tareas que competen a un órgano o ente determinado, o sea, principios que rigen el ejercicio de las competencias dentro de un mismo órgano o entidad administrativa, por oposición a los principios que rigen las relaciones interadministrativas.

La concentración y la desconcentración se definen con base en la titularidad de la potestad de decisión. Si el órgano superior de la administración es el único con potestad de decisión, nos encontramos frente al fenómeno de la concentración. Por el contrario, si por ley o reglamento se le atribuye potestad de decisión a órganos inferiores, estamos frente al fenómeno de la desconcentración.

Nuestra Ley General de la Administración Pública (LGAP) consagra claramente ambos principios (...)

Obsérvese que la norma establece que "todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste", con lo que se establece el principio general de que la potestad de decisión se encuentra en manos del jerarca. No obstante, posteriormente la norma consagra una salvedad a ese principio al disponer: "salvo desconcentración operada por ley o por reglamento".

El artículo 83 de la LGAP entra así a definir el fenómeno de la desconcentración mínima y máxima. Habrá desconcentración mínima cuando el superior no puede avocar competencias del superior, y revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte. Por su parte, la desconcentración será máxima cuando además

de lo anterior, el inferior esté sustraído a órdenes, instrucciones o circulares. "

De lo anteriormente señalado puede concluirse que, por medio de la desconcentración, se da una transferencia de la competencia de decisión, misma que se produce dentro de una misma estructura organizativa, sin que por ello se cree una nueva persona jurídica.

Ahora bien, cabe aclarar que, si bien existe un grado de separación a través de la desconcentración, no se da un rompimiento absoluto con la dependencia gubernamental de la cual se esá desconcentrando, pues tal y como señala el Dictamen C-159-96 de la Procuraduría General de La Republica:

"La desconcentración no entraña una independencia funcional absoluta a favor del órgano desconcentrado ni un rompimiento total de la relación jerárquica entre superior e inferior."

Por otra parte, respecto a la personalidad jurídica instrumental, puesto que la transferencia de poderes de decisión, dadas por la desconcentración no comprende actividad de orden instrumental, y dado que existe además una necesidad de que el órgano desconcentrado pueda acceder a una gestión presupuestaria más flexible y, en todo caso, separada del Presupuesto del Estado, se ha dado la práctica por parte del legislador, de otorgar al órgano desconcentrado una personalidad jurídica instrumental, la cual según señala el Dictamen C-202-2005 de la Procuraduría General de La Republica:

"no es plena, sino que es esencialmente de efectos presupuestarios. Situación que permite la titularidad de un patrimonio, la posibilidad de contratar y de tener personal propio pagado por el presupuesto instrumental...."

Respecto al Comité de FIDAGRO, la competencia desconcentrada comprende la aprobación de las operaciones que se

benefician del fideicomiso, las cuales se encuentran estipuladas en el artículo 10 de la ley de marras.

Ahora bien, respecto a la relación que existe entre el Comité y la Unidad Técnica, debe indicarse que, para que el Comité pueda cumplir con las atribuciones dadas por la ley, requiere de un cuerpo técnico y administrativo que coadyuve en la toma de decisiones y su posterior ejecución. Es por ello que la Ley de rito prevé la creación de un órgano dentro del Comité (artículo 10 *in fine supra* indicado), el cual según el Dictamen C-202-2005 *supra* indicado:

"... es una estructura dentro del Comité del Fideicomiso. En ese sentido, es un órgano del órgano desconcentrado. Su naturaleza es, pues, administrativa. Es, entonces, un órgano administrativo simple; un órgano previsto en la Ley, desarrollado por el Reglamento y que se integra por un acto del Comité. Obsérvese que la constitución de este órgano no se deja al fiduciario o al fideicomiso, sino al órgano externo a éste. A partir de su pertenencia al Comité, es también parte del Ministerio de Agricultura y Ganadería..."

Tal y como se señaló anteriormente, la desconcentración, aún cuando sea máxima, no es absoluta, y esto se ve reflejado en el hecho de que, aun y cuando la Unidad Técnica no es una dependencia propiamente del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), sí forma parte de él. Es decir, los funcionarios que conforman la Unidad Técnica del Consejo del FIDAGRO, son a grandes rasgos, funcionarios públicos, situación reiterada por el Dictamen recién citado el cual señala que:

"Los servidores de la Unidad Técnica son servidores públicos en el tanto en que son nombrados para desempeñar las funciones que legal y reglamentariamente se indican. El nombramiento correspondiente deriva de un acto administrativo y sus salarios son sufragados con fondos públicos."

Aclarado esto, debe entonces señalarse que, dado que los servidores de la Unidad Técnica señalada, son funcionarios públicos, adscritos al MAG, puede decirse que los puestos se encuentran cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, conclusión que fue tomada por la Procuraduría General de La República en el Dictamen C-023-2006, el cual aclaró de algún modo lo ya analizado en el Dictamen C-202-2005, mencionado. Este nuevo Dictamen señaló al efecto que:

"Por otra parte, del dictamen C-202-2005 se está deduciendo una conclusión que no se desprende de él, y es que el régimen de empleo será de orden público para los empleados del Comité, una vez que la Unidad Técnica esté constituida por este último, que cuente con el presupuesto autorizado y bajo el refrendo del contrato pertinente. Dicha conclusión no puede extraerse del dictamen porque, además de las razones que hemos apuntado, desde el momento en que se creó el Comité y empezó a funcionar, su naturaleza pública irradia y afecta a todas aquellas personas que, de una u otra manera, realizan funciones o labores en él. Dicho en forma negativa, el régimen de empleo público no está condicionado a la firma o refrendo de un contrato o a su fuente de financiamiento, pues la naturaleza pública del órgano necesariamente conlleva a que las personas que integran el grupo de apoyo al Comité, para cumplir con los fines del FIDAGRO, se les aplica el régimen estatutario." (El destacado es suplido).

Con base en lo analizado, considera esta Asesoría Jurídica que los puestos establecidos para la Unidad Técnica del Comité de FIDAGRO se encuentran efectivamente dentro del Régimen de Servicio Civil.

Como punto de refuerzo a la tesis antes expuesta, ha de señalarse que posterior al estudio efectuado para la realización de este criterio, la Autoridad Presupuestaria mediante el STAP-1202-07 de fecha 19 de julio del 2007, adicionó que:

"Las plazas creadas en el acuerdo N° 8158 deben ser clasificadas y valoradas por la Dirección General de Servicio Civil,

dado el carácter de órgano desconcentrado de un ministerio, excepto el puesto de Auditor."

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

CC. Licda. Sandra Quirós Álvarez Directora Gestión

AJ-521-2007
04 de septiembre de 2007

Máster
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General
Dirección General de Servicio Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio DG-463-2007 de fecha 27 de agosto del año en curso, por medio del cual se solicita criterio respecto a si los puestos de Director de Recursos Humanos deben ser ocupados necesariamente por funcionarios regulares (nombrados en propiedad).

Respecto a la consulta planteada ha de tenerse en consideración lo estipulado por el artículo 4 inciso c del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual señala en lo conducente que:

"Artículo 4- *El Director General tendrá las siguientes atribuciones y deberes:*

> *c. Dirigirá y controlará las distintas actividades técnicas propias de su competencia que sean ejecutadas por las dependencias especializadas en Administración de Recursos Humanos de las Instituciones Públicas y, por los Departamentos normativos bajo su supervisión administrativa. En cumplimiento de lo anterior el Director General designará en coordinación con el jerarca de la Institución respectiva, un servidor regular responsable de ejecutar los actos y procedimientos administrativos que se le encomienden bajo las directrices técnicas que emanen de esta Dirección General y sus Departamentos normativos..."*

Debe tenerse claro que, cuando la norma señala a ***"****las dependencias especializadas en Administración de Recursos Humanos de las Instituciones Públicas"* hace referencia a los Departamentos de Recursos Humanos que poseen las Instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil, las cuales, por razones meramente lingüísticas, han sido denominadas de distintas maneras, entre las cuales está la recién transcrita.

Ahora bien, la misma norma señala la necesidad de que dicho departamento se conduzca bajo la dirección de un funcionario designado por el Director General, en coordinación con el jerarca respectivo. Éste funcionario, continua diciendo la norma, debe ser un

servidor regular, figura que es definida por el inciso h) del artículo 3 del Reglamento ya mencionado 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 evacua de esta forma la consulta planteada, en el sentido de que los puestos de Director de Recursos Humanos deben ser necesariamente ocupados por funcionarios regulares, es decir nombrados en propiedad después de cumplir con el proceso y los requisitos estipulados por el Estatuto de Servicio Civil.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-435-2007
26 de Julio de 2007

Licenciada
Carmen García Quirós
Jefa
Departamento de Recursos Humanos
Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio CONAPAM-DAF-

DRH-108-2007 de fecha 11 de Julio de 2007, en el cual se nos solicita, sobre la procedencia de realizar un nombramiento de un funcionario cuando el cónyuge de ese funcionario ya labora en la misma Institución, aunque bajo las supervisión de diferentes jefaturas.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Sobre el particular ha de indicársele a la consultante que, tal y como ha manifestado la Procuraduría General de la Republica, existe, como un principio general, una imposición de prohibiciones e incompatibilidades para que una persona sea nombrada para ocupar un cargo público, en una institución en donde ya se encuentre prestando servicios un pariente o familiar. Esta tesitura, no es arbitraria, pues tiene un sustento aceptable, el cual fue señalado en su Dictamen C-066-2005:

"Esa disposición encuentra razón lógica, tendiente a la probidad en la prestación de los servicios públicos, sin que exista posibilidad alguna de desviar la función que debe estar orientada a la satisfacción del interés público, tal y como lo expresa el artículo 3° de la citada Ley contra la Corrupción, No. 8422 de 14 de septiembre de 2004. Se trata igualmente, de mantener y demostrar "rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, a administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente." (Numeral 3° ius ibidem)."

En este mismo orden de ideas, puede verse la letra del inciso c) del artículo 38 de la misma Ley contra la Corrupción, el cual establece al respecto que:

***"Causales de responsabilidad administrativa**. Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que:*

(. . .)

c) Se favorezca él, su cónyuge, su compañera o compañero, o alguno de sus parientes, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, por personas físicas o jurídicas que sean potenciales oferentes, contratistas o usuarios de la entidad donde presta servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de esta misma Ley."

Nótese que ambas normas tienen un mismo fin, prevenir que por medio del nepotismo se violente la imparcialidad que debe existir en la función pública, ya sea en el nombramiento como en el funcionamiento mismo de la relación. Sin embargo, pese a la intención clara de la norma (y de toda la Ley contra la Corrupción mencionada) tal medida no puede considerarse absoluta, pues esto conllevaría a la negación del acceso al trabajo en situaciones extremas (lo cual implica una violación al artículo 56 Constitucional), en este sentido la Sala Constitucional en su voto N° *1918-00* señaló que:

"*La norma en cuestión únicamente pretende [...] evitar que a través del nepotismo, en las entidades se enquisten parientes, o círculos de parientes que puedan afectar los fines públicos de la entidad en cuestión (...) entendemos que este tipo de cautelas son compatibles con el Estado Democrático de Derecho, el que en no pocas ocasiones debe acudir al establecimiento de limitaciones -en este caso es una limitación parcial, no abarca una inelegibilidad absoluta- al ejercicio de determinados derechos o libertades,*

atendiendo al bien jurídico público o social que se protege..." (El destacado es propio).

Así, siendo que la prohibición aludida, limita de alguna manera el acceso al empleo, su aplicación debe ser restrictiva, razón por la cual sus causales deben estar definidas por norma expresa, en virtud del cumplimiento de los principios de reserva de ley y de legalidad.

En este sentido, si bien la norma primaria respecto a los requisitos que se deben cumplir para el acceso a los puestos incluidos en el Régimen de Meritos (artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil), no hace mención alguna de la situación planteada, señala en su inciso g) que, al efecto se deben cumplir, además con lo que ahí se señala, con los demás requisitos que determinen los reglamentos.

Ahora bien, debe al efecto tomarse en cuenta lo determinado por el artículo 9 inciso b) del Reglamento de Estatuto de Servicio Civil, el cual establece:

*"**Artículo 9**.- Son requisitos para ingresar al Servicio Civil, aparte de lo establecido en 20 del Estatuto, los siguientes:*

b) No estar ligado en parentesco de consanguinidad o de afinidad en línea directa o colateral hasta tercer grado inclusive, con el jefe inmediato ni con los superiores inmediatos de éste en el respectivo Departamento, Oficina o Ministerio."

Dichos funcionarios son, en todos los casos, posibles jerarcas o superiores del postulante, pues únicamente ahí la prohibición tendría lógica, pues no existiría una relación de ventaja o de trato desigualitario en caso de que ambos familiares ocupen un puesto de igual categoría, pues ninguno de ellos tiene ingerencia alguna en el desempeño del otro.

De esta manera, considera esta Asesoría Jurídica que, si bien el objetivo de las prohibiciones o incompatibilidades, desarrolladas por la normativa expuesta, es el no permitir que la relación familiar que

pueda existir entre un funcionario y un postulante a funcionario cree una situación de desigualdad, en perjuicio de la administración publica, tanto al momento de nombrarlo (lo cual violentaría también el régimen de méritos como tal y por ende el artículo 191 constitucional) como del desarrollo de la relación laboral misma (violentándose la imparcialidad exigida a los funcionarios públicos en sus actuar), esta no puede ser absoluta, dado que la misma recae únicamente en tanto el parentesco se de entre el postulante y alguno de los funcionarios enumerados en el artículo 9 señalado.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-624-2007
14 de noviembre del 2007

Señora (ita)
Licda. Sory Rivera Campos
Correo Electrónico: Riveracs@hacienda.go.cr

Estimada señora (ita):

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida por correo electrónico de fecha 13 de noviembre del presente año, mediante la cual indica:

> *"La presente consulta se dirige con el fin de determinar si existe algún impedimento legal para que hermanos con plazas sujetas al Régimen de Servicio Civil pueden trabajar juntas. Por favor, indicar la normativa que se aplica en estos casos, sea que se permita o no."*

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

El inciso b) del artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954, establece en lo que interesa lo siguiente:

> "***Artículo 9° -*** *Son requisitos para ingresar al Servicio Civil, aparte de lo establecido por el artículo 20 del Estatuto, los siguientes:*
>
> *b. No estar ligado por parentesco de consanguinidad o de afinidad en línea directa o colateral hasta tercer grado inclusive, con el jefe inmediato ni con los superiores inmediatos de éste en el respectivo Departamento, Oficina o Ministerio.*"

De especial relevancia para analizar lo consultado, esta Asesoría Jurídica emitió el oficio AJ-689-2002, de fecha 19 de setiembre de 2002, que en lo que interesa señaló:

"*Esta Asesoría Jurídica ha venido y desde vieja data -(véase al efecto el oficio L-03-88 del 12 de enero de 1988, y 571-98 del 29 de setiembre de 1998)- analizando los conflictos que eventualmente pueden surgir tanto en el nombramiento de personas relacionadas con determinadas jefaturas, como aquellas situaciones en donde es al funcionario público al que le corresponde decidir quien ingresa o no, ante lo cual podría despertar una especie de interés desproporcionado a la hora de tomar la decisión, lo cual evidentemente contraviene los principios fundamentales del Régimen de Servicio Civil.*

Lo anterior concuerda con el análisis realizado en el oficio ibid por medio del cual se dijo oportunamente:

> *"Así, se tiene que entre los sistemas selectivos, el concurso por oposición sigue siendo el sistema ordinario, para valorar el mérito y la idoneidad de los candidatos, procedimiento en cuya ejecución las autoridades de Servicio Civil garantizan imparcialidad y objetividad en su aplicación, pero pudiéndose presentar a la hora de la escogencia la situación de que se produzca en una especie una incompatibilidad entre un candidato elegible y la autoridad que debe hacer la designación, al existir vínculos familiares de por medio, a lo cual los principios generales de servicio civil son muy sensibles, ya que debe procurarse la erradicación de posibles nepotismos, es decir la desmedida preferencia que algunos funcionarios públicos dan a sus parientes otorgando un determinado provecho o empleo público, dentro de las relaciones de servicio que se producen entre el Estado y los servidores públicos."*

Dentro de algunas normas de reciente vigencia, el artículo 10 de la Ley No. 8292 "Ley General de Control Interno", señala:

> "*Artículo 10.—Responsabilidad por el sistema de control interno. Serán responsabilidad del jerarca y del titular subordinado establecer, mantener, perfeccionar y evaluar el sistema de control interno institucional. Asimismo, será responsabilidad de la administración activa realizar las acciones necesarias para garantizar su efectivo funcionamiento.*"

En el mismo sentido, el artículo 3 de la Ley No. 8422 "Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública", señala:

> "Artículo 3º—Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente."

De conformidad con lo expuesto, queda claro que en cuanto al tema de las limitaciones, efectivamente debe un servidor, tanto al momento del ingreso o selección de un posible servidor, abstenerse de conocer de aquellos asuntos en que implique una especie de interés propio o de alguna persona con la cual exista algún grado de parentesco.

Aunque la limitación del inciso b) del artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil únicamente se refiere a la inexistencia de parentesco en relación jerárquica, corresponde a la administración activa determinar la idónea conformación de los grupos de trabajo u

organizacionales, previniendo entre otras, disposiciones nepóticas; pero tampoco que exclusivamente bajo ese argumento, se justifique o sea pretexto para denegar derechos constitucionales como el libre acceso a la función pública, para lo cual, podrían realizarse los movimientos de personal necesarios, que estando dentro del bloque de legalidad, permitan la conjunción del interés público por gozar de una sana administración y del interés particular por ingresar a un régimen de empleo público.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-651-2007
29 de noviembre de 2007

Licenciada
Yesenia Méndez Miranda
Yesenia.mendez@cup.ac.cr
COLEGIO UNIVERSITARIO DE PUNTARENAS

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su oficio sin número, recibido por medio de correo electrónico el 24 de noviembre del año en curso, y a través del cual consulta lo siguiente:

> *"¿Los funcionarios (indefinidos o interinos) de una institución pública, independientemente de la Institución, tienes (sic) derecho a participar en un Concurso Externo? Lo anterior suponiendo que ya se efectuó el Concurso Interno, y fue anulado por (sic) Consejo Directivo, alegando, según el criterio del Asesor Legal, que existió Visio (sic) de Nulidad en el Concurso Interno"*

Uno de los derechos fundamentales de los cuales gozan los ciudadanos de la República de Costa Rica, es el referido al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad.

Dicho derecho encuentra regulación en el instrumento internacional denominado El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos en su artículo 25 inciso c), el cual dispone al efecto:

> *"Artículo 25.- Todos los Ciudadanos gozarán de los siguientes derechos y oportunidades:*
> *c) Tener Acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país."*

Por su parte, nuestra Constitución Política garantiza en los artículos 191 y 192, la escogencia de quien compruebe ser el candidato idóneo, para ocupar el cargo, en aras de la prestación eficiente del servicio público.

Ahora bien, la forma o el procedimiento por medio del cual se accede al cargo público, lo es a través del concurso público, y sobre el particular la Sala Constitucional ha establecido por medio de su jurisprudencia lo siguiente:

> *"La Sala entiende que, en el sector público,* ***los concursos para llenar plazas es el medio natural mediante el cual se abre la posibilidad a todos aquellos sujetos que cumpliendo los requisitos académicos y de experiencia laboral, sean aptos para ocupar el puesto que se sacó a concurso****, para con ello cumplir con el mandato constitucional establecido en el artículo 192, de la "idoneidad comprobada" garantizándose la eficiencia de la función de la Administración."* (La Negrilla y el subrayado no pertenecen al original) Resolución Nº 3611-93 de las14:39 horas del día 28 de julio de 1993.

De igual modo en el voto *No. 2001-05694, retomado en Sentencia* de la citada Sala Nº 2007004206 de las 13:09 horas del 23 de marzo del 2007, se estableció al efecto:

> *"El concurso es una competencia entre diversas personas, establecido con la finalidad de determinar la idoneidad de los participantes, por lo que se requiere de parámetros de medición de cada uno de los elementos a valorar. En ese sentido, esta Sala ha señalado que: "…el propósito inmediato del proceso concursal es computar y asignar una calificación a cada uno de los participantes. Ese dato servirá, a su vez, como parámetro objetivo de comparación entre ellos a fin de determinar un orden de prevalencia que sirva para efectos de facilitar la escogencia final, en función del número de plazas vacantes (...)"*

De lo anterior se colige, que quienes pretenden acceder a un cargo público, podrán hacerlo por medio de la participación en un concurso, ya que como lo indica la Jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional Costarricense, es el medio natural para lograr llegar a ocupar un cargo.

Finalmente en cuanto a la pregunta de si un funcionario interino puede participar en un concurso externo, debemos decir que jurídicamente ésta es la forma de participación normal, por medio de la cual se puede acceder a la función pública, y que independientemente de su condición de interino o en propiedad, se tiene el derecho de participar en condiciones de igualdad, por el puesto que se saque a concurso.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-559-2007
08 de octubre del 2007

Señora
Miriam Mora Méndez
Jefe de Recursos Humanos
Procuraduría General de la República
S. O.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida por correo electrónico de fecha 03 de octubre del presente año, mediante la cual indica:

> *"... ¿Puedo solicitar a Servicio Civil dejar sin efecto ese Pedimento para sacarlo a concurso interno? ..."*

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

El artículo 22 del Reglamento de Concursos Internos para Promoción de Servidores Públicos, Decreto Ejecutivo Nº 24025-MP del 13 de enero de 1995, establece en lo que interesa lo siguiente:

> *"Artículo 22.- Al ocurrir una vacante, la Oficina de Recursos Humanos, conjuntamente con el jefe de la unidad en donde ésta se halle,* ***determinará el procedimiento para llenarla considerando en su orden las siguientes opciones****: ascenso directo, según el artículo 33 del Estatuto y 20 de su Reglamento; ascenso mediante concurso interno, según el artículo 34 del Estatuto, 21 de su Reglamento y las normas estipuladas en este Decreto, o concurso externo según lo estipulan los artículos 25 y siguientes del Estatuto y el Capítulo V de su Reglamento. ..."* (el resaltado no es del original)

El orden establecido por el artículo 22 citado supra, es congruente con el desarrollo de la Carrera Administrativa de los servidores públicos, definida por el Dictamen C-005-2000 de fecha 24 de enero del 2000 emitido por la Procuraduría General de la República, que señala:

"... III. CONCEPTO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA:
En nuestro medio, este concepto tiene su origen en los numerales 191 y 192 de la Carta Política, a través de los cuales, deriva una serie de garantías y beneficios a la persona que ingresa al empleo público, concurriendo para esos efectos, el principio de la idoneidad comprobada que es el que le otorga la estabilidad del cargo. A partir de este momento, el funcionario se introduce a la potencialidad de oportunidades administrativas, como lo podrían ser, el accesar a un ascenso de puesto, o bien, a la dación de reconocimientos económicos-sociales. Ello, en la medida en que vaya adquiriendo, fundamentalmente, experiencia, capacitación y profesionalización en la función pública y así, por supuesto, lo ofrezca el ordenamiento jurídico a que se encuentra sujeto.

En este aspecto, la calificada doctrina ha entendido que "La carrera se concibe más bien (al menos en teoría) desde una perspectiva funcional, como un conjunto de oportunidades de ascenso y movilidad que la ley ofrece a los funcionarios (y otros empleados) en el seno mismo del empleo público. Al establecer las normas que regulan la carrera, lo que se pretende es, por un lado, facilitar la autorrealización profesional (aspectos retributivos incluidos) y por estimular el perfeccionamiento del funcionario. El objetivo último es asegurar que la Administración pueda contar con el personal capacitado que necesita. Pero también se trata de garantizar al funcionario unas reglas de juego que le permitan prever sus posibilidades de mejora profesional y económica y una cierta seguridad en los niveles de responsabilidad y

retributivos que sucesivamente vaya alcanzando. De esta manera puede hacerse atractivo tanto el ingreso como la permanencia en la función pública, mientras que se recompensa al funcionario por su esfuerzo de promoción. Éstos son, desde una perspectiva moderna, los objetivos de la carrera. Pero que se alcancen o no depende, entre otras cosas, del esquema de carrera que la legislación disponga, de la claridad y objetividad de las reglas y de las posibilidades reales de ascender en virtud de la capacidad y el esfuerzo individual."(5)
NOTA (5): SÁNCHEZ MORÓN, Miguel "Derecho de la Función Pública" Editorial Tecnos, S.A. 1996, Madrid, p.139. Asimismo ver: ..."

Como se desprende de la norma transcrita y de la definición de la Carrera Administrativa, acudir al concurso externo para llenar una vacante, supondría haber considerado previamente, en su orden, los procedimientos indicados en ese artículo 22 supra transcrito.

Ahora bien, si se optó por llenar la vacante mediante concurso externo de manera directa, es decir, sin acudir a los procedimientos anteriores para llenar la vacante, en ese caso, aunque fuere de manera implícita, tuvo lugar una decisión de la administración consistente en no desarrollar la Carrera Administrativa de sus servidores.

Es por ello que mediante el Oficio Circular SP.010-95 del 09 de agosto del 1995, que se refiere a la "Normativa sobre la conformación y resolución de Nóminas de Elegibles", se señaló en el Punto 1.2.7 lo siguiente:

"...
1.2.7. Cuando se soliciten cambios de especialidad, de clasificación de un puesto, aplicación del Decreto Ejecutivo No. 24025-MP (Concursos Internos) u otras variaciones; ***no se anulará el Pedimento de Personal****, hasta tanto no se resuelva la nueva situación de puesto.*

Es importante resaltar que posterior al envío de una Nómina de Elegibles, no se aceptará ninguna solicitud de reasignación, cambio de especialidad, promoción u otro movimiento sobre el puesto que se trate, a los efectos de que la respectiva Nómina sea resuelta de conformidad con las disposiciones estatutarias.
..." (el resaltado no es del original)

Esa disposición refleja el contenido del artículo 22 citado supra, en cuanto determina operativamente la imposibilidad de retrotraer la voluntad de la administración sobre el procedimiento para llenar una vacante, una vez que la misma fue sometida al concurso externo y el respectivo pedimento.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-565-2007
11 de octubre de 2007

Master
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General
Dirección General de Servicio Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, y de acuerdo con su solicitud, nos referimos a la situación jurídica relacionada con el marco legal que regula el ingreso de los profesionales en Enfermería al Régimen de Servicio Civil, y sobre el particular señalamos:

Valga la oportunidad para recordar sobre el tema, que esta Asesoría Jurídica mediante oficio número AJ-623-2006 de fecha 13 de setiembre del 2006 atendió su consulta llegando a la siguiente conclusión:

"En consecuencia llegamos a la conclusión de que los concursos que se realicen para seleccionar a profesionales en medicina y en enfermería dentro de las instituciones del Régimen de Servicio Civil, deben realizarse de conformidad con lo dispuesto por el Estatuto de Servicio Civil, y no por el Estatuto de Servicios de Enfermería ni el Estatuto de Servicios Médicos."

No obstante lo anterior, ello permitió que esta Dirección General por medio del oficio DG-578-2006 de fecha 19 de setiembre del 2006 y con el aporte del citado criterio jurídico, solicitara al respecto, pronunciamiento a la Procuraduría General de la República.
Finalmente el ente procurador del Estado atendió dicha consulta por medio del pronunciamiento C-102-2007 de fecha 10 de abril de 2007, en el cual concluyó lo que a continuación se menciona.

> "III- CONCLUSIONES.
>
> Con fundamento en los razonamientos expuestos este Órgano Consultivo, concluye lo siguiente:
>
> 1. De conformidad con la normativa expuesta en el caso de los Profesionales en Servicios Médicos aplica lo dispuesto en el Estatuto de Servicios Médicos y el Reglamento que lo regula (artículos 1, 3 y 4 de la Ley 3671; y los artículos del 2 al 13 del

Reglamento al Estatuto de Servicios Médicos, N° 5); no obstante, por lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento antes mencionado, para quienes se encuentran dentro del Régimen del Servicio Civil lo que procede –en materia de reclutamiento y selección de personal- es la aplicación de lo dispuesto en el Estatuto de Servicio Civil.

2. En el supuesto establecido en el Estatuto de Servicio de Enfermería, lo procedente es aplicar tanto la Ley N°7085, como su Reglamento 18190-S, con base los criterios cronológico y de especialidad de la norma."

Con respecto a la segunda conclusión, ésta debe entenderse en armonía con el análisis que precede a la conclusión de la consulta de cita, en el siguiente sentido:

"En síntesis, la regulación por la cual se rigen los procesos de selección y reclutamiento de los Profesionales en Enfermería es el Estatuto de Servicios de Enfermería y su Reglamento, supletoriamente, es decir, en ausencia de norma, se aplicará lo dispuesto en el Estatuto de Servicio Civil, por así disponerlo el artículo 12 del Estatuto de Servicios de Enfermería."

En virtud de lo anterior efectivamente y por las razones analizadas por la Procuraduría General de la República esta Asesoría Jurídica comparte plenamente el pronunciamiento vertido por dicho Ente Procurador.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

Cc. Lic. Rafael Bejarano Naranjo
Director Área de Reclutamiento y Selección

AJ-421-2007
23 de julio de 2007

Señores
Directores de Área
Coordinadores Oficinas de Servicio Civil
Jefes de Recursos Humanos

Estimados señores:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos permitimos realizar un resumen ejecutivo del Dictamen número C-208-2007 de fecha 25 de junio del 2007, el cual fuera emitido por la Procuraduría General de la República, ante una consulta de la Directora Nacional de Desarrollo de la Comunidad (DINADECO), sobre la figura de la Prohibición a los profesionales en derecho en virtud del nivel académico que ostenta, y no en razón del requisito primario del puesto que ocupan.

Dicha consulta suscitó ante duda surgida a partir del Dictamen de esa Procuraduría General C-202-2004, que fuera referido al caso de los servidores del Registro Nacional y la interpretación proporcionada por la Asesoría Jurídica de esta Dirección General de Servicio Civil mediante oficio AJ-331-2007 de 23 de mayo del año en curso.

La materia referida es el Régimen de Prohibición y Dedicación Exclusiva, que inhibe a los funcionarios públicos, a ejercer la profesión que ostentan una vez que ha concluido su jornada de trabajo.

***SOBRE LA PROHIBICIÓN**: ese Órgano Consultor en dicho Dictamen ha señalado:*

> *"La prohibición para el ejercicio de una determinada profesión forma parte de las incompatibilidades, 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, No.3292-95 de las quince horas treinta 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."

"... A partir de lo señalado, 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."...*

Además revela dicho dictamen:

"... La posibilidad de pago de compensaciones económicas por concepto de prohibición está contemplada en la Ley 5867. De este cuerpo normativo nos interesa resaltar los artículos 1 y 5 que establecen el primero, un sistema escalonado para el pago de dicha compensación, en orden al grado académico que ostente la persona que ocupe los cargos que allí se señalan y el segundo, la inclusión de los abogados de algunas entidades pública a efectos del pago de la compensación económica."...

Agrega dicho Órgano Consultivo:

"... El pago de la compensación económica ha sido regulado mediante Decreto Ejecutivo 22614, Reglamento para el Pago de Compensación Económica por concepto de Prohibición... transcribiendo los artículos 9, 10 y 11 del dicho Reglamento."

SOBRE EL RÉGIMEN DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA: *El Órgano Consultor someramente se avoca a describir las diferencias existentes*

entre esta y la prohibición, y transcribe el Dictamen C-270-2004 de 20 de setiembre del 2004, en el que se denota:

> *"Tal instituto (se refiere a la dedicación exclusiva), es dable en la Administración Pública mediante un contrato suscrito entre ésta y el funcionario, que por virtud de la profesión que ostenta, se requiere su exclusividad en el cargo que ocupa, y por consiguiente se necesita que no ejerza la profesión o profesiones u oficio, en ninguna otra institución pública o privada. Lo anterior, a cambio de percibir un plus salarial de manera constante. Con ello, también se trata de incentivar al servidor (que no recibe ningún emolumento similar a la dedicación exclusiva, como puede ser la prohibición al ejercicio de la profesión que establece la Ley No.5867 de cita supra) a fin de que no solo realice sus funciones con mayor eficiencia, sino la garantía de su permanencia en la prestación de sus servicios. En ese sentido, la Sala Constitucional se ha pronunciado reiteradamente. A manera de ejemplo, en la resolución Nº2312-95 de las 10:15 horas del 9 de mayo de 1995 dijo: "...mediante el régimen de Dedicación Exclusiva la Administración pretende por razones de interés público contar con un personal dedicado exclusiva y permanentemente a la función estatal que lo convierta en una fuerza de trabajo idónea y más eficiente, contar con el funcionario de nivel profesional sus servicios exclusivos, a cambio de un plus salarial. Así el sistema le permite al servidor calcular si el benéfico del ejercicio privado de su profesión es mayor o menor que la compensación salarial que el Estado le entrega a cambio de la prestación exclusiva de sus servicios. (...) Este sistema no resulta irracional y difiere del régimen de prohibición que por impedimento legal limita al funcionario para ejercer en forma liberal la profesión. (...)"*

Sobre el fondo de la consulta indica el Dictamen en examen:

> *"...**si procede reconocer a los abogados que laboran para dicha institución (en este caso DINADECO) el pago***

de la prohibición en virtud del grado académico que ostenta y no en razón del requisito primario del puesto que ocupan". ...

Del oficio en estudio reza el haber sido analizado el Dictamen C-202-2004 de 17 de junio del 2002, en el que desarrolló lo que se transcribe a continuación:

"De allí que, ante la interrogante de si procede o no reconocer un mayor porcentaje en la compensación económica por concepto de la prohibición, en aquellos casos en que el servidor alcance un grado académico mayor al establecido por el requisito académico primario, o de mayor nivel que tiene el puesto, habría necesariamente que responder afirmativamente.

Lo anterior por cuanto, tanto la ley que crea dicha compensación (Nº 5867 de 15 de diciembre de 1975), como su reglamento (Nº 22614-H de 22 de octubre de 1993), son claros en sus disposiciones, en punto a que el porcentaje de pago por compensación económica de la prohibición puede variar favorablemente para el servidor, en el supuesto de que éste llegare a obtener un nivel académico mayor que el establecido como requisito académico primario del puesto. ...

CONCLUSION: De conformidad con todo lo expuesto, este Despacho es del criterio de que en aquellos casos en que un servidor obtenga un nivel académico superior al establecido como requisito primario del puesto, resulta jurídicamente procedente reconocerle el porcentaje de compensación por concepto de la prohibición, correspondiente al nivel respectivo, o que logre demostrar. Desde luego, que el puesto deba estar afectado por dicho impedimento, y que el nivel académico del servidor sea consecuente con la especialidad del puesto, son otros requisitos que deben observarse en estos casos." (Procuraduría General de la

República. Nº C- 160-98 de 11 de agosto de 1998) (El subrayado es del original).

Como puede verse, el punto en cuestión ya había sido objeto de estudio, no sólo por parte de este Despacho, sino también por la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil, la que mediante oficios números AJ-078-98 de 17 de febrero de 1998 y AJ-182-98 de 14 de abril de 1998, en los cuales, principalmente el primero de ellos, concluye que "se debe seguir reconociendo el porcentaje por concepto de prohibición que corresponda, de acuerdo con el requisito académico que logre demostrar según lo indica el artículo 1º de la Ley Nº 5867 citada, y no por el requisito que exige el puesto. Esto último es para otros casos especiales no referidos al programa de la Dirección General de Tributación Directa". Dicho criterio concuerda, en un todo, con el emitido por este Despacho, Nº C-160-98.

Cabe agregar a lo antes expuesto, que el pago que prevé la Ley Nº 5867, lo es como compensación por la prohibición del ejercicio particular de la profesión, es decir, se trata de un resarcimiento por el no ejercicio de la profesión. A tal efecto, obsérvese que la citada ley dispone un pago porcentual, escalonado, según el grado académico que ostente el servidor, y no según el requisito primario del puesto. Así, resulta entonces, que el porcentaje mayor corresponde al nivel de licenciatura u otro grado académico superior, disminuyendo según se trate de grados académicos menores. Siendo ello así, sería totalmente contraproducente, compensar a un profesional a nivel de licenciatura u otro grado académico mayor, con el porcentaje correspondiente a un bachiller o egresado, por el hecho de ocupar un puesto cuyo requisito primario sea precisamente uno de esos (bachiller o egresado); situación que, como se sabe, ocurre en la práctica, cuando con esfuerzo y dedicación, muchos servidores, mientras ocupan un cargo, culminan con éxito sus

estudios y llegan obtener el correspondiente título. En estos casos, considera este Despacho procedente compensar de acuerdo con el grado académico que el servidor ostente, pues así lo establece el numeral 1º de la Ley Nº 5867, aparte de que en esa forma, se eliminan las distorsiones originadas en el pago de la compensación por prohibición, con porcentajes menores al título o nivel real del servidor."

Continúa analizando la Procuraduría General en el Dictamen C-208-2007, lo siguiente:

*"En nuestro criterio, el pronunciamiento anterior resulta de aplicación también para el caso de los abogados o egresados de derecho que laboran para DINADECO, claro está, restringido a los supuestos de los incisos a y b del artículo 1 de la Ley 5867, por cuanto de conformidad con lo señala el artículo 5 de ese mismo cuerpo normativo, "la compensación económica por el no ejercicio de la profesión, en el caso de servidores con formación académica en la carrera de derecho, sólo puede acordarse en favor de abogados y egresados de licenciatura, pues la norma que permite dicho pago, hace referencia únicamente a servidores que hayan alcanzado ese nivel académico. **"** (C- 145- 97 de 5 de agosto de 1997).*

Sobre este mismo punto, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

" III. el reconocimiento de los porcentajes que perciben los egresados universitarios o licenciados sobre su salario base, a título de plus salarial, por ese no ejercicio liberal de la profesión, van de la mano, como una primera exigencia, del grado o avance académico, que como una cualidad personal, tengan todos y cada uno de los funcionarios que laboren en

las entidades cubiertas por la Ley número 5867, y sus reformas. Como segundo requerimiento, se establece que ese grado o avance académico guarde plena relación con los requisitos establecidos para el puesto desempeñado o a desempeñar, toda vez que los aludidos porcentajes se pagan, innegablemente, en razón del puesto que se ocupe
Debe concluirse, entonces, que para el pago de los porcentajes, por prohibición, según se trate de un licenciado o de un egresado universitario, no se puede hacer abstracción del puesto ocupado, pues precisamente es el puesto el que fija los requisitos que debe reunir un servidor, para que pueda ocuparlo y será de acuerdo al grado académico, conocimientos y experiencia, que se le pagará el porcentaje que fija la ley, por concepto del plus salarial, compensando éste su dedicación y su entrega total al servicio de la Institución, a la par de sus nuevas responsabilidades " . (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2004-00387 de las nueve horas cuarenta minutos del veintiuno de mayo de dos mil cuatro, el subrayado no es del original.)

De conformidad con lo expuesto, el porcentaje que por compensación económica se cancela a un funcionario deberá ajustarse al grado académico que realiment(sic) ostente el servidor, en aquellos casos en que ese funcionario ostente un grado académico superior al requisito mínimo que exige el puesto.

III. CONCLUSIONES:

De acuerdo con lo expuesto y en las normas citadas la Procuraduría General de la República es del criterio que:

1. El artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece una prohibición para el ejercicio de la profesión a los abogados del Poder Ejecutivo que realicen labores

jurídicas. Esta prohibición incluye a los abogados que realicen esas funciones dentro de la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad.

2. El artículo 5 de la Ley 5867 reconoce a los funcionarios mencionados en el punto anterior, una compensación económica cuando sean egresados o licenciados en derecho.

3. Se les debe reconocer a los funcionarios profesionales en Derecho que laboran para la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad, el pago de la compensación económica por el no ejercicio de la profesión fuera de la institución, según el grado académico que ostenta y no en virtud del requisito primario del puesto que ocupan, siempre que el grado académico que ostenten sea mayor al grado académico mínimo que el puesto requiera."

Atentamente,

Original Firmado { Licda.
Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA

AJ-429-2007
26 de julio de 2007

Licenciado
Johnny Alberto Marín Artavia
Fax: 231-6505

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio sin número de fecha 27 de junio del presente año, recibido vía fax, por medio del cual relata su desempeño como servidor público cubierto por el Régimen de Servicio Civil, y solicita una licencia sin goce de salario por el plazo de seis meses, prorrogable, a partir del 16 de julio del año en curso, consultando concretamente: "si durante el disfrute de la referida licencia, me alcanza algún tipo de prohibición para el ejercicio liberal de mi profesión de abogado, o si por el contrario puedo ejercer de manera amplia y sin limitación."

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Ahora bien, el fundamento jurídico de la prohibición para el licenciado en derecho, se encuentra en el Artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

De la lectura de la norma no se desprende el aspecto consultado por usted ante la solicitud de un permiso sin goce de salario, no obstante lo anterior, debe considerarse que la relación de servicio se mantiene con la institución de que se trate, la cual momentáneamente se encuentra suspendida pues no hay prestación efectiva del servicio.

Este tema ha sido abordado por la Procuraduría General de la República mediante el dictamen C-051-93 que en lo que interesa dice:

> "Al solicitar un trabajador un permiso de labores sin goce de salario en virtud de la legislación que lo ampara, se dan dos supuestos importantes a considerar en la primera interrogantes formulada, cuales son: a) interés directo del trabajador para disfrutar de un permiso sin goce de salario y, b) en consecuencia, no hay prestación efectiva de trabajo, en tales términos, durante ese tiempo solicitado y autorizado para no trabajar, el servidor no devengará el salario que le correspondería normalmente si trabajara, (...)".

Ahora bien, hasta lo aquí apuntado debe observarse dos aspectos de relevante importancia como lo son: a) La posibilidad de poder obtener el Protocolo, según las disposiciones de la Dirección de Notariado, sobre las cuales esta Asesoría Jurídica no se referirá por rebasar su competencia y b) Las incompatibilidades que ese ejercicio pueda traer.

Sobre el tema de las incompatibilidades se han emitido diversas disposiciones administrativas jurisprudenciales entre las que podríamos citar el Dictamen emitido por la Procuraduría General de la República que responde al número C-189-2007 de fecha 12 de junio de 2007 en el que se expuso lo siguiente:

> "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) [1]. 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."

Por otra parte, si bien es cierto cuando se está disfrutando de un permiso sin goce de salario, no se percibe remuneración alguna ni hay prestación de servicio, se hace necesario trae a colación la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito que establece la prohibición por incompatibilidad de intereses que pudiera existir entre el cargo y el ejercicio de la profesión.

Este tema ha sido analizado por la Procuraduría General de la República en su dictamen número C-144-2007 de fecha 08 de mayo del 2007, al decir lo siguiente en el tema que nos interesa:

"... es menester señalar que en virtud del carácter que tiene la función pública en nuestro Ordenamiento Jurídico, existen algunas disposiciones jurídicas que regulan en alguna medida la incompatibilidad de intereses que pudieran existir entre un cargo que ocupa un funcionario público y el ejercicio de la profesión que ostenta como tal, pues de darse una confrontación entre ambos conceptos, podría contravenirse con los principios de la objetividad, lealtad, imparcialidad, transparencia y neutralidad, que derivan de la máxima constitucional del artículo 11, al tenor del cual, todo funcionario público, una vez sometido al régimen jurídico que le rige, se encuentra obligado a cumplir a cabalidad con cada uno de los deberes y obligaciones que le demanda el puesto ocupado. Así, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado en reiteradas ocasiones y en lo que interesa, que:

"…El fundamento de las prohibiciones legales que determinan las incompatibilidades, es 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-.* (Sentencia No. 3292-95 de las 15 horas 33 minutos del 18 de julio de 1995. Véase además las sentencias números 3502-94 de las 15:28 horas del 12 de julio de 1994, 642-94 de las 14:06 horas del 20 de diciembre de 1994 y 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993, 5012-01, de las 10:09 horas del 12 de junio del 2001, entre otros)

Sobre este mismo tema de la incompatibilidad del funcionario público, el Órgano Consultor Vinculante del Estado indica en el Dictamen C-474-2006 de fecha 21 de noviembre de 2006 lo que reza seguidamente:

> "De todas maneras es importante recalcar que en nuestro medio jurídico, el funcionario público, sin excepción, se encuentra impedido para desempeñar cualquier labor o actividad que pueda transgredir los intereses del Estado; es decir, le está vedado realizar negocios, actos o cualquier otra actividad que comprometa los deberes de imparcialidad, lealtad, objetividad e independencia que caracteriza el ejercicio de la función estatal, las cuales derivan, naturalmente del principio de legalidad y responsabilidad que establecen los Artículos 11 de la Carta Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública. Así, lo ha externado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, al argüir: "En otra

ocasión, la Sala se refirió al profundo contenido ético que reviste el denominado "conflicto de intereses", destacando que las normas, valores y principios constitucionales, instauran de manera clara y sólida, los motivos para exigir la imparcialidad en el funcionamiento del Estado. Además, no está permitido a ningún servidor estatal, en el ejercicio de sus competencias, actuar en su propio beneficio o el de sus clientes o familiares, según sea el caso, porque **"...qué mayor agravio que ser perjudicado por aquél empleado público contratado precisamente para amparar sus derechos, pero que a su vez representa a la parte contraria. Esto no es más que la denegación de auxilio y de justicia en la vía administrativa.**" (El resaltado en negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia No. 3502-94 de las 15:18 horas del 12 de julio de 1994). . (Opinión Jurídica OJ-117-2004 del 27 de setiembre del 2004, el resaltado es del original. En sentido similar, es posible revisar el criterio C-089-2006 del 3 de marzo de 2006 ,)

Al tener este marco de referencia, y siendo que esta Asesoría Jurídica emite sus criterios sobre la normativa existente sin aplicarlos a casos concretos, deberá el consultante resolver y considerar lo procedente en coordinación con sus jerarcas institucionales.

Atentamente,

Original Firmado { Licda.
Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA

AJ-455-2007
07 de agosto de 2007

Licenciada
Marcela Ramírez Rojas
Analista de Sistemas de Información III
Correo electrónico thmadrain@gmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica damos respuesta a su oficio sin número de fecha 24 de julio de 2007, por medio del cual consulta lo siguiente:

> *"... me permito realizarles ciertas consultas que se me han presentado últimamente acerca del tema de la prohibición con la que cuento. Hace un tiempo se me presentó la oportunidad por medio de una amistad de realizar una labor de digitación de información en Excel, dicha información se me facilitaría para ser digitada y acomodada con algún formato específico según las necesidades de la empresa. Estuve consultando el reglamento de prohibición que la define de la siguiente manera:*
>
> *b) Prohibición: Inhibición obligatoria e irrenunciable para ejercer funciones propias del cargo o de la profesión que se ostenta, fuera de la Institución, así como también las actividades relacionadas con el ejercicio liberal de la profesión.*
>
> *Pero como de igual forma no me quedó muy claro, me dirijo a ustedes con el fin de saber si habría algún problema para mí en aceptar una labor de este tipo, ya que mi puesto actual es de Analista de Sistemas de Información III y no quisiera tener ningún inconveniente con mi puesto actual dentro del gobierno.*
>
> *La otra duda que tengo es la posibilidad que tiene un funcionario que cuenta con prohibición como mi caso de ser el administrador de una empresa o de pertenecer a una sociedad anónima de algún tipo."*

Previo a emitir el criterio jurídico resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que ha sido política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, no obstante lo anterior, hemos de indicarle que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Puede extraer con meridiana claridad que la consultante desea saber hasta donde llegan sus limitaciones para el ejercicio profesional de un servidor que recibe el pago de la compensación denominada prohibición.

En virtud de lo anterior y a la luz de la definición de prohibición, debemos indicarle que este incentivo busca de un modo tener la exclusividad de la prestación profesional del servidor que ha iniciado una relación de servicio con el Estado; es por ello que la ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975 y sus reformas, establece la creación de este incentivo, a efectos de que ciertos profesionales que presten su servicio a la administración, no deban ejercer la profesión liberalmente, pues de hacerlo evidentemente habría una especie de colisión de intereses, ya que podría verse comprometida la objetividad, lealtad e imparcialidad para con su empleador el Estado.

Ahora bien como se indicó supra, lo que se pretende es evitar que el funcionario entre en una especie de incompatibilidad respecto a los intereses que representa, es decir de algún modo lo que la ley de prohibición tutela es precisamente que no haya un enfrentamiento de intereses.

Valga la oportunidad para señalar que el régimen de las incompatibilidades, ha sido objeto de análisis por parte de la Procuraduría General de la República, mediante dictamen Nº C-144-2007, del 08 de mayo del 2007 **indicando** sobre el tema **los siguiente**:

"RÉGIMENES JURÍDICOS QUE LIMITAN EL EJERCICIO LIBERAL DE LA PROFESIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

Aclarada la naturaleza jurídica de la Institución consultante, es menester señalar que en virtud del carácter que tiene la función pública en nuestro Ordenamiento Jurídico, existen algunas disposiciones jurídicas que regulan en alguna medida la incompatibilidad de intereses que pudieran existir entre un cargo que ocupa un funcionario público y el ejercicio de la profesión que ostenta como tal, pues de darse una confrontación entre ambos conceptos, podría contravenirse con los principios de la objetividad, lealtad, imparcialidad, transparencia y neutralidad, que derivan de la máxima constitucional del artículo 11, al tenor del cual, todo funcionario público, una vez sometido al régimen jurídico que le rige, se encuentra obligado a cumplir a cabalidad con cada uno de los deberes y obligaciones que le demanda el puesto ocupado. Así, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado en reiteradas ocasiones y en lo que interesa, que:

"…El fundamento de las prohibiciones legales que determinan las incompatibilidades, es 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-.

(Sentencia No. 3292-95 de las 15 horas 33 minutos del 18 de julio de 1995. Véase además las sentencias números 3502-94 de las 15:28 horas del 12 de julio de 1994, 642-94 de las 14:06 horas del 20 de diciembre de 1994 y 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993, 5012-01, de las 10:09 horas del 12 de junio del 2001, entre otros)"

Ahora bien, sobre la existencia de algún problema en aceptar un empleo para realizar una labor de digitación en algún programa informático, debemos indicar que evidentemente la digitación es parte precisamente de la informática, por lo que en tal caso y para no menoscabar los intereses que protege la ley de prohibición y siendo que al servidor se le indemniza con el beneficio en examen, lo

recomendable es que aquel que preste sus servicios al Estado y reciba el pago de prohibición en virtud de una profesión específica, deba abstenerse a realizar cualquier función en el ámbito privado, dado que podría significar comprometer los intereses del Estado, el cual ha pagado para tener la exclusividad de sus servicios profesionales.

En cuanto a si un funcionario puede ser administrador de una empresa o pertenecer a una sociedad anónima, debe entenderse que el derecho de adherirse o formar parte de una organización de esta naturaleza, no viene en oposición a los intereses que representa, en el tanto dicha sociedad anónima no tenga como objeto fundamental la prestación o venta de algún servicio informático, pues de ser así evidentemente, habría una colisión de intereses respecto de los cuales representa y para el cual se le compensa con el beneficio en cuestión.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-467-2007
16 de agosto del 2007

Señora
Susana López Rivera
Directora
Despacho de la Ministra
Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Estimada señora:

Damos respuesta a su oficio número 20074055 de fecha 15 de agosto del año en curso, por medio del cual presenta una consulta sobre prohibición y la posibilidad de reconocerla a un funcionario de ese Ministerio.

Sobre el particular nos permitimos indicarle que encontrándose un criterio vertido por esta Dirección General que responde al número DG-281-97 del 13 de agosto de 1997, en el cual se analiza ampliamente situaciones como la consultada, debe la administración activa, en este caso ese Ministerio, aplicar las consecuencias derivadas de dicho oficio (que valga mencionar, data al año 1997), a algunos funcionarios que llegaron a prestar servicios a esa Institución, provenientes de otra.

Desconocemos las razones por las cuales ese Ministerio en su oportunidad, como lo fue en el año 1995, reconoció o denegó la prohibición a algunos funcionarios cuyo movimiento de personal se realizó por medio de resoluciones, dictadas con dos meses de diferencia, y que resultan muy similares en el Considerando, pero iguales en el aparte del encabezado del artículo 1º del “RESUELVE”.

Es importante recalcar el último párrafo del oficio de marras, el cual literalmente dispone:

"... Ahora bien, debemos señalar que dado que tanto el traslado como la reubicación deben hacerse sin causarle un grave perjuicio al servidor afectado (cfr. Artículo 22 bis del Reglamento al (sic) Estatuto de Servicio Civil y la propia jurisprudencia constitucional citada supra), en el caso de que se llegara a producir el cambio presupuestario de la "plaza" o número de puesto que ocupa el funcionario, a otro programa presupuestario donde no esté contemplado el pago del beneficio por prohibición, la resolución en la que ambos jerarcas acuerdan dicho traslado debe garantizarle al servidor el pago que por concepto de prohibición le corresponde conforme a derecho."...

Se agrega en el citado oficio de la Dirección General lo que seguidamente se trascribe:

"...Dada esta posición, consideramos oportuno y necesario reconsiderar todos aquellos criterios que tanto la Asesoría Jurídica como esta Dirección General hayan emitido sobre la aplicación del artículo 24, inciso e) del Decreto Ejecutivo Nº 22317-MP_H_MIDEPLAN, del 1º de julio de 1993, en todo aquello que se oponga al presente dictamen.".

Por último debemos indicarle que por respeto a las jerarquías superiores institucionales, esta Asesoría Jurídica se encuentra imposibilitada a ampliar o interpretar un oficio del máximo jerarca de esta Dirección General, que valga indicar no lo necesita pues el mismo fue dictado en forma clara y muy precisa.

Ahora bien, sobre el determinar "...su aplicación en el caso que nos ocupa", como usted lo solicita en su consulta, debemos recordar que los dictámenes de este centro de trabajo, se emiten únicamente sobre situaciones genéricas, en las cuales no se aprecia la existencia

de un sujeto particular, por tal motivo deberá ese Ministerio como administración activa, aplicar lo que en derecho corresponda.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Licda. Miriam Rojas González

Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA

AJ-602-2007
31 de octubre del 2007

Señor
Manuel Mesén Rodríguez
Guadalupe de Alajuela, 75 metros al Este del Surtidor Los Mangos
Casa Color Naranja, Mano Derecha

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su escrito de fecha 22 de octubre del 2007, mediante el cual consulta lo siguiente:

> ***"... me externe criterio sobre si tengo derecho al pago de prohibición o dedicación exclusiva en el puesto en el que me encuentro nombrado actualmente ..."***
>
> ***"... mi consulta va dirigida en el sentido de que si el puesto que ocupo en la actualidad fue incluido en la Relación de Puestos con cargo a otro Programa Presupuestario (Actividades Centrales), y el hecho de que fuera ascendido en propiedad estando el puesto aún pagado con cargo al Programa de Tributación, cuyos puestos están afectos al pago de prohibición*** *me corresponde el pago por dicho concepto* ***..."***

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

En términos generales, la respuesta a su inquietud se encuentra contenida en los incisos d) y e) del artículo 24 del Reglamento para el Pago de Compensación Económica por concepto de Prohibición, Decreto Ejecutivo No. 22614 del 22 de octubre de 1993, que señala:

> *"Artículo 24: Cesará el pago por concepto de prohibición cuando:*
> *…*
>
> *d) El servidor sea trasladado o ascendido a un puesto que no se encuentre afectado por prohibición.*
>
> *e) El servidor sea trasladado con su puesto a un programa que no se halle afectado por el pago de dicho concepto, salvo disposición legal en sentido contrario. ..."*

Para una mejor comprensión, la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-157-91 del 27 de setiembre de 1991, expuso las siguiente consideraciones:

> *"… Diferente es la situación que se presenta cuando el paso a la clase profesional 1 (Bachiller) tiene origen en un ascenso. En este supuesto, la promoción puede partir incluso del mismo servidor, como ocurre normalmente, en cuyo caso el interesado diligentemente acude a la oficina respectiva con el propósito de presentar atestados, o bien, puede suceder que el ascenso le sea ofrecido al trabajador, con lo cual se observa que la situación de cambio, en última instancia, depende del servidor si la acepta o no. Bajo esta perspectiva, puede afirmarse que si el ascenso es a un puesto no*

afectado por la prohibición, independientemente de la clase a que el puesto pertenezca, no se tendría derecho al beneficio de la compensación por el concepto expresado."

Sobre lo consultado, esta Asesoría Jurídica ha emitido abundantes criterios, dentro de los que se pueden citar los oficios DL-102-91 del 2 de abril de 1991, AJ-191-96 del 18 de mayo de 1996 y AJ-030-97 del 23 de enero de 1997. De fecha más reciente, el oficio AJ-126-2001 del 26 de abril de 2001, ha señalado:

"… Con base al análisis inferido precedentemente, normas legales citadas, arribamos a la conclusión en el presente asunto de que no resulta jurídicamente procedente el reconocimiento del plus denominado prohibición para aquellos funcionarios que han venido disfrutando de dicho beneficio, en el tanto lo que haya operado sea el traslado de un puesto a otro programa que no está afectado por el beneficio de prohibición, pues en tal situación es la normativa de prohibición la que contempla este supuesto como una forma expresa por medio de la cual deberá cesar el pago por el concepto dicho; si por el contrario lo que operó fue una reubicación la indemnización por Prohibición se mantiene incólume. No obstante lo anterior es menester de la (sic) Autoridades del Ministerio consultante verificar cual fue la figura que se puso en práctica, una vez determinada esta situación se deberá resolver el asunto **de acuerdo con los lineamientos analizados."**

En relación con el pago por concepto de Dedicación Exclusiva, recuérdese que de conformidad con la Resolución DG-070-94 y sus reformas, el mismo tiene base contractual, por lo cual la Administración deberá determinar la eventual suscripción del contrato o no, según el interés público.

Por último debemos indicarle que corresponde a la administración activa (entiéndase para este caso, el Ministerio de Hacienda),

determinar la correcta ponderación y asignación del pago de compensación económica por concepto de prohibición, que consiste en una labor de razonamiento técnico, lógico y jurídico, de conformidad con la normativa que rige ese complemento salarial.

De esta forma, se brinda respuesta a su consulta en el término de Ley.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-468-2007
16 de agosto de 2007

Señora
María del Carmen Segura Melgar
Departamento de Asuntos Legales
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su escrito de fecha 07 de agosto del 2007, por medio del cual consulta:

> *"La suscrita labora en el Departamento de Asesoría Legal, de la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, actualmente poseo el puesto de Técnico y Profesional 3 en derecho, en propiedad y realizo labores de Abogacía, no puedo solicitar reasignación en estos momentos porque esta Dirección se encuentra en un Proceso de Reestructuración.*
>
> *El pasado 31 de julio del año en curso, obtuve mi Título extendido por la Universidad Santa Lucía, por haber cumplido con los requisitos académicos y reglamentarios de la carrera respectiva y se me confiere el Grado Académico de "Licenciatura en Derecho", con todos los derechos y deberes inherentes a tal grado.*
>
> *Sé de antemano que debo continuar con los respectivos trámites de Incorporación ante el Colegio de Abogados, para ejercer mi profesión, pero como actualmente laboro para la Administración Pública, razón por la cual, presento ante usted la siguiente consulta: ¿Es necesario estar incorporada al Colegio de Abogados, para que se me otorgue el beneficio salarial del pago de la prohibición? Según la Dirección de Recursos Humanos de*

este Ministerio, en forma verbal, me indicó: "que de acuerdo a lo establecido por la Dirección del Servicio Civil hasta que este incorporada se procederá a dicho pago no antes".
No omito manifestarle que obra en mi poder: la Ley de Compensación por pago de Prohibición", Ley 5867 del 15 de diciembre de 1975 y sus reformas", que es el instrumento legal en el que se fundamenta esta petición del pago de la prohibición dado que esta se impone al funcionario por imperativo de ley en forma taxativa, además Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República (Pago Prohibición a Egresado C-145-97 y Pago de Prohibición a Egresados 2 C-209-2002 y Opinión Jurídica: 200-J-2003) y en ninguno de los pronunciamientos se hace referencia a la necesidad de estar incorporado al colegio respectivo para obtener dicho beneficio salarial."

Previo a emitir el criterio jurídico resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que ha sido política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, no obstante lo anterior, hemos de indicarle que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Sobre el particular hacemos de su conocimiento que esta Asesoría Jurídica mediante oficio Nº AJ-646-2001 del 20 de noviembre del 2001 se refirió al tema de la Prohibición a los Profesionales en Derecho, indicándose al respecto en aquella oportunidad:

*"**SOBRE EL MARCO JURÍDICO DE PROHIBICIÓN PARA LOS PROFESIONALES EN DERECHO.***

Esta Asesoría Jurídica ha reconocido, a través de sus diversos pronunciamientos, que en cuanto al marco jurídico aplicable y que regula lo relativo a la prohibición del ejercicio liberal de la Profesión para los Abogados, lo es la Ley Orgánica del Poder Judicial concretamente el artículo 244, y con respecto a los porcentajes que corresponden a los profesionales con grado académico de Licenciados el mismo es de un 65% sobre el salario base, y para los egresados en dicha especialidad un 45%, lo anterior de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 1° de la Ley 5867 de 15 de diciembre de 1975 y sus reformas, denominada "Ley de Prohibición".

Con respecto al artículo 244° de la Ley ibídem, el mismo establece:

"Artículo 244.- Aunque sean abogados, no podrán ejercer la profesión los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial , del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República y de las municipalidades salvo en sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados.

Se exceptúan de la prohibición anterior los servidores del Poder Ejecutivo que presten servicios en los establecimientos oficiales de enseñanza y que no tengan ninguna otra incompatibilidad; lo mismo que los servidores judiciales interinos o suplentes, siempre que ese interinato no exceda de tres meses; los fiscales específicos; los munícipes y apoderados municipales; el Director de la Revista Judicial; los defensores públicos de medio tiempo y los que sean retribuidos por el sistema de honorarios y, en general, todos los servidores que no devenguen sueldo sino dietas."

Se infiere diáfanamente de la citada norma, que a los abogados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, e Instituciones citadas, a lo que tienen derecho es al reconocimiento del beneficio económico por prohibición, es decir al existir un imperativo legal, que así lo señala, no podrá ser otro emolumento el que debe ser reconocido, sino únicamente el de Prohibición.

(...) ***CONCLUSIÓN:***

Así las cosas, se desprende claramente del análisis realizado, normas legales invocadas, que a los Abogados y egresados en Derecho, que laboren para el Poder Ejecutivo lo que corresponde jurídicamente reconocerles, es el beneficio económico denominado Prohibición, lo anterior en virtud del imperativo legal existente -(establecido en el Artículo 244° de

la Ley Orgánica del Poder Judicial[21])-, y siempre que ocupen un puesto cuyo requisito requiera la Licenciatura en Derecho o ser egresado en dicha especialidad, así como que realicen tareas de abogacía; el reconocimiento de otros pluses económicos sería contrariar el Principio de Legalidad contemplado en el artículo 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública."

Por su parte este ente Procurador del Estado, mediante dictamen C-208-2007 del 25 de junio de 2007, ha indicado al respecto:

"I. SOBRE EL RÉGIMEN DE PROHIBICIÓN Y DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA.

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) [1]. 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.

21 Ley N° 7333 publicada en la Gaceta Oficial N° 124, Alcance 24°, del jueves 1° julio de 1993.

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. [2]

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]

Diversas normas contienen la prohibición para el ejercicio de profesiones. Así, el artículo 34 de la Ley de Control Interno establece una restricción para el ejercicio de profesionales liberales fuera del cargo para los funcionarios de las auditorias, restricción que se ha interpretado que incluye todas las profesiones que el servidor ostente.

De manera similar, el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios establece una prohibición para el desempeño de cualquier otra profesión u actividad para aquellos empleados que ocupen los cargos allí señalados y que ejerzan funciones en la administración tributaria.

Por otra parte, el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, somete al régimen de prohibición para el ejercicio liberal

de la abogacía a algunos funcionarios públicos. Señala la norma en comentario, lo siguiente:

"ARTICULO 244.-

Aunque sean abogados, no podrán ejercer la profesión los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República y de las municipalidades, salvo en sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados.

Se exceptúan de la prohibición anterior los servidores del Poder Ejecutivo que presten servicios en los establecimientos oficiales de enseñanza y que no tengan ninguna otra incompatibilidad; lo mismo que los servidores judiciales interinos o suplentes, siempre que ese interinato no exceda de tres meses; los fiscales específicos; los munícipes y apoderados municipales; el Director de la Revista Judicial; los defensores públicos de medio tiempo y los que sean retribuidos por el sistema de honorarios y, en general, todos los servidores que no devenguen sueldo sino dietas."

La posibilidad de pago de compensaciones económicas por concepto de prohibición, está contemplada en la Ley 5867. De este cuerpo normativo nos interesa resaltar lo señalado en los artículos 1 y 5 que establecen el primero, un sistema escalonado para el pago de dicha compensación, en orden al grado académico que ostente la persona que ocupe los cargos que allí se señalan y el segundo, la inclusión de los abogados de algunas entidades públicas a efectos del pago de la compensación económica. Indican las normas en comentario, en lo que interesa, lo siguiente:

"Artículo 1.-

Para el personal de la Administración Tributaria que, en razón de sus cargos, se encuentre sujeto a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo, se establece la siguiente compensación económica sobre el salario

base de la escala de sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública:

a) Un sesenta y cinco por ciento (65%) para los profesionales en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.

b) Un cuarenta y cinco por ciento (45%) para los egresados de programas de licenciatura o maestría… "

"Artículo 5.-

Los beneficios dispuestos en los incisos a) y b) del artículo 1 de esta ley, se aplican a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo referidos en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y ***a los egresados de programas de licenciatura, maestría o doctorado en Derecho, que estén cumpliendo tales funciones.***

Estos beneficios se aplicarán, igualmente, a los funcionarios ***que en el nivel de licenciatura o egresados****, laboren para el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, el Registro Civil y la Contraloría General de la República. Tal compensación se calculará sobre el salario de base correspondiente a cada institución." (lo resaltado no es del original)*

El pago de la compensación económica ha sido regulado mediante Decreto Ejecutivo 22614, Reglamento para el Pago de Compensación Económica por concepto de Prohibición del 22 de octubre de 1993. Para los efectos de esta consulta, nos interesa señalar lo indicado por los artículos 9, 10 y 11 del Reglamento, que señalan:

Artículo 9: Salvo disposición expresa en contrario, procede el pago de compensación económica a los servidores que se ajusten a lo siguientes:

a) Que ocupen puestos que estén afectados legalmente por prohibición;

b) Que reúnan alguno de los requisitos académicos indicados en el artículo 1° la Ley 5867 y sus reformas;

c) Que exista ley expresa o resolución judicial que autorice la compensación económica; y

d) Que ostenten una formación académica afín con el cargo que desempeñen; que dentro del ámbito del Régimen de Servicio Civil, quedará a juicio de Dirección.

Artículo 10: La asignación del porcentaje que le corresponda al servidor efectuará de conformidad con lo que al efecto disponga la ley o resolución judicial que lo autorice.

"Artículo 11: El porcentaje de pago por compensación económica asignado a cada servidor podrá variar por:…

b) Variación de los requisitos académicos mayores, por parte del benefician dentro de los supuestos conferidos en la Ley…."

A partir de las normas anteriores, esta Procuraduría ha señalado que existen dos presupuestos para la procedencia del pago de la compensación económica:

"En lo que atañe al tema de consulta, se ha podido observar del anterior texto, dos supuestos importantes para la procedencia, en estricto sentido, del pago de la mencionada compensación económica, a saber: ***que el puesto ocupado por el funcionario se encuentre afectado por la aludida prohibición, y que al mismo tiempo se reúna el requisito mínimo académico que el cargo requiere para el ejercicio de las funciones correspondientes.****" (Dictámenes C-329-2005 del 16 de setiembre del 2005 y C-089-2006 3 de marzo de 2006, el resaltado es del original)*

Habiendo definido las características del régimen de prohibición, nos avocaremos ahora a describir someramente el régimen de dedicación exclusiva, haciendo énfasis en las diferencias existentes entre cada uno de ellos."

De los anteriores pronunciamientos podemos concluir efectivamente, que el Régimen de Prohibición para los abogados del Poder Ejecutivo se encuentra regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que

para poder optar por dicho emolumento, no solo se debe ocupar un puesto en la administración pública, sino que en el caso de los abogados se requiere que el puesto este afectado a dicho Régimen compensatorio, y reunir los requisitos académicos que el puesto requiera de acuerdo con el Manual institucional o Manual de Clases Anchas aplicable.

Ahora bien haciendo una integración del ordenamiento jurídico aplicable, debemos indicar que el hecho de ostentar la Licenciatura en alguna carrera en el caso de los profesionales en derecho o un puesto en la administración pública, no implica "per se" que pueda hacerse acreedor del beneficio denominado prohibición, sino que en estos casos si el manual institucional requiere como requisito que el funcionario debe estar incorporado al Colegio respectivo, a nuestro juicio este es un requisito indispensable para optar por el 65% de Prohibición, y así sucesivamente un 45 %, si se es egresado, hasta llegar al porcentaje mínimo establecido por ley.

Por otra parte, siempre tratando de hacer una integración completa del ordenamiento jurídico, resulta necesario traer al análisis lo que establece el artículo 7 de la ley número 13 denominada "Ley Orgánica del Colegio de Abogados" del 28 de octubre de 1941, el cual dice:

> *"**Artículo 7.-***
> *Las funciones públicas para las cuales la ley exige la calidad de abogado, sólo podrán ser desempeñadas por los miembros del Colegio."*

En igual sentido véase el Reglamento Autónomo del Colegio de Abogados de Costa Rica, Aprobado en Acuerdo en Asamblea General Extraordinaria del 26 de febrero de 2004 y publicado en el Diario oficial La Gaceta Nº 113 del 10 junio del 2004, el cual establece al respecto:

"Artículo 8.- Condición profesional

Toda persona agremiada se encontrará necesariamente en alguna de las siguientes condiciones profesionales, en su relación con el Colegio:

a) **Activa.**
b) Honorífica.
c) Suspendida.
d) Separada en forma voluntaria, temporal o indefinidamente.

Artículo 9.- Persona agremiada activa

Son personas agremiadas activas del Colegio los profesionales que se encuentren en pleno ejercicio de los derechos y obligaciones que señala la Ley, **previo proceso de incorporación y juramentación.**" (El subrayado no pertenece al original)

Conclusión.

De lo anterior podemos concluir, que el beneficio de Prohibición para los Abogados corresponde otorgarla en virtud de lo dispuesto por el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el tanto ocupen puestos que estén afectados a dicho Régimen compensatorio, y que reúnan los requisitos académicos que el puesto requiera, en el caso de un profesional en derecho, para optar por el 65% de este beneficio, debe no solo haber obtenido el título de licenciado en derecho, sino estar debidamente incorporado al Colegio de Abogados, a excepción de los otros porcentajes inferiores como el del supuesto del egresado en derecho, en cuyo caso podrá optar por el 45 %, cuando cumplan los requisitos apuntados –excepto el de incorporación, pues el mencionado Colegio solo incorpora licenciados en derecho-, bastando para tales efectos demostrar tal condición por el medio idóneo, sea una certificación de egresado.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-542-2007
19 de setiembre de 2007

Master
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General
Dirección General de Servicio Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a consulta planteada por la señora Milena Gómez a su Despacho, mediante correo electrónico, de fecha 10 de setiembre de los corrientes, solicitando criterio respecto a la posibilidad de que funcionarios de esta Dirección General brinden capacitaciones en el marco del convenio Fundauna y Fusciderhe, pagados con fondos de ésta última, en horarios fuera de oficina.

Al respecto, y debido a la amplitud de la pregunta (en la que no se indica a qué grupo especifico de funcionarios se les solicitaría dar las capacitaciones) debe analizarse la consulta de manera igualmente amplia, partiendo para ello de la premisa de que la misma se hace en torno a si existe algún roce entre dichas capacitaciones y los distintos regímenes de no ejercicio de la profesión (sea por Prohibición o Dedicación Exclusiva), añadiéndose además por nuestra parte, una acotación respecto de la situación planteada confrontada con la Ley

contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley Nº 8422).

En primer lugar, deberá la Fundación interesada determinar si los funcionarios a los que pretende pagarle por las capacitaciones mencionadas en la consulta, tienen algún tipo de restricción para el ejercicio profesional, sea este Prohibición o Dedicación Exclusiva, figuras que si bien diferentes, sobre todo en su fuente (la primera por ley y la segunda por la voluntad de las partes) comparten la misma consecuencia, a saber, la imposibilidad de ejercer su profesión para cualquier sujeto (público o privado, físico o jurídico) que no sea su patrono directo, conviene entonces, y en aras de dar un mejor panorama a la consultante, recordar de manera sucinta ambas figuras.

Respecto a la figura del régimen de Prohibición, debe señalarse que, la misma fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975, cubriendo inicialmente, al personal de la Administración Tributaria que estuviera cubierto por la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, situación que posteriormente fue modificada y ampliada a otros servidores públicos por distintas leyes.

Ahora bien, respecto a la conceptualización de esta figura, el inciso b) del artículo 2 del Reglamento para el Pago de Compensación Económica por concepto de Prohibición, Decreto Ejecutivo Nº 22614 del 2 de noviembre de 1993, esta figura puede definirse como la:

“Inhibición obligatoria e irrenunciable para ejercer funciones propias del cargo o de la profesión que se ostenta, fuera de la Institución, así como también las actividades relacionadas con el ejercicio liberal de la profesión”

Se rescata que, tal y como se indicó *supra*, las causales que sustenten la prohibición deben darse por ley, tal y como ha sido reconocido por la Procuraduría General de la República, la cual señaló en su dictamen N° C-200-1997 de 21 de octubre de 1997 que:

"De lo expuesto se deduce que la Administración Pública carece de una potestad para decidir unilateral o contractualmente, cuáles servidores están sujetos a prohibición para el ejercicio privado de la profesión o actividades atinentes al cargo. Puesto que, la prohibición sólo puede tener su origen en la ley, es esta norma y no la Administración quien determina cuáles profesionales están sujetos a la prohibición, y ante la ausencia de una norma referida a una específica profesión, debe entenderse que el profesional es libre para laborar privadamente….". (El subrayado es suplido)

Ahora bien, por su parte el régimen de Dedicación Exclusiva, nace ya no de la ley, sino de la voluntad de las partes. En este sentido puede señalarse que respecto de las Instituciones pertenecientes al Régimen de Méritos, la misma es regulada mediante la resolución DG-70-94 de la Dirección General de Servicio Civil dictada a las 9:00 horas del día tres de agosto de 1994, y sus reformas.

Dicha norma estipula en su artículo 1° que la Dedicación Exclusiva *"es el ejercicio profesional del servidor únicamente para el órgano público en el que labora, por lo que no podrá ejercer de manera particular –remunerado o ad honorem- la profesión que sirve como requisito para desempeñar el puesto que ostenta, ni actividades relacionadas con ésta, con las excepciones que se señalan en la presente resolución...."*

Entonces, puede concluirse válidamente que la dedicación exclusiva es un *plus* salarial que nace de una relación contractual entre el funcionario y la Administración, en la cual el primero se obliga a ejercer su profesión en forma exclusiva para un determinado órgano público, y el segundo se obliga a retribuirle una compensación económica cuyo porcentaje oscila actualmente entre un 20% sobre el salario base para quienes posean el grado académico de Bachiller Universitario y un 55% para los que ostentes el grado de licenciatura u otro superior, de conformidad con el artículo 2 de la Resolución *supracitada*.

No obstante lo indicado, debe aclararse que las figuras citadas no son absolutas, pues encuentran excepción en su mismo fundamento legal, la primera, respecto a la prohibición, se expone en el artículo 19 del Decreto Ejecutivo N° 22614 (Reglamento para el Pago de Compensación Económica por Concepto de Prohibición), y la segunda, respecto a la Dedicación Exclusiva, en el numeral 11 de la resolución ya citada, normas que al tenor, y respecto a las capacitaciones, indican que:

"Artículo 19: El servidor que goce del beneficio de la prohibición está facultad para ejercer excepcionalmente su profesión, en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando se trate de impartir cursos de capacitación en instituciones públicas siempre que sean auspiciadas y organizadas por dichas instituciones (...)"

"Artículo 11.- El servidor que se acoja al Régimen de Dedicación Exclusiva podrá ejercer excepcionalmente su profesión comprometida en el respectivo contrato, en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando se trate de impartir cursos de capacitación en instituciones públicas, siempre que sean auspiciados y organizados por dichas instituciones. (...)"

Como puede verse, ambas normas gozan de una idéntica redacción respecto a la posibilidad de ejercer excepcionalmente la profesión en los casos en que se pretenda impartir capacitaciones, restringiéndolas, eso si, a que las mismas sean dadas en "instituciones públicas", entendiéndose éstas en el sentido amplio de la palabra, es decir de aquellas que se encuentren dentro o fuera del Sistema de Méritos.

Ahora, de acuerdo con la consulta planteada, las capacitaciones que se pretenden obtener por parte de funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil, son requeridas por la Fundación Servicio Civil para la Investigación y el Desarrollo de Recursos Humanos (Fusciderhe), ésta al ser una fundación, se rige por las normas estipuladas por la Ley de Fundaciones (Ley N° 5338 de 23 de agosto de 1973), la cual estipula en su artículo 1 que:

"Reconócese personalidad jurídica propia a las fundaciones, como entes privados de utilidad pública, que se establezcan sin fines de lucro y con el objeto de realizar o ayudar a realizar, mediante el destino de un patrimonio, actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas, y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social." El destacado es del redactor.

Si bien su utilidad es de carácter público, su naturaleza jurídica la califica como un ente de naturaleza privada, es decir escapa completamente de la órbita de instituciones públicas que componen el Estado, razón por la cual, considera esta Asesoría Jurídica, no se cumple con los requisitos estipulados por los numerales 11 inciso b) y 19 inciso b) ya citados, razón por la cual no es viable para los funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil, con puestos afectados sea por prohibición o por dedicación exclusiva, el dar cualquier tipo de capacitaciones a la Fundación consultante.

Por otra parte, dejando de lado el hecho de que los puestos estén afectados por restricciones de ejercicio profesional, debe señalarse que con la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley Nº 8422), se crearon una serie de incompatibilidades y prohibiciones distintas a las ya mencionadas, las cuales forman un nuevo régimen preventivo con el fin de combatir disuasivamente la corrupción, asegurando así la imparcialidad de los servidores públicos en general.

Así, respecto a la posibilidad de que un funcionario de la Dirección General de Servicio Civil (servidor público), reciba dinero por

capacitaciones otorgadas a una fundación de carácter privado (por ende dinero de capital privado) cabe realizar las siguientes dos acotaciones.

La primera de ellas va dirigida a exponer lo que al respecto señala el artículo 16 de la Ley N° 8422, norma que indica lo siguiente:

"Artículo 16.- Prohibición de percibir compensaciones salariales Los servidores públicos sólo podrán percibir las retribuciones o los beneficios contemplados en el Régimen de Derecho Público propio de su relación de servicio y debidamente presupuestados. En consecuencia, se les prohíbe percibir cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, o salario por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de estas, en el país o fuera de él." (El destacado es propio).

Sobre los alcances del anterior ordinal, debe rescatarse lo señalado por la jurisprudencia emanada por parte de la Contraloría General de la República, la cual ha señalado que:

"... la ley ordena que todo funcionario público que tenga una relación de empleo o de servicio con la Administración, debe estar regido por el régimen de derecho público y además sea retribuido necesaria y exclusivamente por el erario público, mediante fondos debidamente presupuestados, norma que encuentra su origen en primigenio en las principios constitucionales de transparencia y universidad presupuestaria.

Con esta disposición el legislador está proscribiendo expresamente la posibilidad jurídica de que un funcionario público reciba su retribución, honorario o cualquier otro nombre que se le quiera dar al estipendio –ya que se denota que la enumeración al ser amplia conlleva el alcance general que se le quiso dar- por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que no sean el Estado, sus instituciones y las empresas públicas.

Esta regulación significa un cambio radical respecto a lo que había sido la situación preexistente a la entrada en vigencia de esta ley, en donde en innumerables casos es sabido que funcionarios públicos al servicio de una Administración, venían siendo retribuidos a través de fundaciones, empresas privadas, organismos internacionales, etc., creándose potenciales situaciones inconvenientes e inadecuadas para la efectiva tutela de la imparcialidad, objetividad y responsabilidad propias del ejercicio de las funciones públicas" (oficio DAGJ-3446-2004 del 15 de diciembre de 2004).

La segunda acotación gira en señalar que si bien como principio general, se puede colegir de la norma y el criterio recién trascrito que no existiría problema para que funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil, cuyos puestos no se encuentren dentro de los regímenes restrictivos ya estudiados, presten sus servicios como capacitadores en horarios fuera de oficina[22], lo cierto es que al caso en concreto no se aplicaría dicha generalidad, ya no por lo expuesto en el numeral 16 recién citado, sino por lo señalado en el inciso b) del artículo 38 del mismo cuerpo legal, el cual señala que:

"Artículo 38- Causales de responsabilidad administrativa. Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público:

a) ...

b) Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público. Sin que

[22] Obsérvese que lo que la ley prohíbe es que el ejercicio de funciones públicas por parte de servidores públicos sea compensada por entidades privadas en cualquier forma, situación que no aplica cuando la actividad que ejerza un funcionario público sea fuera del horario y jornada oficial, para dedicarse a actividades enteramente privadas, remuneradas por personas físicas o morales particulares, ajenas a sus labores ordinarias en la función pública.

está ejemplificación sea taxativa, los siguientes casos: el estudio, la revisión, la emisión de criterio verbal o escrito, la preparación de borradores relacionados con trámites en reclamo o con ocasión de ellos, los recursos administrativos, las ofertas en procedimientos de contratación administrativa, la búsqueda o negociación de empleos que estén en conflicto con sus deberes, sin dar aviso al superior o sin separarse del conocimiento de asuntos en que el posible empleador se encuentre interesado. (...)" El subrayado es suplido.

Es decir, aún y cuando un servidor no devengue compensación por prohibición o haya suscrito un contrato de dedicación exclusiva, el deber de imparcialidad le obliga a no comprometer la gestión pública que desempeña con las actividades que ejerza en el ámbito privado, aspecto que también debe considerarse aún tratándose de servicios de capacitación, los cuales en el caso de la Fusciderhe, debido a los objetivos que ésta proyecta (mismos que versan sobre materia propia del Servicio Civil) pueden eventualmente convertirse en asesorías.

Por esta razón, el funcionario que imparta capacitaciones en dicha Fundación, podría casualmente convertirse en juez y parte, en casos en los que los puntos de vista emitidos en sus capacitaciones luego sean objeto de una impugnación ante su instancia donde él mismo deberá resolver, rompiéndose así la imparcialidad buscada por la Ley N° 8422, y desprotegiendo la función pública que ordinariamente ejerce.

Este mismo razonamiento ha sido sostenido por la Procuraduría General de la República en ocasiones muy similares a la presente, donde ha resuelto entre otras cosas que:

"En consecuencia, si el funcionario está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, una situación como la descrita evidentemente lo coloca frente a un claro conflicto de intereses, en tanto quien conoce, tramita o resuelve los procesos de licitación que se lleven a cabo en la Administración, de ningún modo puede asesorar a un eventual participante de las

contrataciones de la institución. En tal hipótesis, se torna imposible cumplir a cabalidad con los principios de la función pública que todo funcionario está obligado a observar de modo estricto.

Es decir, el funcionario público que se dedique privadamente a realizar cualquier trabajo por encargo de particulares, tiene el deber de abstenerse de participar en asuntos en que tenga interés directo la institución a la que sirve, lo cual es una exigencia elemental de los principios éticos en la función pública.

El criterio hasta aquí desarrollado también resulta concordante con lo que al respecto ha venido sosteniendo la Contraloría General de la República, en los siguientes términos:

"Sobre esto último, valga señalar que esta Contraloría General ha señalado reiteradamente que el hecho de que el funcionario público no esté sujeto al régimen de prohibición o que, aún estándolo, pueda ejercer su profesión en los supuestos de excepción, dicho ejercicio nunca debe entorpecer o afectar en modo alguno el desempeño normal y eficiente del puesto ocupado, ni tampoco debe producirse ninguna incompatibilidad contraria a los principios éticos de la función pública y al deber de probidad, de tal suerte que las actividades que asuma el profesional fuera de su jornada ordinaria no deben entrañar ningún conflicto de intereses respecto de los asuntos que se atienden en la institución para la que presta sus servicios." (el subrayado es nuestro. oficio N° 8769 del 21 de julio del 2005, y en igual sentido, el N° 3026 del 14 de marzo del 2005)..." Dictamen C-422-2005.

De todo lo expuesto anteriormente concluye esta Asesoría Jurídica que:

d) No es viable a funcionarios que estén atados a los distintos regímenes restrictivos de ejercicio de la profesión el dar capacitaciones a instituciones de carácter privado, tales como sociedades, asociaciones, o fundaciones entre otras;

e) Incluso en los casos en que el puesto no se encuentre afecto a los regímenes ya expuestos, no es viable a los funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil el dar capacitaciones en materia propia de sus atribuciones las cuales puedan comprometer su imparcialidad en futuras gestiones;

f) No importa al caso si dichas capacitaciones se dan en horarios fuera de oficina, pues las restricciones señaladas cubren al funcionario las veinticuatro horas del día y no solamente durante su jornada.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-593-2007
26 de octubre del 2007

Señor
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General
S. D.

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, y de acuerdo con su solicitud, emitimos criterio jurídico sobre la posibilidad de que funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil formen parte de la Junta Administrativa de la Fundación Servicio Civil para la Investigación y Desarrollo de los Recursos Humanos del Estado (FUSIDERHE).

El cuestionamiento surge del Régimen de Incompatibilidades establecido en la Ley No. 8422 del 06 de octubre de 2004, denominada "Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública", que en su artículo 18 señala lo siguiente:

> *"Artículo 18.—**Incompatibilidades**. El Presidente de la República, los vicepresidentes, diputados, magistrados propietarios del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los miembros de junta directiva, los presidentes ejecutivos, los*

gerentes y subgerentes, los directores y subdirectores ejecutivos, los jefes de proveeduría, los auditores y subauditores internos de la Administración Pública y de las empresas públicas, así como los alcaldes municipales, no podrán ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas; tampoco podrán figurar registralmente como representantes o apoderados de empresas privadas, ni tampoco participar en su capital accionario, personalmente o por medio de otra persona jurídica, cuando tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas que, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con ella.

La prohibición de ocupar cargos directivos y gerenciales o de poseer la representación legal también regirá en relación con cualquier entidad privada, con fines de lucro o sin ellos, que reciba recursos económicos del Estado.

Los funcionarios indicados contarán con un plazo de treinta días hábiles para acreditar, ante la Contraloría General de la República, su renuncia al cargo respectivo y la debida inscripción registral de su separación; dicho plazo podrá ser prorrogado una sola vez por el órgano contralor, hasta por otro período igual."

En el mismo sentido, el Decreto Ejecutivo No. 32333 del 12 de abril de 2005, "Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública", desarrolló en su artículo 37 el contenido del Régimen de Incompatibilidades, y señaló:

*"Artículo 37.—**Sujetos pasivos y naturaleza de las incompatibilidades.** El Presidente de la República, los vicepresidentes, diputados, magistrados propietarios del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros y viceministros, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Defensor y el Defensor adjunto de los Habitantes, el Procurador General y el procurador*

general adjunto de la República, el regulador general de la República, los oficiales mayores, los miembros de junta directiva, los presidentes ejecutivos, los gerentes generales y gerentes y subgerentes que orgánicamente dependan de los primeros, los directores y subdirectores ejecutivos, los jefes o encargados de proveeduría, los auditores y subauditores internos de la Administración Pública y de las empresas públicas, así como los alcaldes municipales, no podrán ocupar simultáneamente cargos en juntas directivas de empresas privadas, ni figurar registralmente como sus representantes o apoderados, ni tampoco participar en su capital accionario, personalmente o por medio de otra persona jurídica, cuando tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas o que, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con estas últimas.

La prohibición de ocupar cargos directivos y gerenciales o de poseer la representación legal también regirá en relación con cualquier entidad privada, con fines de lucro o sin ellos, que reciba subvenciones, transferencias, donaciones o la liberación de obligaciones por parte del Estado o de sus órganos, entes o empresas públicas, esto en la medida en que el otorgamiento de recursos, se encuentre vinculado al desarrollo de la actividad y la consecución de los fines y objetivos de dichas entidades."

Por medio del dictamen de la Procuraduría General de la República No. C - 368 - 04 de 6 de diciembre de 2004, se expuso las siguientes consideraciones:

"… Por su parte, el numeral 18 de la Ley 8422 establece tres supuestos en los cuales un miembro de una junta directiva de un órgano, ente o empresa pública no puede ejercer en una empresa privada cargos en su junta directiva, ni figurar registralmente como representante y apoderado, ni participar

en su capital accionario, personalmente o medio de otra persona jurídica, cuando:

a.- Presten servicios a instituciones o a empresas públicas.

b.- Que por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con una institución o empresa pública.

c.- Reciben recursos económicos del Estado, en este supuesto, no tiene trascendencia si la entidad privada tiene fines de lucro o no, aunque debemos aclarar que la incompatibilidad no comprende el tener participación accionaria, como sí ocurre en el primer caso.

Dicho de otra forma, si una persona es miembro de una junta directiva, gerente o representante legal, o tiene participación accionaria en una empresa privada que presta servicios a la institución o empresa pública, o que, por la naturaleza de su actividad comercial, compitan con ella, o recibe recursos económicos del Estado, no puede ser miembro de la junta directiva de la institución o empresa pública. En este aspecto, la ley posterior es clara y precisa.

Sobre los puntos a y b debemos hacer una aclaración de rigor. Tal y como está redactado el precepto legal es incomprensible, toda vez que indica que "tales empresas presten servicios a instituciones o a empresas públicas que, por la naturaleza de la actividad comercial, compitan con ella." Decimos que es inteligible, porque es poco probable que una empresa privada preste servicios a una institución o a una empresa pública y a su vez competir con ella. Si compite con ella no le presta servicios, y si le presta servicios, lógicamente, es porque no compite con ella. Sería un caso, dentro de otros que podrían pensarse, donde una empresa es proveedora de una institución o empresa pública y a su vez compite con ella en el mercado de bienes y servicios."

Por su parte, el dictamen de la Procuraduría General de la República No. C – 363 - 05 de 24 de octubre de 2005, expuso lo siguiente:

> *"Como es evidente, la finalidad del régimen establecido en la Ley N° 8422 no es sujetar de forma indiscriminada a todos los funcionarios públicos al régimen de incompatibilidad ahí establecido, sino fundamentalmente a aquellos que ocupan los puestos de más alta jerarquía dentro del Sector Público, y que se enumeran expresamente en la normativa citada.*
>
> *Justamente por tratarse de los jerarcas, quienes ostentan poder de decisión sobre las actuaciones de la Administración, es razonable que el legislador haya establecido un régimen tendiente a evitar un conflicto de intereses o un eventual favorecimiento indebido en relación con las actividades que pueda desarrollar el funcionario en el ámbito privado, es decir, una colisión inconveniente entre los intereses públicos que persigue la institución y los intereses de naturaleza privada, conflicto que puede presentarse en caso de configurarse en la práctica alguna de las hipótesis recogidas por la norma ..."*

Ajustando el dictamen C-363-2005 supra citado para el caso en concreto, el Régimen de Incompatibilidades sería aplicable únicamente para aquellos funcionarios que ocupen un cargo directivo en la Dirección General de Servicio Civil, si fuere que esa dependencia estuviere organizada bajo la administración de una junta directiva, o bien ostenten el cargo de jefe de proveeduría, auditor o subauditor interno dentro de la Dirección General y solo en caso de que la FUSIDERHE recibiera fondos públicos para coadyuvar en el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus fines.

Lo anterior, por cuanto pareciera que no cabe pensar en los otros supuestos previstos por la normativa, es decir, que esa Fundación le

preste servicios a título oneroso a la Dirección General de Servicio Civil o compita con ésta en el mercado, ello atendiendo a los fines y naturaleza jurídica que ostenta FUSIDERHE y que la diferencian de la típica empresa comercial privada.

Valga la ocasión para señalar que consultado el "*Registro de entidades privadas con calificación de idoneidad para manejar fondos públicos*" de la Contraloría General de la República, no se encontró a la Fundación Servicio Civil para la Investigación y Desarrollo de los Recursos Humanos del Estado (FUSIDERHE), cédula de persona jurídica número 3-006-142516-00 en el mismo. Por esa razón, se presumen que ese ente privado de utilidad pública no se ha acogido al "*Reglamento sobre la calificación de sujetos privados idóneos para administrar fondos públicos*", del 25 de abril de 2005, ni a las "*Directrices sobre los requisitos mínimos que deben presentar los sujetos privados para obtener la calificación de idoneidad para administrar fondos públicos*", del 10 de junio de 2005.

En caso de que se llegara a configurar un supuesto de incompatibilidad, el funcionario interesado está en posibilidad de gestionar ante la Contraloría General de la República el respectivo levantamiento, si estima que concurre alguno de los supuestos que prevé el artículo 19 de la Ley N° 8422 como causales para otorgar esa dispensa.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, se puede afirmar, en términos generales, que los funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil que se desempeñen como miembros de la Junta Administrativa de la Fundación Servicio Civil para la Investigación y Desarrollo de los Recursos Humanos del Estado (FUSIDERHE), no tendrían incompatibilidad alguna para desempeñar tales funciones, por no estar incluidos dentro de la lista que indica el artículo 18 de la Ley No. 8422.

A pesar de que los funcionarios de la Junta Administrativa de FUSIDERHE se encuentren fuera del régimen de incompatibilidades

que establece el artículo 18 supra citado, se debe tener en cuenta que no están exentos de cumplir con los deberes éticos y legales que entraña el ejercicio de la función pública.

Sin embargo, su actividad debe estar dirigida a satisfacer primordialmente los intereses públicos. Además, no pueden comprometer su imparcialidad, deben evitar los conflictos de intereses o favorecer el interés privado en detrimento de los intereses públicos, pues una actuación en tal dirección, los podría hacer incurrir en las causales de responsabilidad administrativa que prevé el numeral 38, inciso b) de la Ley No. 8422.

En resumen, los funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil que no contempla el numeral 18 de la Ley No. 8422, no tienen incompatibilidad para formar parte de la Junta Administrativa de la Fundación Servicio Civil para la Investigación y Desarrollo de los Recursos Humanos del Estado (FUSIDERHE) y las funciones que desempeñen en ese ente privado tienen que realizarse fuera de la jornada de trabajo.

Atentamente,

Original Firmado { Lic.
Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

Cc. Máster Mario Enrique Bolaños, Director de Recursos Humanos
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

AJ-410-2007
10 de julio del 2007

Licenciada
Niria Navarrete Sorio
Jefe a.i.
Sección de Clasificación y Valoración de Puestos
JAPDEVA
Fax 798-1095

Estimada señora:

Damos respuesta a su oficio número CV-426 de fecha 3 de julio del año en curso, recibido vía fax, por medio del cual solicita nos sirvamos indicarle el procedimiento legal a seguir en razón del convenio trilateral suscrito entre JAPDEVA, Ministerio de Agricultura y Ganadería y el Instituto de Desarrollo Agrario, por cuanto se les encomendó realizar el estudio técnico correspondiente de las tareas realizadas por un funcionario que mantiene su plaza dentro de la relación de puestos del Instituto de Desarrollo Agrario y que brindará sus servicios a JAPDEVA.

Sobre el particular nos permitimos indicarle que por encontrarse esa Institución excluida del Régimen de Servicio Civil, no tenemos competencia para evacuar su consulta. Véase que tampoco el Instituto de Desarrollo Agrario lo está.

El Estatuto de Servicio Civil y sus Reglamentos son cuerpos jurídicos dictados para regular las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la

Administración Pública y proteger a dichos servidores, por ende no es de aplicación esta normativa a situaciones que se dan en las instituciones que se encuentran excluidas de este Sistema de Méritos, salvo disposición legal en contrario que autorice su aplicación supletoria.

No obstante lo anterior y como una muestra de colaboración con JAPDEVA, nos permitimos transcribirle parcialmente nuestro dictamen AJ-735-2006 en el cual se analiza la figura de la reasignación temporal contenida en el numeral 112 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual en lo que pueda interesar a esa Institución dice de la siguiente manera:

"... Ahora bien, se nos indica que la reasignación deseada es para cuatro plazas que se encuentran en condición de vacantes, y se nos presenta las siguientes interrogantes:

1) Serían reasignaciones temporales o permanentes:

Considerando que son plazas en condición de vacantes la reasignación que operaría sería la de permanentes, lo anterior por cuanto el numeral 112 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, establece dos condiciones para que se den reasignaciones temporales como lo son:

> "Artículo 112.- Los servidores cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, podrán ser trasladados con carácter transitorio a desempeñar otros cargos como consecuencia de las siguientes situaciones:
>
> a) Para desempeñar en otras instituciones del Estado o asignados como personal de contraparte en Convenios Institucionales o Internacionales debidamente formalizados;
> b) Por designación de la Administración superior para que ejerza la dirección y/o desarrollo de un proyecto, programa o proceso

institucional significativamente importante, siempre y cuando no existe el recurso previamente designado para atender esas necesidades y funciones..."

En ambos casos, los servidores continuarán disfrutando de los beneficios y deberes que les confieren el Estatuto de Servicio civil y su Reglamento, incluso a la reasignación temporal de su plaza cuando las nuevas funciones así lo ameriten..."

De la normativa anteriormente transcrita se desprende que las reasignaciones temporales, proceden solamente en el caso de que sean plazas ocupadas con un titular propietario (al hablar de servidores cubiertos por el Régimen de Servicio Civil) y no vacantes como en el presente caso.

No obstante, la reasignación en forma permanente de estas plazas vacantes, sí procede siempre y cuando éstas pertenezcan presupuestariamente al Consejo de Transportes Públicos. Lo anterior por cuanto de conformidad con el principio de legalidad la Administración debe cumplir con los "Principios Presupuestarios", que contempla la ley No. 8131 "Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos", que en su artículo 5°, los enumera así:

"ARTÍCULO 5.- Principios presupuestarios
Para los efectos del artículo anterior, deberán atenderse los siguientes principios presupuestarios:
a) Principio de universalidad e integridad. El presupuesto deberá contener, de manera explícita, todos los ingresos y gastos originados en la actividad financiera, que deberán incluirse por su importe íntegro; no podrán atenderse obligaciones mediante la disminución de ingresos por liquidar.
b) Principio de gestión financiera. La administración de los recursos financieros del sector público se orientará a los intereses generales de la sociedad, atendiendo los principios de economía, eficacia y eficiencia, con sometimiento pleno a la ley.

c) Principio de equilibrio presupuestario. El presupuesto deberá reflejar el equilibrio entre los ingresos, los egresos y las fuentes de financiamiento.
d) Principio de anualidad. El presupuesto regirá durante cada ejercicio económico que irá del 1º de enero al 31 de diciembre.
e) Principio de programación. Los presupuestos deberán expresar con claridad los objetivos, las metas y los productos que se pretenden alcanzar, así como los recursos necesarios para cumplirlos, de manera que puedan reflejar el costo.
f) Principio de especialidad cuantitativa y cualitativa. Las asignaciones presupuestarias del presupuesto de gastos, con los niveles de detalle aprobados, constituirán el límite máximo de autorizaciones para gastar. No podrán adquirirse compromisos para los cuales no existan saldos presupuestarios disponibles. Tampoco podrán destinarse saldos presupuestarios a una finalidad distinta de la prevista en el presupuesto, de conformidad con los preceptos legales y reglamentarios. (el resaltado no es del original)
g) Principio de publicidad. En aras de la transparencia, el presupuesto debe ser asequible al conocimiento público, por los medios electrónicos y físicos disponibles."

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Licda. Miriam Rojas González

Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA

AJ-546-2007
25 de setiembre de 2007

Licenciado
Róger A. Umaña Chacón
Coordinador
Oficina de Servicio Civil- Sinac

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio N° OSC-S-736-2007 de fecha 14 de setiembre del presente año, recibido en esta dependencia el día 17 de los corrientes, mediante el cual nos solicita emitir criterio jurídico respecto a la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 112 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, (reasignación temporal) a un puesto del régimen de méritos, el cual ha sido desatinado junto con su titular, a ejercer el cargo de *"Directora Ejecutiva"* de la *"Fundación para el Fomento y Promoción de la Investigación y Transferencia de Tecnología Agropecuaria (FITTACORI)"*

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus

asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Para dar inicio al estudio requerido, debe señalarse que el artículo 112 recién citado regula lo relativo a la autorización para proceder al préstamo de funcionarios públicos cubiertos por el régimen de méritos, limitando, eso si, su aplicación a ciertos supuestos enumerados taxativamente en sus incisos a) y b), limitaciones que deben respetarse en virtud del principio de legalidad que ata las actuaciones de la Administración Pública (ésta solo puede hacer lo que la ley le permita hacer).

Interesa entonces observar con detenimiento la letra del artículo 112 mencionado, el cual señala en lo conducente que:

*"**Artículo 112**.- Los servidores cubiertos por el Régimen de Servicio Civil podrán ser trasladados con carácter transitorio a desempeñar otros cargos como consecuencia de las siguientes situaciones:*

a. *Para desempeñarse en otras Instituciones del Estado o asignados como personal de contraparte en Convenios Institucionales o Internacionales debidamente formalizados;*

b. *Por designación de la Administración superior para que ejerza la dirección y/o desarrollo de un proyecto, programa o proceso institucional significativamente importante, siempre y cuando no existe el recurso previamente designado para atender esas necesidades y funciones.*

En ambos casos, los servidores continuarán disfrutando de los beneficios y deberes que les confieren el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, incluso a la reasignación temporal de su plaza cuando las nuevas funciones así lo ameritan y cuando el citado movimiento

*sea necesario por un plazo igual o mayor a seis meses..." (*Los subrayados son propios).

Debe dejarse claro que, la reasignación temporal está subordinada a la procedencia de los supuestos indicados, pues de no ser legalmente factible el traslado del funcionario, la reasignación tampoco será viable, es decir, existe una relación de accesoriedad de la reasignación con respecto al traslado transitorio, pues la suerte de aquélla dependerá de la de este último.

Así, respecto a los supuestos fácticos dados por la norma, debe señalarse que la misma es clara al establecer que, la asignación de funcionarios públicos para laborar en forma transitoria, solamente se da para laborar en otras instituciones, sean estas fuera o dentro del Régimen de Servicio Civil, ó, en convenios internacionales o institucionales, debidamente formalizados.

Los vocablos destacados forman el vértice de la cuestión planteada, pues son los limitantes por excelencia de la norma, así, el artículo de cita no será legalmente procedente, hablando a grandes rasgos, si no se tratan de traslados temporales en los que exista un convenio internacional, o institucional.

Ahora bien, desde ya se puede dejar de un lado el supuesto de convenio internacional, pues no aplica al caso, siendo importante rescatar el término "institucional", el cual refleja la necesidad de que el movimiento de personal se de siempre dentro del aparato estatal del gobierno, conclusión a la que se puede llegar fácilmente observando la definición de los términos "institucional" (perteneciente o relativo a una institución) e "institución" (cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, nación o sociedad[23])

No obstante, si bien las definiciones básicas de las palabras utilizadas dan una aproximación a lo deseado, no bastan para

[23] Según Diccionario en línea de la Real Academia Española de la Lengua , www.rae.es

fundamentar un análisis jurídico de la materia, por lo cual, en aras de un correcto entendimiento, el vocablo debe ser entendido a la luz de los dispuesto en el artículo primero de la Ley General de la Administración Pública, norma que regula y establece la forma en que, de manera general, está estructurada la Administración, dicha norma señala que:

"La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado"

Entonces, para los fines del presente estudio, debe determinarse si FITTACORI forma parte del complejo engranaje que compone la Administración Pública, pues únicamente así, la aplicación del 112 podría ser procedente.

En este sentido, tal y como se desprende de su propio nombre, y de los documentos aportados por su persona, FITTACORI se establece como una Fundación, figura eminentemente privada, según el propio artículo 1 de la Ley de Fundaciones (Ley N° 5338 de 23 de agosto de 1973), el cual estipula que:

"Reconócese personalidad jurídica propia a las fundaciones, como entes privados de utilidad pública, que se establezcan sin fines de lucro y con el objeto de realizar o ayudar a realizar, mediante el destino de un patrimonio, actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas, y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social" El destacado es del redactor.

No obstante lo anterior, los documentos que acompañan a su misiva, dejan ver que existen ciertos criterios utilizados por la fundación de estudio, los cuales dejan entrever una intención de calificarse a si mismos como parte del engranaje estatal.

Así por ejemplo el oficio Fittacori-of.N°130 señala que ésta: *"...fue constituida por el mismo Estado, a través de la Procuraduría*

General de la República, ante la cual se compareció originalmente a los efectos de esa constitución en razón de intereses directamente relacionados con el sector agropecuario...”, aunado a esto, reiteradamente se indica que esta misma entidad es de utilidad pública, y que en parte sus fondos son vigilados por la Contraloría General de la República.

Si bien, todas estas afirmaciones, pudieran hacer creer que efectivamente existe una naturaleza estatal en la estructura de FITTACORI, deben realizarse ciertas acotaciones al respecto.

En primer lugar el hecho de que la fundación de cita tenga una utilidad pública no la hace especial de las otras fundaciones en general, pues esta característica forma parte esencial de su naturaleza, tal y como se deja ver en el artículo 1 de la Ley de Fundaciones ya trascrito, el decir que por esta característica FITTACORI es un ente estatal, sería afirmar que cualquier fundación lo es. Al respecto resulta pertinente transcribir lo que en torno a este tema ha indicado la Procuraduría General de la República, así por ejemplo en su Dictamen C-019-2007, indicó que:

“*No obstante, la anterior categorización como persona de utilidad pública no otorga a la fundación una naturaleza de entidad pública, pues como se señaló, la fundación es una persona privada. Sobre este particular, la Procuraduría General de la República se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, señalando que:*

“Ahora bien, en este punto es dable analizar el tema de la utilidad pública atribuida a las Fundaciones. Estima esta Procuraduría que el hecho de que el Conservatorio de Castella, desarrolle una actividad que se entiende es de interés público, sea la educación y el desarrollo de las vocaciones artísticas, y que haya recibido a razón de ello subvenciones o donaciones estatales, no conlleva por este solo motivo sostener que su carácter sea el de un ente de carácter público…

Al respecto, valga destacar lo señalado por el Profesor. García Trevijano Fos:

***"Las palabras "interés público"** del artículo 35 del Código Civil.-*

*¿Significan que las Asociaciones y Fundaciones (a que se refiere son entes públicos sin más? En modo alguno. Tales palabras nada tienen que ver con el concepto de ente público sino que afectan a otro orden de ideas. **Son sinónimas de personas jurídicas que pueden interesar a muchos "en sentido numérico"** . Se oponen a "interés particular" que utiliza el mismo artículo para referirse a las sociedades.*

Si comparamos ambos tipos, veremos que dentro de la de "interés público" se encuadran todas las que obedecen a las características postuladas anteriormente. Un círculo de recreo, un casino, etc... pueden interesar a un número amplio de personas que se encuentran al margen del convenio o acuerdo asociativo originario.

*Lo mismo sucede respecto de las Fundaciones. Los beneficiarios serán normalmente determinables por el principio legitimador del fin estatutario, pero numéricamente serán indeterminados. En cambio en las sociedades mercantiles o civiles, únicamente tienen interés los que las han constituido y cualquier nueva admisión de socios supone una modificación sustancial del contrato básico. Por ello, las palabras de "interés público" del artículo 35 nada tiene que ver por sí solas son las entidades públicas" (la negrita no es del original). GARCÍA – TREVIJANO FOS (José Antonio). **Tratado de Derecho Administrativo** , Tomo II, Vol. I, 2da ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 298.*

En igual sentido se tiene el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República No. C-190-96 del 27 de noviembre de 1996, el cual establece que aun cuando las fundaciones por imperativo legal sean consideradas de utilidad pública, no son de manera algunas entidades públicas (a lo sumo consideradas entidades de servicio

público pero de naturaleza privada). Al efecto me permito transcribir lo siguiente:

"Así, dentro del anterior orden de ideas, sería de interés público todo aquello que interesa, afecta o es de utilidad a la comunidad o al común de los ciudadanos; por ello siempre hay un interés público en la existencia y funcionamiento de los servicios públicos; mas ***no todo aquello que es de interés publico constituye, necesariamente, un servicio público*** *. De ahí que, como vimos en relación con nuestro ordenamiento positivo, existan muchas organizaciones o agrupaciones privadas que son consideradas o declaradas de interés o de utilidad pública, por la labor que desarrollan, aunque su finalidad o propósito no sea el brindar un servicio público propiamente, tal y como ha sido definido (en este mismo sentido, véase dictamen C-136-94).*

De lo expuesto se colige sin dificultad que, en principio y a pesar de que pueden estar realizando labores de beneficencia, caridad o bien social, ***ni las fundaciones ni las asociaciones pueden considerarse como "entidades de servicio público", aún y cuando hayan sido declaradas de "interés" o "utilidad" públicos o reciban algún apoyo estatal."***

Como puede colegirse de todo lo expuesto por la Procuraduría General de la República, la frase “de utilidad pública” de ninguna manera confiere naturaleza pública, mucho menos en tratándose de figuras de naturaleza tradicionalmente privadas como las fundaciones, asociaciones, o sociedades, etc.

Por otra parte respecto a que el mismo Estado haya creado la fundación de marras, ha de indicarse que esto en nada impregna de pública su naturaleza, pues el artículo 2 de la misma Ley de Fundaciones señala que éstas pueden ser fundadas por sujeto físico o jurídico, y, al ser el Estado el sujeto jurídico por excelencia puede proceder a la creación de dichas figuras, siempre y cuando exista una ley que así lo habilite.

Lo anterior implica que, aun y cuando una determinada fundación pueda colaborar con el Estado en diversas labores, o incluso pueda ser creada por él, lo cierto es que la fundación siempre deberá ser considerada como una persona privada, en el tanto se crea y desarrolla dentro del ámbito del derecho privado, conclusión compartida por la Procuraduría General de la República cuando expresa que:

"En efecto, la "Fundación Aduana" que por este proyecto se pretende crear, por su propia naturaleza no se puede encontrar dentro de la organización del Estado pues, como ya se ha expuesto, se trata de una entidad con personalidad jurídica privada, diferente del Estado -persona jurídica pública- y de los órganos que lo conforman. Aunque colabore con el Estado en la consecución de recursos para ciertos fines de interés general y su fundador sea el Estado, no se convierte en ente público ni en parte de él, tal como lo señalábamos."

De acuerdo con la Ley de Fundaciones dicha, el fundador puede ser una persona física o jurídica, por lo que el Estado puede ser fundador y, como tal, dictar las disposiciones reglamentarias para regir la actividad de la fundación. Pero esto no implica que la entidad se convierta en pública, ya que la ley claramente establece que se trata de entes privados constituidos por escritura pública o testamento, que adquieren personalidad jurídica a partir del momento en que sean inscritas en la Sección de Personas del Registro Público. Por demás, sólo el Juez Civil puede disponer su disolución (artículos 2, 3, 5, 12 y 17 de la Ley de Fundaciones). (Opinión Jurídica OJ-115-2005 del 8 de agosto del 2005, el subrayado no es del original)

Por último respecto a que sus fondos sean en parte vigilados por la Contraloría General de la República, ha de indicarse que este ente no fiscaliza únicamente instituciones públicas, sino fondos públicos, los cuales en ocasiones pueden ser administrados por entes privados, como el caso de las fundaciones, razón por la cual este alegato tampoco puede tomarse como base para declarar como ente estatal a FITTACORI.

Concluye, respecto a este extremo, esta Asesoría Jurídica que FITTACORI es un ente privado de pleno derecho (pues la misma ley así lo estipula) que si bien posee utilidad pública, y pese a haber sido fundado por el mismo Estado Costarricense, no forma parte integral del mismo, es decir no es una institución estatal.

Siendo esto así, no se cumple ninguno de los presupuestos estipulados en el artículo 112 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, razón por la cual debido a la accesoriedad enunciada en parágrafos anteriores, tampoco procede la resignación temporal del puesto, pues el funcionario que presta sus labores a FITTACORI, en virtud de la suscripción de convenio (no institucional) entre éste y el Ministerio de Agricultura y Ganadería, las está prestando realmente a una entidad completamente privada.

Por último debe llamarse la atención en señalar que en una situación como la expuesta se están dando en préstamo, recursos humanos públicos a instituciones privadas, situación que ya había sido analizada en un caso similar por esta Asesoría Jurídica en oficio AJ-1040-2003 el cual indicó que:

"No existe dentro de las normas estatutarias norma alguna que autorice el préstamo de funcionarios a instituciones o asociaciones de carácter privado, por lo que no sería procedente la asignación de funcionarios del Ministerio de Educación Pública para laborar en dichas instituciones, de conformidad con el Principio de Legalidad..."

Se emite así criterio en los extremos expuestos.

Atentamente

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-583-2007
19 de octubre del 2007

Licenciada
Sandra Amador Hernández
Jefe Recursos Humanos
Consejo de Transporte Público
S. O.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio RH-1324-2007 de fecha 11 de octubre del 2007, recibido el 11 de octubre de 2007, mediante el cual consulta lo siguiente:

> *"De acuerdo con las potestades que le confiere la Ley de Control Interno a las Auditorías Internas de las entidades Públicas, en este caso la del Consejo de Transporte Público, es viable efectuar estudios de reasignación de puestos en propiedad o interinos, destacados en la Auditoría.*
>
> *No obstante que hay una directriz del Director Ejecutivo del Consejo, de no efectuar estudios parciales de puestos, toda vez que se pretende efectuar un estudio integral el próximo año."*

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

El último párrafo del Artículo 110 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954, establece en lo que interesa lo siguiente:

> *"... En los casos en que en alguna institución, o dependencia de ésta, se esté efectuando una reorganización **aprobada** según los términos del artículo 47 del Estatuto de Servicio Civil; o como producto de aquella un estudio integral de puestos, no procederá el trámite de solicitudes de reasignación ni de pedimentos de personal."*
> (el subrayado y resaltado no es del original)

De interés sobre el trámite de solicitudes de reasignación, conviene transcribir los Considerandos II y III de la Resolución de la Sala Constitucional número 3995-2007 de las diez horas veintiún minutos del once de julio de mil novecientos noventa y siete, que señalan

> *"II.- Sobre el fondo. Sin entrar en mayores consideraciones sobre cuál es el órgano competente para pronunciarse sobre las gestiones que aquí se interesan, dado que no corresponde a este sede efectuar tal determinación, no sólo porque resulta ajeno al ámbito de competencia de esta Sala, sino que, además, esa decisión excede el carácter sumario del amparo; lo cierto del caso es que, a juicio de este Tribunal, el tiempo transcurrido entre la fecha de presentación*

de las solicitudes de reasignación y en la que se dicta esta sentencia -fecha en la que aún no han sido resueltas en la forma que corresponda-, resulta irrazonable, sin que las justificaciones alegadas por los recurridos en sus informes, tengan la virtud de dispensar la omisión apuntada.

III.- En efecto, estima esta Sala que el plazo de espera a que han sido sometidos los promoventes, para la resolución de las solicitudes que se interesan, no sólo es irrazonable, sino que es violatorio de lo dispuesto por los artículos 27 y 41 de la Constitución Política, quebranto que hace procedente declarar con lugar este amparo, como en efecto se dispone."

Para precisar el asunto, el oficio AJ-184-2005 del 07 de marzo de 2004, en relación con el plazo para realizar los estudios de reasignación, señaló lo siguiente:

"... Es importante indicar que el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento no establecieron un plazo concreto para la elaboración de los estudios de reasignación.

No obstante lo anterior, es menester de las Oficinas o Unidades a las cuales les ha sido encomendadas las competencias para la realización de estudios en esta materia debe observar o cumplir dicho estudio dentro de un plazo razonable –el cual dependerá de la complejidad y cantidad de estudios por atender en una institución-, ya que de lo contrario ello podría significar una violación a Derechos Constitucionales de los servidores o solicitantes de una gestión relacionada con la reasignación de un puesto. ... "

" ... Así las cosas, es criterio de esta Asesoría Jurídica, de que aun cuando no se encuentra norma expresa que indique cual es el plazo que debe observarse para la atención de los estudios de reasignación, es lo cierto que la administración pública debe velar porque este se realice dentro de un plazo

razonable, para evitar se produzca una violación a garantías constitucionales de los servidores o solicitantes, de gestiones como las que nos ocupan. ...”

Así las cosas, salvo que se encuentre aprobada una reorganización, según los términos del artículo 47 del Estatuto de Servicio Civil, excepción contenida en el último párrafo del artículo 110 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil supra transcrito, en virtud de la jurisprudencia constitucional citada, la Administración se encuentra obligada a resolver las solicitudes de reasignación dentro de un plazo razonable, para evitar que se produzca una violación a los derechos constitucionales de los servidores solicitantes.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-645-2007
23 de noviembre del 2007

Señor
Lic. Guillermo Barrantes Rodríguez
Coordinador
Oficina de Servicio Civil – Seguridad Pública
S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su oficio OSCSP-555-2007 de fecha 22 de noviembre de 2007, mediante el cual consulta lo siguiente:

> *"... le solicito su criterio en relación con lo establecido en el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Artículo 111, inciso b. La duda es si un interino puede interponer una revocatoria. Ello por cuanto en dicha normativa se establece que el resultado del estudio de clasificación se hace llegar al titular del puesto o al Jerarca o Jefe autorizado, en caso de plazas vacantes."*

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

Resulta de interés lo señalado en el inciso h) del artículo 3, el segundo párrafo del artículo 110, los incisos b) y c) del artículo 111 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954, que indican:

> *"Artículo 3. Para los efectos de las disposiciones de este texto se entiende:*
> *...*
> *h) Por "**Servidor Regular**", 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;"*
>
> *"Artículo 110.-*
>
> *... De igual manera podrá proceder el **servidor interesado titular del puesto**, cuando compruebe que el jerarca o jefe autorizado no avala el trámite de la reasignación de su puesto. ..."*
>
> *"Artículo 111.- En los casos previstos en los artículos 109 y 110 precedentes, la reasignación se resolverá de acuerdo con el siguiente procedimiento:*
> *...*
> *b. La Oficina de Recursos Humanos enviará al **servidor titular del puesto** o al Jerarca o Jefe autorizado, en caso de plazas vacantes, una copia del resultado del estudio, para que, dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, el titular del puesto pueda solicitar la revocatoria, presentando las consideraciones y objeciones*

que fundamenten el reclamo, las cuales serán resueltas en primera instancia, por la Oficina de Recursos Humanos, la cual determinará la procedencia de lo planteado. Si el resultado de la solicitud de revocatoria no satisface las expectativas del interesado, éste podrá, en segunda instancia, dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de la segunda comunicación, apelar ante el Director General de Servicio Civil, quien resolverá en definitiva, agotando la vía administrativa.

Transcurrido el primer plazo señalado, sin que se hayan presentado objeciones por escrito, se emitirá la resolución que corresponda.

c. La reasignación sólo podrá efectuarse si se cumplen los requisitos técnicos señalados en el artículo anterior y el ***servidor titular del puesto*** *reúne los requisitos que para la clase recomendada señala el Manual respectivo, salvo casos de excepción contemplados en la normativa que para tal efecto dicte la Dirección General. ...”*
(el subrayado y resaltado no es del original)

Aunque la normativa estatutaria no contiene una definición específica para la denominación “servidor titular del puesto”, utiliza la misma de manera frecuente, tal como se hace en los artículos 10, 11, 39, 93 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, además de los supracitados artículos 110 y 111 del ese cuerpo normativo.

En virtud de esa utilización, se infiere que la normativa estatutaria hace una homologación pragmática de la denominación “servidor titular del puesto” a la definición “servidor regular”, que sí se encuentra expresamente indicada en el supra transcrito inciso h) del artículo 3 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Aunque hasta aquí, de la simple integración de las normas estatutarias, sería suficiente para concluir que el servidor en condición

de interino, sea éste sustituto del titular o en plaza vacante, carece del derecho para solicitar la revocatoria de un estudio de reasignación; valga agregar que la estabilidad impropia de la que goza, no le otorga derechos que se deriven intrínsecamente de la condición de servidor regular.

En tal supuesto, existiría una falta de legitimación ad causam activa del servidor en condición de interino para impugnar el resultado de un estudio de reasignación, cuyo resultado necesariamente debería ser el rechazo de la gestión por inexistencia de ese presupuesto procesal.

No obstante, véase que inciso b) del artículo 111 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil confiere la legitimación al jerarca o jefe autorizado, en ausencia del servidor titular del puesto. Además, debe agregarse que, mientras no se nombre en propiedad al titular del puesto, si existiere servidor en condición de interino, éste podría continuar en el puesto, siempre y cuando reúna los requisitos, pues deben respetarse los derechos de la estabilidad impropia.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-486-2007
28 de agosto de 2007

Licenciado
Alfonso Pacheco Gutiérrez
Coordinador Legal
Consejo de Salud Ocupacional

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio APG-31-2007 recibido vía correo electrónico, de fecha 14 de agosto de 2007, en el cual se nos consulta en primer lugar si es viable darle a un funcionario del Régimen de Servicio Civil, recargo de funciones en un puesto de Director Ejecutivo en una institución adscrita al Ministerio donde éste labora, siendo que el puesto que se pretende recargar es un puesto de confianza, y, por otra parte si es viable que a dicho funcionario se le pague ese recargo de funciones a cargo del presupuesto de ese mismo órgano adscrito.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Respecto a la primera de sus consultas, hemos de indicarle que esta Asesoría Jurídica resolvió mediante oficio AJ-911-2005 del 1 de noviembre de 2005 una situación similar a la que usted expone, indicando en esa ocasión que:

"...Sobre el particular hacemos de su conocimiento que el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil en su artículo 22 bis regula entre otras, la figura del recargo de funciones, disponiendo al efecto la citada norma:

> ***"Artículo 22 bis.- Los traslados, reubicaciones y recargos de funciones se regirán de acuerdo con lo que se indica a continuación:***
>
> ***a) a) (...)***
> ***b) 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 a quien se hiciere el recargo, reúne los requisitos establecidos."***

Es clara la norma antes citada en el sentido de que dichos recargos debe exceder de un mes para que proceda su remuneración, además que estará sujeto a la aprobación de la Dirección General, previa constatación de que el servidor reúne lo requisitos del puesto.

Ahora bien debemos aclarar que este es el procedimiento a observar en el caso de que el recargo opere en puestos cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, no obstante, en aquellos casos en donde el recargo es para ocupar un puesto excluido del Régimen de Méritos, no encontramos fundamento jurídico para aplicar la normativa anteriormente citada, aunado al hecho de que la Dirección General de Servicio Civil no tiene competencia para resolver o autorizar gestiones sobre puestos excluidos.

Dado lo anterior y como aporte para resolver de una forma que no violente el principio de legalidad, lo recomendable es que el servidor solicite una licencia con fundamento en el artículo 33 inciso c) numeral 5 del Reglamento ibíd y pase a ocupar por la vía del "Nombramiento a

plazo fijo" el puesto excluido de modo que lo ocupe de esta forma y no por la vía del "Recargo de funciones". En ese caso únicamente el acto de la licencia requeriría la aprobación de la oficina competente de la Dirección General de Servicio Civil y no así el del nombramiento en el puesto excluido...". El destacado es propio.

Siendo así las cosas, concuerda esta Asesoría Jurídica con el criterio jurídico aportado en la presente consulta (A.L.-CSO-29), en el sentido de que, no existe fundamento jurídico (y por ende tampoco técnico) que justifique un actuar como el expuesto, por lo que dicho proceder violenta el principio de legalidad expuesto en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública y su homónimo constitucional, situación que podría ser salvable en caso de que el funcionario suspendiera su relación de servicio estatutaria, para tomar posesión del puesto de confianza.

Ahora bien, respecto a la segunda consulta, debe primeramente tomarse en cuenta lo ya expuesto *supra,* en los casos como el expuesto, lo que opera no puede considerarse de ninguna forma como recargo de funciones, toda vez que, como ya se indicó, no existe fundamento legal para ello, razón por la cual lo que realmente se está dando es un nombramiento en dos puestos distintos a un mismo sujeto, por un lado el del puesto que ya posee en el Ministerio X, y por otro el de Director Ejecutivo (puesto de confianza) en el órgano adscrito al Ministerio X. Aclarado lo anterior, se procede con la segunda parte de la consulta.

Si bien su consulta hace referencia al Ministerio X y al Órgano adscrito al Ministerio X, puede colegirse del criterio jurídico aportado, que la consulta gira en torno al Consejo de Salud Ocupacional, órgano adscrito al Ministerio de Trabajo, creado mediante Ley N° 6727 "Reforma al Código de Trabajo (Ley sobre Riesgos del Trabajo)".

Tal y como señala el artículo 277 de dicha ley, el Consejo contará con los servicios de un director ejecutivo, quien actuará como su secretario y asistirá a todas las sesiones con derecho a voz. De ahí

que no se puede dudar que dicho Director, es un funcionario del citado consejo, razón por la cual, es acreedor del derecho al respectivo salario en virtud de esa relación laboral existente.

En este sentido no se ve inconveniente, en que se le pague al funcionario que esta actualmente ejerciendo dicha labor, con los fondos propios del Consejo, no en razón del llamado recargo, sino del nombramiento que se realizó en dicho puesto, lo cual hace que respecto a éste, el consejo se configure como el patrono de aquél.

Sin embargo lo que no es lícito, es que el funcionario al que se le paga por el puesto de Director Ejecutivo en el mencionado Consejo (como empleado de confianza), trabaje y reciba al mismo tiempo paga en el puesto que posee en el Ministerio de Trabajo (puesto del Régimen de Servicio Civil), tanto por la prohibición de ocupar dos puestos dentro del sector público como la de recibir dos salarios provenientes del erario público.

Lo anterior se fundamenta en varias normas que regulan la materia en mención, de las cuales se pueden rescatar:

Artículo 123 inciso b) de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley N° 8131:

“Artículo 123.- Limitaciones al ejercicio de otras funciones

Los jerarcas de los subsistemas de la Administración Financiera y los demás funcionarios pertenecientes a ellos no podrán:

b) Desempeñar otro cargo público, salvo ley especial en contrario. De esta prohibición se exceptúa el ejercicio de la docencia, de acuerdo con el Reglamento de esta Ley...”

Artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, Ley N° 2166 de 9 de octubre de l957:

"Articulo 15- *Ningún servidor podrá devengar dos o más sueldos, salvo que correspondan a puestos distintos, que no exista superposición horaria, y que entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria....."*

Artículo 17 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N° 8422:

*"**Artículo 17.—Desempeño simultáneo de cargos públicos**. Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente..."*

Dado que según el artículo 278 de la Ley 6727, señala que los recursos del Consejo Ocupacional provienen en gran medida de la suma global que se le asigne en el presupuesto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y del aporte del Instituto Nacional de Seguros, no cabe duda que cualquier salario pagado por éste, es pagado por el erario público, por lo que no es procedente que un funcionario que ya posee un puesto dentro Régimen de Servicio Civil sea nombrado también en un puesto de confianza en el Consejo de repetida cita, por ser ambos pagados por el mismo fondo público.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-669-2007
10 de diciembre de 2007

Señora
María Eugenia Durán Reyes
Coordinadora Proceso de Desarrollo
Dirección de Recursos Humanos
Ministerio de Justicia

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su oficio sin número, recibido en nuestro Sitio de Internet el día 28 de noviembre del año en curso, por medio del cual consulta lo siguiente:

> *"El presente es para solicitarle información, sobre cual es el plazo que tiene la Dirección de Recursos Humanos para resolver un Recurso de Revocatoria desde la fecha en que se recibe, el cual fue presentado por un funcionario que labora para la Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia,* ***sobre el resultado de un Informe de Reasignación realizado por el Proceso de Desarrollo de la Dirección de Recursos Humanos****. Asimismo indicar la normativa aplicable."*(El subrayado y la negrilla no pertenecen al original)

De la consulta formulada, puede extraerse que el recurso que se presenta por parte del funcionario, es en contra del informe técnico que realiza la Oficina de Recursos Humanos, en cuyo caso, el plazo aplicable para resolverlo, es el señalado por el artículo 11 de la Resolución de la Dirección General Nº DG-15-98 de las15:00 del 11 de febrero de mil novecientos noventa y ocho, y su modificaciones por medio de la Resolución DG-042-99, el cual establece al efecto:

ARTICULO 11°. De la revocatoria y apelaciones:

> Los reclamos o revocatorias que presenten los interesados contra los actos que ejecuten las Oficinas de Recursos Humanos, facultadas o no, será resuelto por dichas Oficinas, **en un plazo de ocho días hábiles**, correspondiendo a la Dirección General de Servicio Civil la atención de apelaciones en subsidio y dar por agotada la vía administrativa." (El subrayado y la negrilla no pertenecen al original)

Lo anterior concuerda con lo que establece el artículo 111 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual dispone lo siguiente:

> "**Artículo 111.-** En los casos previstos en los artículos 109 y 110 precedentes, la reasignación se resolverá de acuerdo con el siguiente procedimiento:
>
> a. (…)
> b. La Oficina de Recursos Humanos enviará al servidor titular del puesto o al Jerarca o Jefe autorizado, en caso de plazas vacantes, **una copia del resultado del estudio, para que, dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, el titular del puesto pueda solicitar la revocatoria**, presentando las consideraciones y objeciones que fundamenten el reclamo, las cuales serán resueltas en primera instancia, por la Oficina de Recursos Humanos, la cual determinará la procedencia de lo planteado. **Si el resultado de la solicitud de revocatoria no satisface las expectativas del interesado, éste podrá, en segunda instancia, dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de la segunda comunicación, apelar ante el Director**

> **General de Servicio Civil, quien resolverá en definitiva, agotando la vía administrativa**." (El subrayado y la negrilla no pertenecen al original)

De la norma anterior se desprende, que la Oficina de Recursos Humanos debe poner en conocimiento del servidor titular del puesto, y del Jerarca o Jefe autorizado, el resultado del estudio, para que éstos puedan interponer dentro del plazo de tres días, posteriores al comunicado del estudio, las consideraciones y objeciones que correspondan.

Finalmente una vez resueltas estas gestiones por parte de la Oficina de Recursos Humanos, el recurrente podrá plantear dentro de tercer día, después de resuelto el recurso de revocatoria, y si así lo considera necesario, el Recurso de Apelación ante la Dirección General de Servicio Civil, quien finalmente agotará la vía administrativa.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-649-2007
28 de noviembre del 2007

Licenciada
Miriam Rojas González
Directora Asesoría Jurídica
S. O.

Estimada señora:

De conformidad con sus instrucciones señaladas en el correo electrónico de fecha 26 de noviembre de 2007, he revisado el tema sobre la existencia de un Registro de Firmas para el Visado de Gastos.

Este Registro es un instrumento que encuentra su fundamento jurídico en el artículo 11 del "Reglamento sobre visado de gastos con cargo al presupuesto de la República", emitido por la Contraloría General de la República mediante Resolución R-2-2003-CO-DFOE, de las ocho horas del 1º de diciembre de 2003, publicado en el Diario Oficial La Gaceta, Nº 235, el 5 de diciembre de 2003. El mismo señala:

"*Artículo 11. Designación de responsables de la verificación del bloque de legalidad en el proceso de visado.*

1. *La Administración Activa deberá designar, de conformidad con la normativa vigente, a los funcionarios responsables de la verificación del bloque de legalidad en el proceso de visado en cada uno de los órganos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de este Reglamento.*
2. *Los nombres de las personas designadas por la Administración Activa como funcionarios responsables, así como los cambios posteriores, deberán comunicarse a la Contraloría General de la República, a más tardar cinco días hábiles después de que la Administración asuma el respectivo acuerdo.*"

Al amparo de ese fundamento jurídico, la Contraloría General de la República emitió el "Instructivo sobre aspectos mínimos a considerar en el análisis de los documentos de ejecución presupuestaria en el proceso de visado", Resolución M-1-2003-CO-DFOE, de las nueve horas del 3 de diciembre de 2003, publicado en el Diario Oficial La Gaceta, Nº 239, el 11 de diciembre de 2003. El punto 2.2.7 de ese instructivo señala:

"2.2. Aspectos contables y presupuestarios	*Para todos los documentos de ejecución presupuestaria se debe verificar lo siguiente:* *...* *7. Que todo documento de ejecución presupuestaria dentro del proceso de visado contenga los sellos y firmas autorizadas que correspondan, para lo cual se debe mantener un registro de firmas de los funcionarios responsables según lo dispuesto en el artículo 11° del Reglamento sobre el visado de gastos con cargo al Presupuesto de la*

	República, emitido por la Contraloría General de la República."

(el subrayado y resaltado no es del orginal)

En virtud de la adscripción de la Dirección General de Servicio Civil a la Presidencia de la República, realicé consulta telefónica a la Señora Mireya Chavarría Quesada, de la Dirección Financiera.

Como resultado de la conversación sostenida, se tiene la siguiente información:

1.- El Señor Director General de esta Dirección General, como responsable del programa presupuestario, es la única persona autorizada para firmar. Su firma ya se encuentra debidamente incorporada al Registro de Firmas que se indica en el Punto 2.2.7 del Instructivo supra citado, mismo que es administrado y custodiado por la Dirección Financiera de la Presidencia.

2.- La única forma en que alguna otra persona podría firmar, sería mediante la delegación de la firma del Señor Director General, en la persona que él a bien tenga. Para esos efectos, debería seguirse el trámite que la Ley General de la Administración Pública establece, entre otros, la emisión de la resolución de delegación debidamente motivada y su respectiva publicación en el Diario Oficial La Gaceta. Valga la ocasión para recordar que la delegación de la firma no implica delegación de la responsabilidad atribuida.

3.- Para cuando el Señor Director General se encontrare ausente, basta con comunicarlo a la Dirección Financiera del Ministerio de la Presidencia, e indicar en cuál persona se delegaría la firma. En ese caso, se emitiría y publicaría el acuerdo correspondiente. Por ejemplo, si se trata de un viaje al exterior, en el mismo acuerdo de viaje, se indicaría la persona delegada. Si se trata de vacaciones, se emitiría el acuerdo con base en esa justificación.

4.- Lo que no se encuentra regulado y más bien corresponde con una acción de control interno, es la existencia de un registro de firmas de servidores con funciones de dirección y supervisión, como lo son los Directores de Área, que eventualmente autorizan viáticos o algunos otros gastos. En este momento, ese registro se encuentra en proceso de actualización por parte de la Dirección Administrativa de esta Dirección General.

En síntesis, el Señor Director General debería valorar la oportunidad y conveniencia de delegar su firma con motivo de los gastos de la ejecución presupuestaria. A nivel administrativo, si se considera conveniente para el sistema de control interno, podría instaurarse un registro de firmas interno, de servidores con funciones de dirección y supervisión, que eventualmente participen en la autorización de gastos, tales como viáticos.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-405-2007
09 de Julio de 2007

Licenciado
Leonel Obando O.
Director
Carrera Docente

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio CD-576-2007, de fecha 29 de Junio del 2007 en el cual se nos solicita, referirnos a la posibilidad de aplicar la figura del reingreso contenida en el artículo 14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil al personal sujeto a las normas de la Ley de Carrera Docente.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta

será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Primeramente debe señalarse que respecto al personal sujeto a las normas del Título II del Estatuto de Servicio Civil, el mismo se divide en tres grandes estratos, los cuales se desprenden del artículo 2 del Reglamento a la Ley de Carrera Docente (Decreto Ejecutivo N° 2235-EP de Febrero de1972), a saber:

1. Los propiamente docentes;
2. Los administrativo-docentes;
3. Los técnico-docentes.

Ahora bien, respecto a los puestos **DOCENTES**, son todos aquellos que fundamentalmente están destinados a impartir lecciones en cualquiera de los niveles de la enseñanza.

Por otro lado existen los puestos **ADMINISTRATIVO- DOCENTES**, en los que se realizan primordialmente labores de dirección, supervisión y otras de índole netamente administrativas orientadas a servir el proceso educativo, entre estos se pueden señalar a los Directores de Centros Educativos así como sus asistentes.

Finalmente se encuentra el segmento de los **TÉCNICO- DOCENTE** en los cuales se realizan labores de planificación, asesoramiento, orientación o cualquier otra labor técnica, relacionada directamente con la política educacional del país, se encuentran aquí por ejemplo el Asesor de Educación, el Bibliotecario, el Orientador, etc.

Cabe mencionar que de estos grandes bloques se excluyen los puestos esencialmente **ADMINISTRATIVOS**, los cuales se rigen por las disposiciones establecidas en el Título I del Estatuto del Servicio Civil. Se pueden señalar aquí entre otros los puestos de asesoría legal, recursos humanos, etc.

Dicha distinción es importante si se toma en cuenta que, la figura del reingreso esta destinada (en principio) al personal comprendido en el Título I del Estatuto de Servicio Civil.

Sin embargo, cabe mencionar en este punto que, según el artículo 87 del Estatuto de Servicio Civil, para el nombramiento del personal técnico-docente y administrativo-docente, se siguen, en general, las reglas estipuladas en el Título Primero del mismo cuerpo legal así como su Reglamento, razón por la cual se puede afirmar desde ya que, la figura del reingreso resulta de aplicación plenamente válida para este tipo de personal, siempre y cuando se cumplan con los requisitos señalados al efecto por la norma de estudio y siguiendo las reglas estipuladas en la Resolución DG-027-98, emitida por la Dirección General de Servicio Civil.

Ahora, debe entonces dilucidarse si tal aplicación resulta también válida para el personal propiamente docente, situación que resulta poco clara pues tanto el Título II del Estatuto de Servicio Civil, el Reglamento de Carrera Docente como el Manual de Procedimientos para Administrar el Personal Docente (Decreto Ejecutivo N° 12915-E-P) son omisos al respecto, siendo que entre todos estos cuerpos legales, la única norma que menciona dicha figura es el artículo 178 del Estatuto de Servicio Civil el cual señala que:

*"**Artículo 178-** Los aumentos anuales serán reconocidos al servidor regular cuyas calificaciones anuales hayan sido "Excelente", "Muy Bueno" o "Bueno", de conformidad con las disposiciones de la Ley de Salarios de la Administración Pública.*

Dichos aumentos anuales se mantendrán en todos los casos de ascensos, descenso, traslado, permuta, reasignación, revaloración o reingreso del servidor regular." (El destacado es propio).

La inclusión de la figura del reingreso en el artículo citado, deja de alguna manera ver que, existe posibilidad de aplicarlo a los funcionarios propiamente docentes, pero, no resulta suficiente para así afirmarlo, siendo lo procedente analizar la letra del artículo 14 del

Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, norma principal en lo relativo al reingreso, señala este numeral en lo conducente que:

"...El servidor que hubiere prestado servicios en alguna de las instituciones comprendidas dentro del Régimen de Servicio Civil, por un período no inferior a cinco años, cuyos servicios hayan sido desempeñados con reconocida eficiencia, podrá reingresar dentro de la década siguiente, a la misma clase de puesto que ocupaba, si al momento del reingreso reuniere los requisitos establecidos para dicha clase, sin participar en concurso...." (El subrayado es propio).

Como se puede notar, la norma es amplia en sus alcances respecto al tipo de funcionario al que se le puede aplicar la figura del reingreso, limitándose únicamente a señalar que el mismo debe haber laborado en alguna de las instituciones comprendidas dentro del Régimen de Servicio Civil, en cuyo caso también se incluyen, los funcionarios docentes por ser estos parte de la fuerza laboral del Ministerio de Educación Pública (incluido en el régimen de méritos).

Aunado a lo anterior hay que indicar que, si bien como ya se mencionó la aplicación del reingreso no se encuentra regulado por las normas de aplicación concreta en los docentes, los artículos 180 del Estatuto de Servicio Civil y 92 del Reglamento a la Ley de Carrera Docente señalan que:

"**Artículo 180-** Las situaciones no previstas en este título, relativas a deberes y derechos de los servidores, serán resueltas conforme a lo establecido, correspondientemente, en el Título I de este Estatuto.

Articulo 92- *Las situaciones no previstas en el presente Reglamento, relativas a derechos y deberes de los servidores amparados por la Carrera Docente, serán resueltos de conformidad con lo que dispone el Reglamento del Título Primero del Estatuto."*

Es decir, dichas normas abren, por decirlo de alguna manera, la posibilidad de aplicar de manera supletoria las pautas dadas para el

personal del Título I del Estatuto de Servicio Civil en los casos que no se encuentren previstos en las disposiciones que, en principio les deben ser aplicadas al personal docente, razón por la cual puede afirmarse que, la aplicación del reingreso a los funcionarios cubiertos por la Ley de Carrera Docente resulta válido, por medio de la remisión de normas señaladas.

También ha de señalarse que, si bien la diferencia que existe entre los procesos de selección y nombramiento entre el personal docente y el netamente administrativo puede significar una eventual traba para la aplicación del reingreso al personal docente, debe aclararse que en todo caso, la aplicación de la figura de estudio no constituye un "derecho" a favor del ex funcionario, sino un medio "excepcional", para acceder al Régimen de Meritos, diferente a los estipulados en el artículo 83 y siguientes del Estatuto de Servicio Civil, el cual para su aplicación, deberá estar sujeto a las pautas señaladas por el artículo 14 *supra* indicado.

Por último cabe aclarar que tal como se dijo al inicio, existen diferentes estratos de puestos dentro del Título Segundo, los cuales son disímiles entre, razón por la cual la figura del reingreso únicamente cabe dentro de los mismos estratos.

Se contesta así su consulta, y, a la vez se devuelve el oficio original suscrito por la Licda. Rita María Villalobos Zamora, para que su dependencia proceda a dar la respuesta que corresponda al caso concreto.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-415-2007
16 de Julio de 2007

Licenciada
Yenny Patricia Bolaños Vargas
500 E 50 N Farmacia La Pacífica
La Cabaña, Apartamento 5
San Francisco de Dos Ríos
Yenvar@hotmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio de fecha 3 de Julio de 2007, recibido en esta Asesoría Jurídica el día 11 del mismo mes y año, en el cual se nos solicita, aclarar el estado en que se encuentra el estudio de reingreso realizado por su persona.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Ahora bien, en primer lugar, cabe hacer una acotación respecto a la confusión que parece existir, entre la nota que indica la admisibilidad a determinado concurso, y la declaratoria de idoneidad como tal.

Respecto a la primera, debe señalarse que, ésta se conforma como una simple aceptación de la solicitud presentada por el oferente, sin que ello implique un tipo de resultado previo respecto del proceso de selección que se está haciendo, pues para eso existe un sistema orquestado al efecto el cual, a grandes rasgos, es señalado por el artículo 15 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual señala en lo conducente que:

*"**Artículo 15.-** Todo aspirante a servir un puesto dentro del Régimen de Servicio Civil, deberá someterse a los concursos, investigaciones, pruebas, exámenes y demás procedimientos y recursos técnico- científicos que estime convenientes la Dirección General, con el objetivo de verificar que la persona reúna las condiciones físicas, morales y psicológicas requeridas para el desempeño exitoso del cargo.*

Los candidatos que alcancen una calificación mínima de 70% integrarán el registro de candidatos elegibles, de donde se escogen a las personas que ofrezcan un mejor pronóstico de éxito, para conformar la nómina que se envía a la institución poseedora de la vacante.

Para determinar la nómina con los candidatos más idóneos, como lo establece el artículo 26 del Estatuto de Servicio Civil, la Dirección General podrá convocar a los candidatos elegibles a una nueva evaluación, con el fin de poder ubicar los candidatos que ofrezcan el mejor pronóstico de éxito, de acuerdo con los requerimientos específicos que exija el respectivo pedimento de personal....."

Así, el aspirante que desee ingresar al Régimen de Méritos deberá someterse al proceso señalado, cumpliendo para estos efectos, con los requisitos estipulados por las normas pertinentes, para la incorporación.

Ahora bien, en este sentido, el Estatuto de Servicio Civil en el Capítulo IV concretamente en su artículo 20, y su Reglamento en el numeral 9, establecen los requisitos a satisfacer por parte del postulante a servidor, resultando de especial mención el inciso d) del Reglamento mencionado, el cual señala:

"El Ingreso al Servicio Civil

a. ***Artículo 9° -*** *Son requisitos para ingresar al Servicio Civil, aparte de lo establecido por el artículo 20 del Estatuto, los siguientes:*
b. *...*
c. *...*
d. *... No haber sido destituido por infracción de las disposiciones del Estatuto, del presente Reglamento o de los reglamentos autónomos respectivos en los tres años anteriores a la fecha de ingreso, o en un plazo mayor, si a juicio de la Dirección General, la gravedad de la falta lo amerita..."(El destacado es propio)*

Impone entonces la norma, un requisito ineludible para poder ingresar al Régimen de Méritos, cual es el haber transcurrido un mínimo de tres años entre el momento de la destitución y la fecha de ingreso en el puesto para el cual se está concursando, en virtud de una sanción impuesta con anterioridad.

Dicha sanción, siguiendo los preceptos constitucionales que al efecto existen, no es *ad perpetuam,* pues solamente se ejecuta durante un lapso de tiempo determinado, el cual, para el caso en estudio, es de al menos tres años, o un plazo mayor, si a juicio de la Dirección General, la gravedad de la falta así lo amerita.

En este sentido, y tal como lo señala el oficio suscrito por la señora Olga Bermúdez Conejo, el funcionario que haya sido sancionado por el plazo establecido debe, posteriormente a este, realizar de manera expresa, solicitud de estudio de preingreso al Área de Reclutamiento y Selección de Personal, para determinar su idoneidad.

Sobre este último punto cabe señalar que, si bien mediante su oficio se expresa que dicha solicitud ya fue realizada, en una consulta realizada a la base de datos que al efecto posee esta Dirección General, no aparece petición alguna realizada a su nombre.

Sin embargo, en aras de no dilatar innecesariamente el estudio correspondiente, se traslada su consulta al Licenciado Rafael Bejarano Naranjo, Director del Área de Reclutamiento y Selección de Personal, tomándose la misma, como la solicitud de estudio de rehabilitación para todos los efectos correspondientes, razón por la cual se le señala que, para futuras gestiones, se sirva a dirigirse a dicha dependencia, centro de trabajo que de acuerdo con las atribuciones que le impone el ordenamiento jurídico, es el competente para realizar el estudio del cual usted será objeto.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

CC. Lic. Rafael Bejarano Naranjo. Director Reclutamiento y Selección de Personal

Adjunto:: Oficio de fecha 3 de julio del 2007 suscrito por la señora Jenny Bolaños Vargas Copia de oficio ARSRH-766-2007 suscrito por la Licda. Olga Bermúdez Cornejo.
Hoja titulada Concurso NE-02-06.
Comprobante de participación para el oferente concurso NE-02-06

AJ-451-2007
8 de agosto del 2007

Señor
Rafael Batista
Correo Electrónico: rababre@gmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico recibido el 17 de julio del presente año, mediante el cual consulta sobre: "Si un empleado público recibe prestaciones por 8 años de servicio (8 meses de

prestaciones). ¿debe esperar 8 años u 8 meses para volver a trabajar con la Administración pública(sic)?"

Previo a evacuar su consulta, debemos de indicarle que por política de este Centro de Trabajo no se emiten criterios para resolver asuntos individuales, por lo que analizaremos la norma jurídica en la materia específica y con ello evitar suplantar a la administración activa, que es a quien le corresponde aplicar lo que en derecho corresponde.

Realizada la aclaración anterior debemos indicarle que sobre ese particular tenemos dos situaciones jurídicamente distintas, escenarios que se han analizado reiteradamente por esta Asesoría Jurídica, los cuales traemos a colación según lo hemos señalado en nuestro oficio AJ-311-2000, AJ-437-2006 del que se extrae algunos parámetros a analizar:

Por un lado tenemos el Programa de Movilidad Laboral fundamentado en la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público No. 6955 de fecha 24 de febrero de 1984, y modificada mediante la Ley 7560 de 11 de noviembre de 1995 en la que dispuso en sus artículos 25 y 27, las condiciones y el procedimiento para que los servidores públicos pudiesen renunciar voluntariamente a sus puestos y percibir las prestaciones legales que le pudieren corresponder, al señalar lo siguiente:

> ***"Artículo 25: La Administración Pública, centralizada y descentralizada, y las empresas públicas podrán ofrecer el pago de sus prestaciones, más una bonificación a los servidores que ellas estimen conveniente, si estos están de acuerdo y renuncian para dedicarse a actividades ajenas al sector público.***
>
> ***Esta bonificación se limitará a los términos y condiciones que se señalan a continuación:***

Para pagar el auxilio de cesantía, se reconocerán los años de servicio laborados en forma continua e ininterrumpida, hasta un máximo de doce. Este incentivo será una excepción a las reglas para calcular el auxilio de cesantía.

Adicionalmente al reconocimiento que se realice por años de servicio, podrá otorgarse a cada servidor un incentivo adicional hasta de cuatro mensualidades del salario promedio de los últimos seis (6) meses efectivamente laborados"

"Artículo 27: Los funcionarios que se acojan a los beneficios establecidos en el artículo 25 de esta ley no podrán ocupar puesto alguno en la Administración Pública, centralizada o descentralizada, ni en las empresas públicas, sino después de siete (7) años contados a partir de la fecha de su renuncia. La Autoridad Presupuestaria reglamentará los procedimientos para controlar que se cumpla con esta disposición". (El subrayado no corresponde al original)

Como se puede extraer de lo transcrito, el numeral 25 ofrece el pago de las prestaciones legales más una bonificación a quien renuncie voluntariamente para dedicarse a actividades ajenas al sector público. No obstante deberá tomar en consideración la imposición o prohibición que dispone el numeral 27 de dicha Norma, la cual indica taxativamente que **"...no podrán ocupar puesto alguno en ministerios, instituciones pública o empresas donde el Estado tenga alguna participación..."** en donde según sea el año en que se halla dado la movilidad laboral, así será la norma que se aplique, sean estos cinco años antes de la modificación de esta ley 6955, o siete años si fue posterior a ella, sea aplicando la Ley No. 7560 de 11 de noviembre de 1995.

Por otra parte, si el retiro del servidor de la Administración Pública se debió a causas ajenas al Programa de Movilidad Laboral, y se le pagaron las prestaciones legales, entraría en juego el contenido del artículo 586 del Código de Trabajo, en cuyo inciso b) dispone lo siguiente:

> **"...Los servidores que se acojan a los beneficios de este artículo, no podrán ocupar cargos remunerados en ninguna dependencia del Estado, durante un tiempo igual al representado por la suma recibida en calidad de auxilio de cesantía. Si dentro de ese lapso, llegaren a aceptarlo, quedarán obligados a reintegrar al Tesoro Público las sumas percibidas por ese concepto deduciendo aquellas que representan los salarios que habían devengado durante el término que permanecieron cesantes."…**

Se desprende con toda claridad de esta disposición jurídica, que un servidor que percibió sus prestaciones, no podría reingresar al servicio público, si no ha transcurrido el tiempo (número de meses) que por concepto de auxilio de cesantía le fueron indemnizados, o bien que proceda al reintegro de las sumas de más en la forma en que la misma norma establece, así que si a un servidor se le cancelaron ocho años, correspondiendo un meses por cada año y lleva cesante cinco meses, podría volver a laborar, siempre y cuando devuelva al Erario Público el monto correspondiente a esos tres meses restantes, para con ello evitar un enriquecimiento indebido.

Atentamente

Original Firmado { Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA

AJ-533-2007
11 de setiembre de 2007

Señor
Victor Hugo Sánchez
Correo Electrónico: Víctor300153@yahoo.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica damos respuestas a su correo electrónico de fecha 6 de setiembre del 2007, mediante el cual expone su situación, misma que

fuera contestada mediante oficio AJ-394-2007 de fecha 22 de junio del presenta año y el que se transcribe seguidamente:

"AJ-394-2007
22 de junio del 2007

Señor
Víctor Hugo Sánchez Chión
Teléfonos 377-9066; 445-6758; 447-1963

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, hacemos referencia a su consulta de fecha 15 de junio del presente año, mediante la cual expone su situación indicando lo siguiente:

> ***"renuncié del Instituto Nacional de Seguros y recibí las prestaciones legales amparado por la Convención Colectiva de Trabajo. El 1º de marzo del 2007 fui nombrado en propiedad en el Ministerio de Educación después de un proceso de concurso a través de la Dirección General de Servicio Civil. Sin embargo, a los días de estar trabajando me enviaron ... oficio ... donde me indican que no puedo ingresar al Sector Público hasta que haya transcurrido los cinco años por haberme acogido a la Ley 6955 del Equilibrio Financiero del sector Público, siendo lo correcto al amparo de la Convención Colectiva del INS."***

De previo debemos indicarle que esta Asesoría Jurídica tiene por política no resolver casos concretos, por cuanto estaríamos suplantando a la Administración Activa en sus decisiones, por lo que analizaremos los aspectos que se deben considerar desde el marco

jurídico de aplicación, correspondiéndole a aquella resolver lo que corresponda.

Ahora bien, para dar cabal respuesta a su consulta debemos traer a colación la figura de la Movilidad Laboral que se consagra en los numerales 25 y 27 de la Ley 6955, Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público de fecha 24 de febrero del 1984, reformados por Ley 7560 de 11 de noviembre de 1995, que en lo que interesa disponen:

> **"Artículo 25: La Administración Pública, centralizada y descentralizada, y las empresas públicas podrán ofrecer el pago de sus prestaciones, más una bonificación a los servidores que ellas estiman convenientes, si estos están de acuerdo y renuncian para dedicarse a actividades ajenas al sector público.**
> ***Esta bonificación se limitará a los términos y condiciones que se señalarán a continuación:***
>
> - ***Para pagar el auxilio de cesantía se reconocerán los años de servicio laborados en forma continua e ininterrumpida, hasta un máximo de doce. Este incentivo será una excepción a las reglas para calcular el auxilio de cesantía.***
> - ***Adicionalmente al reconocimiento que se realice por años de servicio, podrá otorgarse a cada servidor un incentivo adicional hasta de cuatro mensualidades del salario promedio de los últimos seis (seis) meses efectivamente laborados."***
>
> ***"Artículo 27: Los funcionarios que se acojan a los beneficios establecidos en el artículo 25 de esta ley no podrán ocupar puesto alguno en la Administración Pública, centralizada o descentralizada, ni en las empresas públicas, sino después de siete (7) años contados a partir de la fecha de su renuncia. La***

Autoridad Presupuestaria reglamentará los procedimientos para controlar que se cumpla con esta disposición." (El subrayado es nuestro)

Como se desprende de lo transcrito, quien se ampare a las prestaciones legales con apego a esta normativa, se le impone una limitación de siete años, para prestar nuevamente sus servicios a una institución del Sector Público, por lo que deberá esperar el transcurso que dice la norma, a partir de la renuncia efectiva presentada por el servidor.

El caso en particular de su persona, debe ser resuelto por la administración activa, sea el Ministerio de Educación Pública, y determinar si a usted se le aplicó la norma supra transcrita. En caso de no ser así, no podría limitarse su prestación de servicio, salvo otra disposición legal en contrario.

Atentamente,

Original Firmado (Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA"

Siendo esto así, y si aun tiene alguna duda al respecto, podrá recurrir a la instancia superior agotando la vía administrativa y acudir al Tribunal de Servicio Civil, según lo señala el artículo 88 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que establece:

"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 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 Ministro respectivo. Si el reclamo se presentaré contra un acto del propio Ministro, no se requiere más trámite que impugnarlo directamente ante dicho funcionario.

En estos últimos dos 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 81 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

c) La Dirección General cumplirá, en lo que fuere dable, las disposiciones del inciso e) del artículo 43 del Estatuto, y tramitará las respectivas diligencias con intervención del reclamante y del jefe contra quien se dirija la acción. Sin embargo, una vez levantada la información y antes de ser devuelto el expediente al Tribunal, se concederá audiencia al respectivo Ministro, cuando no haya sido parte del asunto, para lo que estime conveniente proponer o manifestar.”

Atentamente,

Original Firmado {Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURIDICA

AJ-556-2007
03 de octubre del 2007

Señor
MBA. Rolando Sánchez Corrales
Presidente de Comisión de Ascensos del MAG
S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio CA-048-07 de fecha 28 de setiembre de

2007, recibido el 2 de octubre de 2007, mediante el cual consulta lo siguiente:

> *"…Si es aplicable esa norma a un funcionario cuyo término de su relación laboral anterior fue un despido por causa, cumpliendo éste con el resto de los requisitos."…*

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

El artículo 14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954, establece en lo que interesa lo siguiente:

> *"…El servidor que hubiere prestado servicios en alguna de las instituciones comprendidas dentro del Régimen de Servicio Civil, por un período no inferior a cinco años, cuyos servicios hayan sido desempeñados con reconocida eficiencia, podrá reingresar dentro de la década siguiente, a la misma clase de puesto que ocupaba, si al momento del reingreso reuniere los requisitos establecidos para dicha clase, sin participar en concurso."…*

Es por ello que mediante la Resolución DG-027-98 de las 10:00 horas del 26 de marzo de 1998, modificada en su artículo 1º por la Resolución DG-115-2002 de las 8:50 del 11 de junio de 2002 y en su artículo 2º por la Resolución DG-247-2005 de las 10:00 del 26 de

agosto de 2005, se dispuso la creación de un cuerpo normativo que regula el procedimiento para la aceptación de reingreso de ex-funcionarios al Régimen de Servicio Civil.

La Resolución DG-027-98 y sus reformas, establece en lo que interesa lo siguiente:

> "*ARTICULO 1º.- Aceptar reingresos de exfuncionarios al Régimen de Servicio Civil, siempre que el interesado cumpla con las siguientes condiciones y requisitos:*
>
> *…*
>
> *b) Que reúna los requisitos que señala el artículo 9° del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, para lo cual se requiere el estudio de preingreso."…*
>
> *"ARTICULO 4º.- Rechazar las solicitudes de reingreso en los siguientes casos:*
>
> *a) Cuando el exservidor haya sido separado del cargo mediante sentencia en firme del Tribunal de Servicio Civil.*
> *b) Cuando, a pesar de no haber sentencia en tal sentido, haya mediado gestión de despido y desistimiento de ésta, en caso de que a criterio de la Dirección General haya falta grave.*
> *c) Cuando el Tribunal de Servicio Civil haya declarado sin lugar una gestión de despido, por haber acogido una excepción de prescripción en caso de que haya falta grave a juicio de la Dirección General.*
> *d) Cuando en el expediente del servidor consten sanciones disciplinarias de alguna gravedad o graves."…*
>
> *"ARTICULO 6º.- Quien sea objeto del beneficio aquí regulado, deberá, previamente a su otorgamiento, presentar certificaciones de la Oficina de Recursos Humanos respectiva en la que se indique la causa de su cesación, fecha de la*

misma, años de servicio y si medió pago de prestaciones, con el propósito de determinar la validez de su reingreso."…

Mediante oficio AJ-699-2001 del 29 de noviembre de 2001, esta Asesoría Jurídica se refirió a los cuatro incisos del Artículo 4º citado supra, indicando que la procedencia o improcedencia de la aplicación de la normativa de reingreso deberá determinarse con el estudio del expediente y todos los documentos del caso particular.

Sin necesidad de ningún tipo de interpretación jurídica, basta la simple lectura de la normativa transcrita para concluir que en los supuestos de los incisos a), b), c) y d) del artículo 4º de la Resolución DG-027-98, y sus reformas, las solicitudes de reingreso deben ser rechazadas, sin hacer excepción alguna sobre el eventual cumplimiento o no de otros requisitos.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-671-2007
10 de diciembre del 2007

Licenciada
Adriana Castro Montes
Coordinadora
Unidad de Recursos Humanos
Ministerio de Economía, Industria y Comercio

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida por correo electrónico de fecha 05 de diciembre del presente año, mediante la cual indica:

> *"No queda claro el procedimiento a seguir cuando un médico de la C.C.S.S. recomienda la reubicación de un servidor por enfermedad crónica, ni tampoco qué acciones se deben aplicar si no es factible la reubicación (como sería el caso de un guarda, chofer o misceláneo), se podría aplicar el despudo (sic)?.*
>
> *Por otra parte, las recomendaciones que emite un médico de la Caja Costarricense del (sic) Seguro Social para la reubicación de un servidor son de acatamiento obligatorio para la administración?"*

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

Como su consulta se deriva del criterio jurídico contenido en el Oficio número AJ-591-2007, vamos a retomar algunas de las afirmaciones en él contenidas para ilustrar la presente respuesta.

Ciertamente, no existe en el ordenamiento jurídico un procedimiento taxativo para los traslados o las reubicaciones. Véase que el fundamento jurídico señalado en el Oficio número AJ-591-2007

básicamente se reduce a los incisos u) y x) del artículo 3 y al numeral 22 bis del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil de manera general y al artículo 254 del Código de Trabajo en el caso particular de riesgos del trabajo. De la lectura de ese fundamento normativo, resulta evidente que no existe un procedimiento específico, menos aún, un procedimiento que se denomine de manera particular para el caso concreto de traslados o reubicaciones, como sí lo podría ser el procedimiento de gestión de despido.

En otras palabras, de la misma forma en que se hace una reubicación o un traslado común y corriente, se puede hacer una reubicación o traslado cuya causa sea la existencia de una enfermedad crónica que afecte al servidor. Lo único que se podría considerar diferente es que en el caso de comentario, la causa se acreditaría de una forma técnica médica, conocimiento que muchas veces escapa de la práctica cotidiana de la Administración.

Sobre el procedimiento a seguir, se dijo en el Oficio número AJ-591-2007 lo siguiente:

> *"Para que la Administración tome la decisión y emita el acto administrativo de "traslado" o de "reubicación", es indispensable que haya seguido un debido proceso. Sobre ese tema, la Sala Constitucional, en la resolución número 15345-2003 de las quince horas con once minutos del diecinueve de diciembre del dos mil tres, refiriéndose a los traslados, pero igualmente aplicable en el tema de reubicaciones, ha señalado:*
>
> > *IV.- Requisitos que deben cumplirse para el traslado: De conformidad con la jurisprudencia citada el traslado de un servidor que pretenda efectuar la Administración debe reunir los siguientes requisitos: 1) Debe ser un acto debidamente motivado y comunicado al interesado, de forma que el servidor conozca los motivos concretos o específicos que hacen necesaria tal decisión. No es, por*

tanto, suficiente que dicha motivación o justificación del acto se limite a una manifestación de que se efectúa para un mejor servicio público, sino que deben hacerse constar los motivos que en concreto hagan necesario que determinado servidor sea trasladado para garantizar la prestación adecuada del servicio público. 2) El traslado debe ser comunicado en forma oportuna, lo cual significa que no debe hacerse en forma intempestiva. Aunque no exista plazo legal para hacerlo es razonable que se efectúe con la mayor anticipación posible, a fin de permitir al trabajador tomar las previsiones que requiera, dársele la oportunidad de impugnar la medida, si así lo estimare conveniente, antes de que ésta sea ejecutada, dada la evidente dificultad que podría enfrentar al ejecutarse el traslado. 3) Deberá suministrarse al trabajador toda la información relativa al traslado, las funciones que se le asignan, si ello implica una modificación en sus condiciones laborales (puesto, salario, horario, etc.), y si es traslado es permanente y definitivo o se trata de una medida temporal, en este último caso indicándose el tiempo de su duración.

Dentro de la pluralidad de causas que podría tener la Administración para realizar un "traslado" o una "reubicación", una de ellas podría ser la existencia de enfermedades crónicas de un servidor. Este "traslado" o "reubicación" podría hacerse de oficio o bien a solicitud de parte, pero no hay que olvidar que la decisión final corresponde con una facultad unilateral de la Administración."

"También habría que señalar la vía del procedimiento ordinario establecido en el artículo 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, como otra forma en que la Administración podría acreditar y hacer llegar la prueba idónea, incluso pericial, para demostrar la enfermedad

> *crónica, motivar la actuación administrativa y escoger el tipo de movimiento de personal a aplicar en el caso concreto."*

De manera que no existe un procedimiento específico, pues se trata de las mismas actuaciones que habitualmente se utilizan para realizar ese tipo de movimiento de personal.

En el Oficio número AJ-591-2007 también se citó la Opinión Jurídica de la Procuraduría General de la República número OJ-027-1997 del 07 de julio de 1997, que señala:

> "*Indudablemente, todas estas consideraciones contenidas en nuestra legislación laboral, obedecen a la prioridad del Derecho del Trabajo de proteger y mantener la continuidad de la relación, sea, la estabilidad en el empleo, como uno de los más preciados anhelos de la justicia social.*"

Aunque no se acreditan las razones por las cuales un traslado o una reubicación no serían factibles, máxime si se toma en cuenta que el Régimen de Servicio Civil es uno solo, pensar que en el Estado Democrático y Social de Derecho Costarricense no existe posibilidad alguna de mantener la relación de servicio, resulta una eventualidad remota, pero no imposible. En tal caso, como último recurso, después de haber agotado absolutamente todas las opciones, no habría más solución que el despido, con el pago de todos los extremos laborales.

Se reitera que además de que el despido constituiría una opción de ultima ratio, en eventuales circunstancias podría considerarse contrario a los derechos constitucionales, de ahí que debería acreditarse fehacientemente la imposibilidad de que el asunto se hubiere solucionado de forma distinta.

Valga la ocasión para recordar que el traslado o la reubicación no se refieren a la figura de la reasignación, que se encuentra definida en el inciso b) del artículo 105 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil,

pues se trata de un instituto distinto, de características particulares ante ciertos casos específicos.

Véase que si se trata de una reasignación en condición de descenso, menos se estaría en presencia de un traslado o reubicación, pues el artículo 22 bis de ese mismo cuerpo normativo es explícito al afirmar: "*siempre que no se cause grave perjuicio al servidor*". Para mayor claridad, si se causa perjuicio no se está en presencia de la figura del traslado o la reubicación.

También, es importante traer a colación el texto del artículo primero del Estatuto de Servicio Civil, que en muchas ocasiones no se analiza de manera integral, sino únicamente su primera parte:

> "*Artículo 1° - El Estatuto de Servicio Civil y el presente Reglamento regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública y* ***de proteger a dichos servidores***."
> (el subrayado y resaltado no es del original)

Resultaría contradictorio de los principios constitucionales señalados en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política y desarrollados en el Estatuto de Servicio Civil, que la única alternativa que solucione un caso de reubicación por causa de enfermedad crónica, sea la ejecución del despido, que evidentemente eliminaría la continuidad de la relación de servicio.

Siguiendo con el orden de su consulta, como Usted bien lo señala, lo que emite el médico de la Caja Costarricense de Seguro Social son recomendaciones, o más bien, dictámenes médicos mediante los cuales se hace constar determinada enfermedad crónica. Indiscutiblemente, la decisión que tome la administración deberá valorar la prueba técnica médica que se encuentre disponible y se haya acreditado como parte de la motivación de la actuación administrativa. Sin embargo, no podría afirmarse que una

recomendación sea de acatamiento obligatorio porque no tiene la vocación ni la potencia jurídica para serlo, pero sí debe ser considerada dentro de la actuación administrativa para tomar la decisión.

Bien podría pensarse en la posibilidad de que la Administración inicie un procedimiento administrativo, con motivo de la solicitud que hace un servidor que aporta como prueba un dictamen médico, en el que se acredita una enfermedad crónica donde se recomienda la reubicación y dentro de la sustanciación del procedimiento, la Administración logra comprobar que no existe fundamentación suficiente para realizar ningún movimiento de personal, e incluso, logra acreditar técnicamente, que la recomendación resulta desproporcionada e irrazonable en relación con la enfermedad crónica dictaminada.

A manera de conclusión:

1.- En la normativa estatutaria no existe un procedimiento creado especialmente para la aplicación de movimientos de personal por traslado o reubicación.

2.- El despido constituye una opción de ultima ratio si no es factible el traslado o la reubicación de un servidor, una vez agotadas todas las opciones dentro del Régimen de Servicio Civil.

3.- Las pruebas técnicas médicas que recomiendan un movimiento de reubicación no son de acatamiento obligatorio para la administración, pero deben ser correctamente valoradas en las actuaciones administrativas que se deriven.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

Cc: Licda. Guiselle Ramírez – Coordinadora Recursos Humanos
Instituto Alcoholismo y Farmacodependencia

AJ-428-2007
25 de Julio de 2007

Master
Carlos Cascante Duarte

Viceministro
Ministerio de Ciencia y Tecnología

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a oficio MICIT-DMV-023-2007 de fecha 2 de Julio 2007, en el cual se nos solicita, referirnos a la posibilidad de aplicar una sanción de suspensión, sin goce de salario, a un funcionario del MICIT, impuesta por un Órgano Director de un Ministerio diferente, en los casos en que el funcionario trabajó en la institución que abrió el procedimiento disciplinario, pero la decisión final se da cuando el mismo se ha trasladado horizontalmente al MICIT.

Previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Dado que la pregunta gira entorno a la posibilidad de aplicar sanciones, debe de ahí, aun cuando sea de manera sucinta, partir el presente estudio.

Respecto a la posibilidad que tiene el Estado para sancionar, o disciplinar a sus servidores, debe señalarse que, dicha facultad le es otorgada por el ordenamiento jurídico, reflejándose, de alguna forma, la relación de sujeción existente entre la Administración Pública en general y sus funcionarios. En este sentido puede verse lo manifestado por la Sala Constitucional en su Voto N° 1264-95, cuando señaló que:

"Este régimen es una especie de la potestad "sancionadora" del Estado, de la que dimana; potestad que es inherente y propia de la administración Pública, traduciéndose en la facultad de, por lo menos, un "mínimo" de poder para que ésta aplique sanciones disciplinarias a sus funcionarios o empleados cuando falten a sus deberes. El poder disciplinario es inherente a toda organización pública o privada, es decir, no es exclusiva de la Administración Pública, por ser un poder imprescindible para la gestión ordenada de la responsabilidad pública y privada, pero su fundamento es diverso. Así, el poder disciplinario privado tiene su fundamento en una obligación civil, en virtud de la igualdad jurídica de las partes que informan toda la relación jurídica de derecho privado. En cambio, el poder disciplinario del sector público es creado en virtud de un acto bilateral, pero en su desenvolvimiento, la actividad del funcionario público queda exclusivamente sujeta a la voluntad de la Administración Pública, desde la creación hasta la extinción de la relación, de manera que el servidor se encuentra en un status de especial dependencia con respecto al Estado".

Ahora bien, dado que el Estado es una abstracción jurídica, ¿a quién le corresponde ejercer este poder disciplinario a nombre del Estado?

A grandes rasgos puede indicarse que, de conformidad con el artículo 102 de la Ley General de la Administración Pública, la potestad de disciplinar a los servidores reside en el superior jerárquico, que en el caso de los Ministerios, es representado por el Ministro.

En el tema que nos ocupa, dicha potestad se encuentra regulada en el artículo 67 del Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio Ciencia y Tecnología (Decreto Ejecutivo N° 22780-MICIT), el cual señala en lo conducente que:

"La suspensión del trabajo por un mínimo de dos días sin goce de salario, la aplicará el Ministro, el Viceministro o el Oficial Mayor, con

el apoyo de la Asesoría Jurídica, previo cumplimiento del debido proceso y del derecho de defensa al funcionario afectado, en los siguientes casos (...)" (El destacado es propio)

Como puede observarse, la potestad de disciplinar a los servidores recae en la figura del superior jerarca del Ministerio señalado, lo cual armoniza con lo expuesto en reiteradas ocasiones por la Procuraduría General de la Republica, cuando señala que:

"Como titular de la potestad disciplinaria, el Ministro es el competente para decidir iniciar un procedimiento sancionatorio, pero también para concluirlo, adoptando la decisión final sobre el mismo. En consecuencia, la resolución final del procedimiento que determina la existencia de una de las causales previstas por el ordenamiento para sancionar es competencia del Ministro de que se trate. Una resolución que puede implicar, obviamente, la imposición de una sanción." Dictamen 079-2007.

Ahora bien, se cuestiona si existe posibilidad de aplicar una sanción dictada en una institución distinta a aquélla en la que se pretende ejecutar. En este sentido, debe insistirse en que el poder

disciplinario corresponde al superior jerarca de la institución donde labora el funcionario al que se le achaca la falta cometida.

Dicha potestad fue manifestada en la Institución en la que anteriormente se encontraba laborando el funcionario en mención, pues, como se desprende de su escrito, al mismo se le siguió una causa disciplinaria a través de un órgano director, misma que finalizó con el dictado de resolución a través de la decisión tomada por el órgano decisor del proceso. En ese orden de ideas, si la decisión final hubiera sido tomada cuando el funcionario aún formaba parte de esa dependencia, la misma hubiera podido ser ejecutada plenamente por el jerarca, quien en todo caso, conforma el órgano decisor del proceso.

Sin embargo, tal tesitura no puede aplicarse de igual manera una vez que el funcionario ha cambiado de sede laboral, pues si bien

puede decirse que en virtud de la teoría del Estado Único Patrono, el funcionario aun se encuentra a las labores de un mismo patrono ante el cual debe responder de sus faltas, no está ante el mismo jerarca.

Esto trae como consecuencia el acaecimiento de tres consecuencias que niegan categóricamente la aplicación de la sanción por el nuevo jerarca, a saber:

a) El nuevo jerarca, en virtud de no haberse constituido como parte activa del proceso administrativo sancionatorio, se vea imposibilitado a ejecutar la sanción;

b) La decisión tomada por el otro Ministerio u Órgano Estatal, sería de alguna manera, impuesta al nuevo jerarca, lo cual violentaría la independencia funcional existente entre las distintas dependencias gubernamentales;

c) En caso de que se pretendiera sancionar al funcionario en el nuevo Ministerio, se le deberá abrir un nuevo Órgano Director para tomar dicha decisión, esta posibilidad, sin embargo se encuentra vetada en virtud del Principio de *Non bis in Idem*, mediante el cual a nadie se le puede imponer doble sanción por el mismo hecho (independientemente de si la misma se ejecutó o no).

Por lo antes expuesto, en criterio de esta Asesoría Jurídica, no existe posibilidad alguna de aplicar una sanción disciplinaria dictada por un Órgano Director conformado por un sujeto distinto al jerarca de la institución que pretende ejecutarlo.

Sin embargo, quedan por hacer dos acotaciones. La primera de ellas va dirigida a hacer notar que una situación, como la que se presenta en su oficio, crea una situación de impunidad absoluta respecto de los funcionarios que cometan alguna falta contra la

Administración Pública, los cuales, mediante algún tipo de movimiento de personal, sean por ejemplo los traslados, pueden verse librados de la sanción que les corresponde, a sazón de lo cual se les recuerda que parte de las funciones de los superiores jerarcas, en este caso los Ministros, es según el inciso b del artículo 102 de la Ley General de la Administración Publica, el:

"Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia..."

Razón por la cual debe tenerse, para futuras ocasiones, una mayor diligencia respecto de verificar cualquier anomalía como la presentada en este caso concreto, antes de aceptar el traslado de personal a la dependencia que tan dignamente representan.

Finalmente, se señala que, dada la relevancia y complejidad del asunto aquí ventilado, téngase nuestra respuesta sujeta a lo que sobre el tema podría decir la Procuraduría General de la República, constituida ésta como la instancia consultiva vinculante del Estado, por lo que se sugiere a ese Despacho, solicitar el criterio a dicha Procuraduría.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-643-2007
22 de noviembre del 2007

Señor
Eduardo Hernández López
Correo electrónico: jehernandez@mopt.go.cr

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo remitido por la página web de fecha 16 de noviembre del presente año, mediante el cual indica:

> "Me interesa establecer de quien es la responsabilidad del suministro de las herramientas, ..."

Primero debemos indicarle que este centro de trabajo tiene por política no atender casos concretos, por lo que se referirá al análisis de los aspectos que se deben considerar desde el marco jurídico de aplicación, correspondiéndole a la Administración Activa resolver lo que corresponda.

Sobre su cuestionamiento de quién debe suministrar las herramientas para la realización de las labores encomendadas a los funcionarios de cada organización, debemos indicarle, que al no regular específicamente este tema el Estatuto de Servicio Civil, el artículo 51 autoriza la aplicación supletoria del Código de Trabajo, señalando éste último cuerpo jurídico , en sus numerales 69 inciso d) y 72 inciso d), lo siguiente:

> **"…** Capítulo V
> **De las obligaciones de los patronos y de los trabajadores**.
>
> **Artículo 69.-** Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus leyes supletorias o conexa, son obligaciones de los patronos:

(...)

d) Dar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para ejecutar el trabajo convenido, debiendo suministrarlos de buena calidad y reponerlos tan luego como dejen de ser eficientes, siempre que el patrono haya consentido en que aquéllos no usen herramientas propias. (...)

Artículo 72.- Queda absolutamente prohibido a los trabajadores:
(...)
d) Usar los útiles y herramientas suministrados por el patrono, para objeto distinto de aquél a que están normalmente destinados, y (...)

De lo anterior se puede interpretar sin mayor esfuerzo, que el patrono es quien debe suministrar los útiles, instrumentos y materiales necesarios para ejecutar el trabajo encomendado al servidor, así como la responsabilidad del funcionario de velar por el buen uso de los implementos entregados para realizar las labores encomendadas.

Por otra parte, podemos percibir de su misiva, que se trata de una situación en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, por lo que al estudiar el Reglamento Autónomo de Servicio de esa Institución, Decreto Ejecutivo No. 18250 de 21 de julio de 1988, pudimos encontrar, que en el artículo 37, numerales 8, 21 y 22 del Capítulo V "De los deberes y obligaciones de los servidores", se establece lo siguiente:

"… **Artículo 37.-** Además de las consignadas en el artículo 71 del Código de Trabajo, 39 del Estatuto de Servicio Civil, 50 de su Reglamento y en otros artículos del presente Reglamento, son obligaciones de los servidores:
(...)

8) Cuidar y responder por los bienes propiedad o al servicio de la institución o que tuviere asignados, y no usarlos para fines distintos

de aquellos a que están destinados, sin perjuicio de lo establecido por los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de la Administración Financiera de la República.

(...)

21) Responder por los bienes del Ministerio que tuvieren en uso o asignados y reponer o pagar aquellos cuyo daño, destrucción o pérdida, le sean imputables. Es entendido que no serán responsable por el deterioro normal, daño, destrucción o pérdida que se ocasionen por caso fortuito, fuerza mayor, mala calidad o defectuosa confección.

22) Restituir al Ministerio los bienes no usados y velar por el buen estado de los instrumentos y útiles que se les facilitaren para el trabajo. (...)

Atentamente,

Original Firmado { Licda.
Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURIDICA

AJ-594-2007
26 de octubre del 2007

Licenciada
Martha Emelina Gamboa Mora
Coordinadora
Oficina de Servicio Civil - Salud
S. O.

Estimada señora:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio OSC-MS-910-2007 de fecha 12 de octubre del 2007, recibido el día 19 del mismo mes y año, mediante el cual se consulta lo siguiente:

"1.- Se puede trasladar un funcionario que ocupa un puesto en propiedad bajo el Régimen de Servicio Civil a una Municipalidad y viceversa o tendría que gestionar un permiso sin salario para ocupar ese puesto.

2.- Se pueden arrastrar las vacaciones de ese funcionario en la institución a la que va, conociendo que la relación laboral no la brindó para esta institución.

3.- Se le deben reconocer los años de servicio laborados en esa institución, desde el punto de vista de estado (sic) como único patrono.

Que (sic) sucede con otros rubros tales como Carrera Profesional, Dedicación Exclusiva o Prohibición."

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

En vista de que son varias las interrogantes, para efectos de su mejor compresión, las vamos a responder en forma separada, en el mismo orden en el cual fueron planteadas.

1.- En primer lugar, conviene efectuar una precisión con respecto al término "traslado". Para efectos de su consulta, no resulta aplicable la definición contenida en el inciso u) del artículo 3 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. En otras palabras, no se aplica la carrera administrativa porque el tipo de "traslado" consultado, no se ubica dentro de instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil.

Por el contrario, el fundamento legal aplicable se encuentra en el Decreto Ejecutivo No. 22317 del 1º de julio de 1993, denominado "Movilidad Horizontal en Ministerios, Instituciones y Empresas Públicas será autorizado por Autoridad Presupuestaria", desarrollado operativamente por la Circular STAP-880-94.

Para una mayor compresión, se transcriben los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Ejecutivo No. 22317 citado supra, que señalan:

> "*2º.- La Autoridad Presupuestaria autorizará los traslados de plazas, ocupadas o vacantes, entre los Ministerios, Instituciones y Empresas Públicas, cubiertas por su ámbito.*
>
> *3º.- El traslado de plazas ocupadas provenientes de las Instituciones y Empresas Públicas, a Instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil, deberá realizarse mediante*

Ley de Presupuesto y sus titulares deberán tener, por lo menos, dos años de servicio ininterrumpido al Estado.

4º.- Sin excepción, no se autorizará la creación de plazas nuevas, para sustituir las plazas trasladadas."

Con ese mismo fin, se transcriben algunos puntos de la Circular STAP-880-94, que señalan:

"II.- Para puestos ocupados en propiedad:

El traslado de puestos ocupados en propiedad entre los Ministerios, Instituciones y Empresas Públicas, se efectuará de común acuerdo (resolución) entre el Jerarca de la entidad que cede el puesto y el que lo recibe; siempre y cuando no se le cauce perjuicio al funcionario que se pretende trasladar, ni al servicio público; para ello se requiere:

a.- Resolución de los jerarcas de ambas entidades aceptando el ceder y recibir el puesto respectivamente

b.- Declaración del servidor, donde manifieste su anuencia al traslado; a quien se advertirá de su exclusión del Régimen de Servicio Civil, en caso de trasladarse a una entidad no cubierta por dicho Régimen.

c.- Certificación de contar por lo menos con dos años de servicio ininterrumpido al Estado y de ocupar, a la fecha de emisión de la certificación, el puesto en propiedad.

d.- Si la plaza ocupada procediere de una entidad no cubierta por el Régimen de Servicio Civil y se trasladare a una entidad cubierta por este, posterior a la asignación del puesto, mencionada en el punto 1. del aparte III de este documento, la Dirección General de Servicio Civil, previo a la autorización

del traslado, deberá comprobar en forma expedita la idoneidad del funcionario que lo ocupa en propiedad."

"IV.- Generalidades

1.- Las solicitudes para autorización de traslados de puestos vacantes u ocupados, deben presentarse ante la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria, acompañadas por los requisitos anteriormente estipulados. La aprobación por parte de ésta, entrará en vigencia el primer día del mes siguiente a su autorización y su traslado presupuestario se realizará de acuerdo a las normas y procedimientos vigentes."

Mediante oficio número AJ-536-95 del 6 de octubre de 1995, esta Asesoría Jurídica se refirió al tipo de traslados consultado y señaló lo siguiente:

> "Lo anterior conlleva como consecuencia no causarle perjuicios graves al servidor objeto de traslado ni a la Administración en la emisión de sus actos administrativos."

De conformidad con lo trascrito supra, se concluye que sí se puede trasladar un servidor que ocupa un puesto en propiedad bajo el Régimen de Servicio Civil a una Municipalidad y viceversa, siempre y cuando se siga el procedimiento establecido, que se ha expuesto anteriormente.

En caso de no seguirse ese procedimiento, efectivamente la única alternativa sería la gestión de una licencia, en los términos del artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. Valga recordar que el otorgamiento de licencias corresponde con una facultad unilateral de la Administración, la que debe valorar cada caso concreto, teniendo siempre como rumbo orientador la eficiencia en la prestación del servicio público.

Adicionalmente, cabe agregar que si una persona adquiere otro puesto en propiedad durante el disfrute de una licencia sin goce de salario de su puesto en propiedad, deberá escoger el régimen de empleo público al que decida pertenecer, sea al momento de su nombramiento en el segundo puesto, mediante la comunicación oportuna a la institución a la que pertenece, o al momento del vencimiento de la licencia concedida. Resulta ilustrativo lo señalado por la Sala Constitucional en la resolución número 14382-2006 de las quince horas y cincuenta y cinco minutos del veintisiete de septiembre del dos mil seis, que al respecto señala:

> "... Del cuadro fáctico descrito estima la Sala que en este asunto en nada se afecta el principio de estabilidad en el puesto como acusa el recurrente, pues el que deba elegir entre uno u otro régimen no le elimina su derecho a permanecer dentro de un régimen estatutario específico, en el que goce de estabilidad, sino que al contrario se le da la opción de elegir entre quedarse en el del Poder Judicial (en el que cuenta con un cargo en propiedad) u optar por el de carrera diplomática, con la estabilidad que caracteriza a ese régimen especial y para el que ha demostrado la debida idoneidad ... "

2.- Sobre el "arrastre" de vacaciones entre instituciones, resulta de gran relevancia traer a colación lo señalado por la Procuraduría General de la República, en el dictamen No. C- 269-2006 de 04 de julio del 2006, por medio del cual se plasman las siguientes consideraciones:

> *"... Como se ilustra con la jurisprudencia recién citada, es precisamente por el concepto de unidad del Estado, que la permanencia, antigüedad o continuidad de la relación de servicio entre el funcionario y la Administración Pública, se concibe como una sola relación para los efectos del reconocimiento de determinados extremos estatutarios o laborales, como sería el supuesto de análisis que ahora nos*

ocupa, ***aún cuando aquel se traslada de una institución pública a otra****.*

En abono a lo expuesto, la autorizada doctrina, ha sostenido también, que el origen de los premios de antigüedad, probablemente tiene su fundamento, en el beneficio y utilidad por mantener funcionarios dentro de la Administración Pública, de gran trayectoria y experiencia en la función pública. De ahí que se les ha venido recompensando la permanencia y constancia del trabajo, acumulándose incluso, las tareas desempeñadas en otras dependencias públicas.

Por consiguiente, a tenor de los artículos 59 constitucional y 153 del Código de Trabajo – norma ésta que suple al ordenamiento estatutario en lo correspondiente- así como toda la doctrina en torno al tópico de estudio, es que este Órgano Consultor de la Administración Pública, concluye en este aparte, que el tiempo acumulado en otras instituciones públicas para el disfrute real de las vacaciones, debe ser tomado en cuenta en el lugar en donde la persona se traslada, dado que continúa prestando sus servicios dentro del mismo sector patronal.

No obstante lo expuesto, cabe observar por importante, que en virtud del carácter que tiene el beneficio vacacional en nuestro régimen de empleo público (o mejor dicho en el régimen de trabajo en general) lo recomendable sería que la Defensoría de los Habitantes, -así como cualquier otro componente del Estado- procure otorgar las vacaciones al servidor o servidora en el momento que le corresponde jurídicamente y previo traslado a otra institución pública, ***para que en la medida de lo posible no se arrastren vacaciones acumuladas****. Es decir, cuando la persona cumpla con los requerimientos exigibles en el mencionado artículo 153 del Código de Trabajo, se debe conceder las vacaciones en los términos puntuales que lo establece, por*

ejemplo el artículo 32 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil ...”

“*... Dicho texto no solo viene a reafirmar la teoría del Estado como Patrono Único, en lo que atañe al otorgamiento de las vacaciones de los funcionarios que laboran en la Administración Pública, - tema de interés en este estudio - sino que allí se sostiene que, a tenor de ausencia de norma legal que lo regule, es claro que en aquellos supuestos en donde existen saldos de vacaciones, se podría recurrir a una solución práctica y de orden presupuestario,* ***en tanto la institución de origen opte por cancelar las vacaciones a las personas que no las han podido disfrutar, a fin de no trasladar el costo al componente administrativo en donde prestarán sus servicios, sin solución de continuidad****; toda vez que al final de cuentas, constituye una obligación económica derivada de la relación de servicio entre el funcionario y la institución anterior, aprobada por ley en su oportunidad. ...*” (el subrayado y resaltado no es del original)

Se puede afirmar entonces que bajo la Teoría del Estado como Patrono Único, resulta procedente el “arrastre” de vacaciones de un servidor de su institución de origen a la institución que lo recibe. No obstante, debe llamarse la atención respecto a la obligación de disfrutar de las vacaciones en el momento oportuno y la prohibición de su acumulación.

Véase además que existiría la posibilidad de cancelar las vacaciones a las personas que no las hayan podido disfrutar, como una solución práctica y de orden presupuestario, para que la institución que recibe al servidor no asuma el costo correspondiente. Por razones obvias, este debería ser un elemento a considerar por la Administración de previo a acordar el traslado de un servidor, para evitar que con posterioridad surja algún conflicto o algún tipo de responsabilidad por haber autorizado algún movimiento de personal sin el respectivo contenido presupuestario.

3.- Respecto al reconocimiento de años de servicio laborados, el tema ha sido bastamente desarrollado por la jurisprudencia judicial y administrativa. A manera de ejemplo, el dictamen No. C - 506 - 2006 de 22 de diciembre de 2006, de la Procuraduría General de la República, ha señalado:

> "... la terminología "Sector Público" viene a integrar, con mayor cobertura, a las instituciones o entidades del Estado. De manera que los servidores públicos que hayan prestado sus servicios en cualquiera de ellas, (bajo una relación contentiva de los tres elementos que la integran como tal, a saber: subordinación jurídica, salarios, y prestación personal del servicio prestado), sea en propiedad o interinos, tienen derecho al reconocimiento del tiempo allí laborado ..."

Por no existir mayor controversia y ser suficientemente explícito, si una institución integra el sector público, como es el caso de las Municipalidades, los años de servicio ahí laborados se deben reconocer, para lo que fuere procedente, según el caso concreto.

4.- En su oficio, se refiere a la Carrera Profesional, a la Dedicación Exclusiva y a la Prohibición, sin hacer ninguna consulta en particular.

Para compartir algunos comentarios, de relevancia es el inciso e) del artículo 24 del Reglamento para el Pago de Compensación Económica por concepto de Prohibición, Decreto Ejecutivo No. 22614 del 22 de octubre de 1993, que señala:

> *"Artículo 24: Cesará el pago por concepto de prohibición cuando:*
>
> *e) El servidor sea trasladado con su puesto a un programa que no se halle afectado por el pago de dicho concepto, salvo disposición legal en sentido contrario. ..."*

Recuérdese que la Dedicación Exclusiva tiene base contractual, por lo cual la Administración deberá determinar la eventual suscripción del contrato o no, según el interés público. Debe existir el fundamento normativo en la institución receptora, pues de lo contrario, su pago podría convertirse en un tipo de "sobresueldo". La Carrera Profesional procede a partir de determinado grado académico y además debe ser solicitada por el servidor. Igualmente, debe existir fundamento normativo en la institución receptora, para evitar un posible "sobresueldo".

Resulta un poco difícil referirse en términos generales a esos complementos salariales en el caso del traslado de servidores dentro de la llamada "movilidad horizontal", por cuanto debe analizarse el caso concreto según el común acuerdo tripartita expresado en la resolución de traslado, las normas presupuestarias, los fundamentos normativos y los derechos adquiridos de los servidores.

Atentamente,

Original Firmado { Lic.
Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

Cc. Licda. María Lucrecia Siles Salazar
Coordinadora de Recursos Humanos – DGSC

AJ-541-2007
19 de setiembre de 2007

Licenciada
Marisol Ugalde Hernández
Jefe de Recursos Humanos
Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su oficio URH-369-2007 de fecha 27 de julio del 2007, el cual se atiende hasta este momento, dado que por medio del oficio de esta instancia Nº AJ-446-2007 de fecha 01 de agosto del 2007 se le previno aportar el criterio previo, situación que fue subsanada por medio de la nota de la institución consultante Nº URH-430-2007 de fecha 06 de setiembre de los corrientes, siendo así originalmente se dice en su consulta:

"La jurisprudencia en materia de vacaciones indica el procedimiento que se debe seguir para otorgar vacaciones a un funcionario que se haya acogido a un permiso sin goce de salario, pero no indica el procedimiento a seguir para otros casos específicos. Por consiguiente, deseamos conocer su criterio referente al procedimiento que se debe seguir para otorgar vacaciones a una funcionaria que se le aplicó una suspensión con goce de salario por un tiempo determinado. ¿Se le debe otorgar el período completo o se le otorga lo proporcional al tiempo laborado"

Sobre el particular indicamos

"ARTICULO 153.- Todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales remuneradas, cuyo mínimo se fija en dos semanas por cada cincuenta semanas de labores continuas, al servicio de un mismo patrono.

En caso de terminación del contrato antes de cumplir el período de las cincuenta semanas, el trabajador tendrá derecho, como mínimo, a un día de vacaciones por cada mes trabajado, que se le pagará en el momento del retiro de su trabajo.

No interrumpirán la continuidad del trabajo, las licencias sin goce de salario, los descansos otorgados por el presente Código, sus reglamentos y sus leyes conexas, las enfermedades justificadas, la prórroga o renovación inmediata del contrato de trabajo, ***ni ninguna otra causa análoga que no termine con éste****." (La negrilla y el subrayado no pertenecen al original)*

El tema de cuáles licencias o situaciones no interrumpen el cómputo para no interrumpir la continuidad en el trabajo para efectos de vacaciones ha sido objeto de análisis por parte de la Procuraduría General de la República, véase el dictamen C-212-2006 del 26 de mayo del 2006 y que sobre el particular indicó al respecto:

"De conformidad con esos precedentes, esta Procuraduría concluyó en aquella ocasión, que en lo que respecta a los permisos sin goce de salario, solamente aquellos que no sobrepasen las cincuenta semanas, - presupuesto establecido en los artículos 59 constitucional y 153 del Código de Trabajo- son los que tienen la virtud de no interrumpir la continuidad laboral para los efectos del reconocimiento del derecho a las vacaciones de los mencionados funcionarios. Caso contrario, no es posible estimar los permisos que sobrepasen el indicado tiempo, ya que no se cumple con el supuesto principal de las cincuenta semanas,

a que refiere el tantas citado artículo 153 del Código de Trabajo. De esa forma se puntualiza en el citado Dictamen No. 229-2002, lo siguiente:

" De los supuestos contemplados en la mencionada normativa y su incidencia en la continuidad laboral, interesa fundamentalmente, a los efectos de la consulta, "las licencias sin goce de salario", que pueden ser de diversos tipos, otorgadas por distintas causas y de variada duración. Es por ello que en materia de licencias no puede el operador jurídico atenerse o seguir estrictamente la letra del citado artículo 153, toda vez que, según se indicó, esta norma fue prevista para ser aplicada en la empresa privada, razón por la cual, cabe entender, que en su redacción y en sus alcances se tuvo presente únicamente situaciones normales, o sea, permisos de corta duración, en una época en que era inimaginable lo enorme y complejo de las relaciones del empleo público, tal y como se presenta en la actualidad, en donde es posible obtener licencias sin goce de salario por períodos de hasta cuatro años, con posibilidad de ampliación por un período igual (inciso 5º del artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil). Dichos permisos, en todo caso, constituyen una de las causas de no interrupción de la continuidad del trabajo según lo dispone el citado artículo 153, que al respecto indica:
" (...). No interrumpirán la continuidad del trabajo las licencias sin goce de salario..."
.
Esta continuidad la entendemos dentro de las cincuenta semanas establecidas en el artículo 59 constitucional y 153 antes indicado, al establecer dicha norma que: " Todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales remuneradas, cuyo mínimun se fija en dos semanas por cada cincuenta semanas de labores continuas, al servicio de un mismo patrono. (…)". De ahí que, las licencias sin goce de salario otorgadas en el sector público, conforme al numeral 33 Reglamentario menores al año - sin que se pueda establecer, en términos generales, dentro del período anual, un plazo máximo de prolongación de la licencia -, son las que tienen la virtud de no interrumpir la continuidad del trabajo, y por ende, es factible que se genere derecho al disfrute vacacional. Lo anterior queda claro de la manera que debe entenderse la falta de afectación o ausencia de interrupción de la continuidad laboral. Ello lo explica con mucha claridad el párrafo antepenúltimo del numeral 29 del referido Reglamento cuando dice: " … que la

continuidad laboral no se afecta …, de manera que el servidor mantiene a su favor el tiempo de servicios prestados antes de la suspensión mencionada". Es decir, que no se vaya a entender que por una de esas causas el servidor pierda lo acumulado y se quede sin el descanso a que tiene derecho en proporción a las labores o servicios prestados, dentro del lapso de las cincuenta semanas. Sostener una posición distinta, en el sentido de computar el tiempo de un permiso sin goce de sueldo para el cálculo de las vacaciones, aún cuando éste lo sea por un año, implicaría otorgar vacaciones incluso en caso de ausencia absoluta de servicios durante el lapso de cincuenta semanas, lo que llevaría entonces al absurdo de conceder vacaciones tanto en la institución original que otorgó el permiso, como en la receptora que se benefició con el trabajo. Incluso, tal incongruencia alcanzaría para admitir que, entratándose de un permiso para laborar en el sector privado, la institución deba luego otorgar vacaciones por eso trabajos, lo cual es inaceptable, debido a que no existe ningún desgaste físico o mental producto del efectivo cumplimiento de las funciones que deba repararse con el descanso, cuya causa viene a constituir la razón de ser del instituto de las vacaciones."

Ha quedado claramente explicado del párrafo transcrito, que en virtud del párrafo tercero del artículo 153 del Código Laboral, los permisos sin goce de salario menores de un año, no afectan la continuidad laboral, para los efectos del reconocimiento del derecho de las vacaciones de un funcionario bajo el Régimen del Servicio Civil, pero en el entendido de que solamente se tomará en cuenta para el disfrute vacacional, la prestación efectiva de sus servicios, a partir de la fecha de ingreso o reingreso a la Administración Pública. Enfatizándose que para ello también, deberá considerarse el tiempo acumulado por el servidor, antes del indicado permiso, y en esa medida otorgar el derecho en proporción a los servicios prestados dentro de las aludidas cincuenta semanas."

Ahora bien, para darle solución a la consulta, debemos recurrir al artículo 153 del Código de Trabajo, pues el Estatuto de Servicio Civil y

su Reglamento no han regulado concretamente estos aspectos, por lo tanto, de conformidad con el artículo 51 del Estatuto mencionado y por aplicación supletoria, recurrimos al Código de Rito, y como queda claro en el párrafo in fine solo las situaciones expresamente consideradas son las que tienen la virtud de no interrumpir la continuidad del trabajo para efectos del disfrute o goce de las vacaciones, no obstante véase la frase final subrayada la cual a nuestro entender entraría en el supuesto aquí consultado, dado que éste como lo indica la disposición tiene la virtud de no terminar la relación de servicio.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-604-2007
31 de octubre de 2007

Licenciada
Andrea Segura Chavarría
Asesora Legal
INSTITUTO COSTARRICENSE DE INVESTIGACIÓN Y ENSEÑANZA EN NUTRICIÓN Y SALUD

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su oficio AL-INCIENSA-147-07 de fecha 19 de octubre de 2007, por medio del cual solicita lo siguiente:

> *"La presente es con el fin de solicitarle de manera muy respetuosa reconsideración de su dictamen AJ-541-2007, de fecha 19 de setiembre de 2007, lo anterior por cuanto en el mismo se había solicitado el procedimiento que se debe seguir para otorgar vacaciones a una funcionaria que se le aplicó una suspensión con goce de salario por tiempo determinado y si éste se le debe otorgar proporcionalmente al tiempo laborado o bien en forma completa.*
>
> *Posteriormente a su respuesta nos enteramos del contenido del dictamen C-468-2006 del 22 de noviembre del 2006, en el cual se indica lo siguiente: (…)*
>
> *En consecuencia, a lo anteriormente trascritos que se solicita la reconsideración de su dictamen AJ-541-2007. No omito indicarle*

que se adjunta copia del dictamen de la Procuraduría General de la República citado,"

Sobre el particular debemos indicarle, que de la trascripción del dictamen C-468-2006 del 22 de noviembre del 2006, no se evidencia que el oficio sobre el cual se solicita reconsideración exista una contradicción, y no se extrae puntualmente del oficio que nos ocupa, el punto controversial de fondo.

Nótese que la línea de pensamiento que ha venido sosteniendo el Ente Procurador del Estado es el siguiente:

"De modo que, si una persona disfruta de un permiso sin goce salarial para trabajar particularmente o bien para laborar en la empresa privada, es claro que ese tiempo no puede ser útil a los efectos del cómputo de las vacaciones, ***sino se ha cumplido con el mínimun de cincuenta semanas que exige el tantas veces citado artículo 153 del Código de Trabajo****. Es decir, de acuerdo con el dictamen de recién cita, las licencias sin goce de salario otorgadas en el sector público menores de cincuenta semanas, son las que tienen la virtud de no interrumpir la continuidad del trabajo, y por ende, es factible que se genere derecho al disfrute vacacional, computando lo que realmente trabajó." (dictamen C-163-2005 del 04 de mayo del 2005)*

En esta misma tesitura se emite el dictamen traído en la reconsideración, sea el C-468-2006 del 22 de noviembre del 2006, y que sobre el tema indica al efecto:

*"**IV.-***

Conclusión

Con fundamento en lo expuesto, es criterio de esta Procuraduría que no son útiles para el cómputo de vacaciones, aquellas interrupciones en la continuidad del servicio ***que se prolonguen por cincuenta semanas o más,*** *independientemente de que esa*

interrupción esté prevista o no en el párrafo último del artículo 153 del Código de Trabajo. " (El subrayado no pertenece al original)

Es decir, la situación de fondo, está relacionada con la posibilidad que tiene un servidor del Régimen de Servicio Civil, de disfrutar de su derecho a las vacaciones, en el tanto éste haya laborado las 50 semanas que exige el artículo 153 del Código de Trabajo, o dicho de otro modo, cuando un servidor no haya prestado sus servicios durante las cincuenta semanas de labores continuas al servicio de un mismo patrono, sea esto, porque estuvo disfrutando de una licencia sin goce de salario, o porque fue suspendido con goce de sueldo, -esta vendría a ser una causa análoga como lo indica la normativa aquí citada- en tal caso como concluye la Procuraduría General de la República***, "no son útiles para el cómputo de vacaciones, aquellas interrupciones en la continuidad del servicio que se prolonguen por cincuenta semanas o más, independientemente de que esa interrupción esté prevista o no en el párrafo último del artículo 153 del Código de Trabajo."***

A contrario sensu, en aquellos casos en que las licencias sin goce de salario, o la suspensión disciplinaria –causa análoga- sea igual o supere el plazo de las cincuenta semanas, vendría a constituir la situación que da origen o no tener derecho a las vacaciones, pues en tal caso, no hubo continuidad en la prestación del servicio durante las cincuenta semanas, como lo exige el código de Rito.

Así las cosas se tiene por ampliado el oficio de esta Asesoría Jurídica Nº AJ-541-2007 del 19 de setiembre de 2007.

No obstante lo anterior, en caso de persistir la duda y por estar de por medio dos dictámenes de la Procuraduría General de la República, le sugerimos elevar la consulta a dicha instancia.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA
AJ-675-2007
13 de diciembre del 2007

Señor
MRH Javier Abarca Meléndez
Coordinador
Comité Técnico Funcional INTEGRA

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida por correo electrónico de fecha 02 de diciembre del presente año, mediante la cual indica:

> *"... Una de sus partes se refiere al problema que surge cuando por alguna razón quedan sin aprobar en el Módulo de Vacaciones del Sistema INTEGRA solicitudes de servidores que han sido reubicados o se encuentran cesados de su puesto. Pienso que en estos casos, resulta importante el que cualquier solicitud de vacaciones deba ser elevada a las respectivas jefaturas con antelación a la fecha en que se disfrutrán. Sabiendo que es conocido que en no pocas ocasiones, el trámite de vacaciones se hace durante y hasta después del disfrute, la consulta gira entonces hacia determinar si jurídicamente todas o alguna de esas opciones son válidas, a efecto de proceder con los ajustes que resulten necesarios en el Sistema INTEGRA*

Igualmente le formulamos consulta sobre la valides jurídica de los casos de vacaciones que los jefes no autorizaron oportunamente, por razones como las apuntadas, de manera que se pueda permitir que el Jefe de Recursos Humanos resuelva en definitiva o, quizá deba exigirse a la jefatura que corresponda resolver lo pertinente.

Finalmente debemos plantearle que cuando se otorgan vacaciones colectivas al personal, generalmente al final y principio de año y Semana Santa, pueden existir servidores que no dispongan de un saldo de vacaciones suficiente como para cubrir los días de vacaciones colectivas fijadas, lo cual en la práctica regular (generalmente con el uso de registros manuales) se solventa con el registro de aquellas y el señalamiento de un saldo negativo que se irá reduciendo conforme avance el tiempo de trabajo de los servidores.

Para efectos del Sistema INTEGRA, si tal mecanismo no parece ser una solución informática ni jurídicamente adecuada, será entonces que en la fijación de vacaciones colectivas se deban considerar los días que proporcionalmente tenga a su favor el servidor de que se trate y en el evento de que no resulten suficientes, los días restantes deberán ser considerados como un permiso sin goce de sueldo????

Cabe recordar que algunos Reglamentos Autónomos, contrario a las normas vigentes en materia de vacaciones autorizan el disfrute de vacaciones proporcionales en casos diferentes al cese de funciones. ...”

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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 relevancia para responder a sus consultas, resulta atinente el contenido de los artículos 29 y 32 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954, que en lo que interesa, señalan:

> "Artículo 29.- Para obtener derecho a la vacación anual, es necesario que el servidor haya prestado sus servicios durante cincuenta semanas continuas. Sin embargo, si por cualquier causa el servidor no completara dicho período **por terminación de su relación de servicio, tendrá derecho a vacaciones proporcionales** ..."
>
> "Artículo 32.- Los servidores deben gozar sin interrupciones de su período de vacaciones y sólo podrán dividirlas hasta en tres fracciones por la índole especial de las labores que no permitan una ausencia muy prolongada, tal y como lo regula el artículo 158 del Código de Trabajo; **los jefes respectivos están en la obligación de autorizar el pleno goce de este derecho a sus subalternos, y disponer el momento en que éstos lo disfruten, debiendo programarlas dentro de las quince semanas siguientes al advenimiento del derecho y otorgarlas antes de que se cumpla un nuevo período**. Por consiguiente queda prohibido la acumulación de vacaciones, salvo cuando las necesidades del servicio lo requieran y a solicitud escrita del servidor, se podrá acumular únicamente un período, mediante resolución razonada de la máxima autoridad que así lo autorice, según los términos del Artículo 159 del citado Código."
> (el subrayado y resaltado no es del original)

En vista de que son varias las interrogantes, para efectos de su mejor compresión, las vamos a responder en el mismo orden en el cual fueron planteadas.

En términos generales, de la exposición de su consulta, se denota una serie de prácticas administrativas que evidentemente resultan inconvenientes para la administración del talento humano y del empleo público.

Debe recordarse que la sujeción al Derecho Administrativo que hace el artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública imponen la aplicación del Principio de Legalidad a las actuaciones que se generen en el empleo público.

Se entiende que lo consultado no se dirige hacia determinar cuál es el procedimiento correcto, pues nuevamente, del texto de la consulta se infiere que se conoce el mismo. Es decir, partimos del supuesto de que se trata de una situación cotidiana, que aunque constituye una anomalía administrativa, se presenta a diario en la gestión de las vacaciones.

Sin importar la causa, si quedan sin aprobar en el Módulo de Vacaciones del Sistema INTEGRA solicitudes de servidores, se debe a que el competente para aprobarlas, no hizo lo que tenía que hacer, es decir, no cumplió con sus deberes. La normativa no establece la antelación con que debe presentarse la solicitud, puede ser incluso el día antes del inicio del disfrute, pues lo único que se necesita son dos cosas: la solicitud del servidor y la aprobación de la jefatura.

Ningún servidor debería disfrutar de vacaciones si no existe solicitud y aprobación previas al disfrute. Si eso sucede, es una práctica abiertamente ilegal, lo que se denominaría *contra legem*. Entonces, el sistema como tal no está equivocado, ni se trata de una inconsistencia. Simplemente están fallando las personas.

El tema de la validez del disfrute resulta muy interesante, en virtud de que la realidad indicaría que efectivamente se disfrutó de vacaciones, pero si no se hizo siguiendo el procedimiento establecido, ¿cómo podría probarse que se solicitaron y se aprobaron?. A manera de hipótesis, si un servidor se va y disfruta de unos días como si fueran vacaciones, que no hubieran sido autorizadas por la jefatura, ¿acaso no podría imputarse eso como abandono de trabajo?. Y en sentido contrario, si el servidor no hizo la solicitud y el jefe no las aprobó, ¿qué prueba tendría la administración para ajustar el saldo pendiente de disfrute?.

En síntesis, pareciera que las vacaciones se habrían disfrutado con inobservancia del procedimiento administrativo, pero ante la insuficiencia probatoria, tendría que hacerse llegar la prueba correspondiente al expediente personal, a fin de documentar el disfrute y la aprobación, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y las eventuales sanciones de que podrían ser sujetos los servidores involucrados, tanto quien no las solicitó formalmente como quién consintió el disfrute sin la aprobación formal.

En este punto, vale la pena hacer una precisión, que aunque se mencionó algo supra, merece la reiteración. Si los jefes no autorizaron oportunamente las vacaciones, el servidor no puede disfrutarlas. La razón es muy sencilla, no se ha configurado la voluntad administrativa y carece de eficacia la solicitud. Aunque parece algo tan elemental, existe una creencia de que la mera solicitud de las vacaciones da el derecho a disfrutarlas y no es así, se requiere de la aprobación del jefe.

En caso de que la persona competente para aprobar vacaciones - generalmente el jefe inmediato - haya dejado de prestar sus servicios, sería una buena práctica de las oficinas de recursos humanos verificar que de previo a su salida, se encuentra al día en sus obligaciones como jefe, entre ellas la aprobación de vacaciones.

No obstante, si ello no se hiciera, la solución debe venir de lo que señala la Ley General de la Administración Pública, y la competencia que ostentaba el jefe inmediato, trasladarse al superior de ese jefe, acuñando el principio general de derecho, de que quien puede lo más, puede lo menos, a fin de que con esa competencia superior, pueda autorizar los actos que correspondían a su inferior subordinado.

La solución planteada en la consulta de asignar esa competencia a los jefes de recursos humanos no resulta procedente, por no encontrar fundamento jurídico en la normativa y además, sería trasladar la eventual negligencia e irresponsabilidad del incumplimiento de deberes de los jefes que hubieren incurrido en esas malas prácticas, como recargo de funciones a las oficinas de recursos humanos. Habría que reiterar que el artículo 32 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil transcrito supra, es claro y contundente al momento de determinar quién es el competente para gestionar, administrar, aprobar y señalar el disfrute, siendo indubitablemente el jefe respectivo. Trasladar esas competencias a las oficinas de recursos humanos significaría relevar de su responsabilidad a las jefaturas.

Sobre el tema de las vacaciones colectivas, nuevamente se trae a colación que las relaciones de servicio están sujetas al Principio de Legalidad, en virtud del cual, priva el interés público sobre el interés particular.

Las vacaciones colectivas son una decisión administrativa fundamentada en el poder de imperio del Estado y a propósito de la contundencia del artículo 32 supra citado, cuando señala que la administración dispondrá del momento del disfrute.

La consulta planteada no se refiere a un asunto jurídico, sino a un problema del sistema, el cual debe encontrar solución por sí mismo. La respuesta jurídica es la misma, sin importar si los registros son manuales o informáticos.

Efectivamente podría presentarse el caso de que con motivo de las vacaciones colectivas, algún servidor quede con saldo negativo, o en otras palabras, que deba vacaciones. Véase que ese saldo negativo no proviene de la voluntad del servidor, sino de una decisión de la administración amparada al interés público y la potestad de imperio que tiene de señalar el momento del disfrute de las vacaciones.

No resulta procedente considerar los días de vacaciones proporcionales, pues aunque existen, aún no tienen la vocación ni el efecto jurídico de poder ser disfrutados y como el artículo 29 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil lo indica, únicamente proceden en caso de terminación de la relación de servicio. Menos aún pretender un permiso sin goce de salario, pues constituiría un perjuicio para el servidor por una decisión que él no ha tomado y a la que debe someterse.

Por ejemplo, si un servidor ingresa en diciembre, disfruta de vacaciones colectivas en la misma forma que el resto de los servidores y cuando cumpla el derecho de disfrute, es decir, después de cincuenta semana de prestación de servicios, se realiza el ajuste correspondiente.

Ahora bien, si antes del cumplimiento del derecho de disfrute, el servidor dejare de prestar sus servicios, entonces la administración deberá valorar el caso concreto, realizar la operación aritmética y hacer los ajustes que correspondan.

Finalmente, se menciona la existencia de reglamentos autónomos contarios a las normas vigentes en materia de vacaciones proporcionales, pues supuestamente autorizan su disfrute en casos diferentes al cese de funciones.

A propósito, el inciso i) del artículo 13 del Estatuto de Servicio Civil, señala:

"Artículo 13.- Son atribuciones y funciones del Director General de Servicio Civil:
...
i) Dar el visto bueno a todos los reglamentos interiores de trabajo de las dependencias del Poder Ejecutivo antes de que sean sometidos a la aprobación de la Inspección General de Trabajo."

En el mismo sentido, el inciso e) del artículo 4 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, señala:

*"**Artículo 4° -** El Director General tendrá las siguientes atribuciones y deberes:*
...
*e) Dictará las normas y procedimientos que se requieren para la promoción e implantación de un sistema moderno de administración de personal, así como para la debida coordinación en cuanto a condiciones de trabajo de las diferentes dependencias públicas. A este respecto, **la Dirección General estará facultada para solicitar a los ministerios y dependencias públicas la revisión de sus reglamentos autónomos de servicio y para sugerir en cualquier tiempo la adición de reglas y normas, la modificación de las existentes o su supresión**;"*
(el subrayado y resaltado no es del original)

Así las cosas, si fuere el caso, deberá hacerse saber a la Dirección General la existencia de esas normas de disfrute de vacaciones *contra legem*, a fin de solicitar y sugerir su inmediata modificación.

Atentamente,

Original Firmado { Lic.
Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-676-2007
14 de diciembre del 2007

Licenciada
Lys Espinoza Quesada
Jefe Gestión de Recursos Humanos
Dirección General de Migración y Extranjería
Ministerio de Gobernación y Policía
S. O.

Estimada Señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio GRH-STRC-3896-11-07 de fecha 27 de noviembre de 2007, recibido el 05 de diciembre del año en curso, mediante el cual consulta lo siguiente:

> *"Ahora bien, de lo mencionado anteriormente surgen las siguientes interrogantes:*
>
> *La primera de ellas radica en el cálculo de vacaciones cuando el permiso es inferior a un año. Según lo citado en el dictamen C-163-2005, será computado lo que realmente trabajó, de forma tal que si el trabajo efectivo fue de 2 meses de la totalidad de las 50 semanas, ¿debe realizarse el cálculo*

proporcional de esos meses para establecer la cantidad de días de ese período a los cuales tiene derecho?

Segundo, cuando hablamos del período de 50 semanas de labores para obtener el derecho a vacaciones, hablamos de un período específico con fechas de rige y vence para cada funcionario en particular, por lo cual, considera esta gestión, que el derecho a vacaciones se vería afectado únicamente si las fechas del permiso o incapacidad coincide con las del disfrute de vacaciones. ...”
“*De lo explicado anteriormente, se desprendería que lo indicado en el oficio citado en el primer párrafo (y otros que tratan del mismo tema), sólo se cumple bajo ciertas condiciones, dejando abierta la posibilidad del reconocimiento de vacaciones. Visto de otra manera, para obtener el derecho a vacaciones anuales no es preponderante si hubo permisos mayores a un año, sino el trabajo realmente efectivo con respecto al período de cómputo de las mismas.*”

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle 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, hemos de indicarle 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.

Como su consulta se deriva del criterio jurídico contenido en el Oficio número AJ-829-2005, vamos a retomar algunas de las afirmaciones en él contenidas para ilustrar la presente respuesta.

Al respecto, el Oficio número AJ-829-2005 señala:

> "*Así las cosas esta Asesoría Jurídica considera que los criterios vertidos por la Procuraduría General de la República mantienen la misma posición a partir del dictamen C-129-2002 del 05 de septiembre del 2002 cabalmente en lo que se refiere al plazo por medio del cual aún cuando el servidor este incapacitado o disfrutando de una licencia sin goce de salario es aquel que no supere el período de las cincuenta semanas a efectos de tener derecho a disfrutar de las vacaciones, posición que viene a ser confirmada mediante pronunciamiento C-163-2005 del 4 de mayo del 2005.*"

Igualmente, por referirse al Dictamen C-163-2005 del 04 de mayo de 2005 de la Procuraduría General de la República, es relevante la conclusión a la que llega ese dictamen, que señala:

> "*De conformidad con el artículo 153 del Código de Trabajo, Voto Constitucional Número 4571 de 12:55 horas del 1 de agosto de 1997 y Dictamen C- 229-2002 de 05 de septiembre del 2002, este Despacho arriba a la conclusión de que para el otorgamiento de las vacaciones de algún funcionario que haya disfrutado de una licencia sin goce de salario para actividades personales, o fuera del gobierno, debe haber cumplido, exigidamente, durante el periodo correspondiente, el mínimo de dos semanas de labores efectivamente laboradas. A contrario sensu, no es posible computar a los efectos del disfrute de las vacaciones aquellas licencias sin goce de salario que traspase el término de las aludidas cincuenta semanas, a que refiere la citada disposición legal.*"

En torno a su consulta, no se aprecia que en ningún lugar se haya mencionado el asunto de la proporcionalidad del derecho a vacaciones, tal como se expresa en la primer interrogante planteada.

Sobre ese primer asunto, no se ha logrado identificar la existencia de ningún fundamento jurídico para la aplicación proporcional del derecho

a vacaciones, pues el tema que se ha tratado, versa sobre lapsos de no prestación de servicios (licencias, permisos, incapacidades) para el cómputo del derecho a vacaciones.

Se tiene por acreditado y sin discusión que si esos lapsos son superiores a cincuenta semanas, no hay prestación de servicios y no hay derecho a vacaciones; y a contrario sensu, si esos lapsos son inferiores a cincuenta semanas, sí hay derecho a vacaciones.

La interrogante sería entonces si ese derecho a vacaciones es proporcional a la prestación de servicios o no.

Para evitar confusiones, habría que señalar que vacaciones proporcionales únicamente existen en caso de terminación de la relación de servicios, situación que no se presenta en el caso de lapsos de no prestación de servicios.

Otro señalamiento importante es que si el derecho a vacaciones es del mínimo de quince días, si se calcula proporcionalmente a la prestación de servicios, en caso de que hubiere lapsos sin ella, eventualmente podría darse que el período de vacaciones resultara inferior al legalmente establecido en el artículo 153 del Código de Trabajo y el artículo 28 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. Véase que si el derecho es mayor a los quince días, entonces esa situación podría no presentarse, pero se estaría creando una desigualdad entre servidores, al eventualmente calculárseles el derecho a vacaciones proporcionalmente a unos, porque su mayor derecho sí les alcanza para disfrutar del mínimo legalmente establecido incluso después de algún descuento, pero estando impedido de calculárselo proporcionalmente a otros a quienes su derecho no les alcanza por ser el mínimo.

Se considera que si existen lapsos de no prestación de servicios inferiores a cincuenta semanas, esa situación no menoscaba el disfrute de la cantidad de vacaciones a que se tenga derecho, porque no existe fundamento jurídico que sustente un cálculo proporcional, el

cual es propio de la terminación de la relación de servicios y porque aplicar la eventual proporcionalidad podría causar situaciones de desigualdad, incluso por debajo del derecho mínimo legalmente establecido.

En relación con la coincidencia o no de las fechas de los lapsos de no prestación de servicios con las fechas de disfrute de vacaciones, no se observa que el asunto revista alguna especialidad o dificultad con respecto a la materia consultada.

En otras palabras, para efectos de determinar si la existencia de un lapso de no prestación de servicios afecta o no el derecho de disfrute, únicamente es necesario identificar si es mayor a cincuenta semanas o no. De ahí que independientemente de la fecha de rige y vence para el cómputo de las cincuenta semanas, si el lapso de no prestación de servicios es superior a esas cincuenta semanas y hubiere una prestación de servicios anterior al inicio del lapso de no prestación de servicios, ese lapso se computará cuando se reinicie la prestación de servicios y se tendrá el derecho al disfrute cuando se cumplan las cincuenta semanas de su prestación.

En caso contrario, si el lapso de no prestación de servicios es inferior a las cincuenta semanas, no tiene efectos suspensivos o interruptores de la relación de servicio y por tal motivo, no se afectarían las fechas de rige y vence del derecho del disfrute.

Disentimos de la afirmación final de que la interrupción de un año no es preponderante, pues más bien, es todo lo contrario, es lo que determina si se tiene el derecho o no, y si este mueve las fechas de rige y vence o no.

Valga la ocasión para hacer hincapié sobre la utilidad del criterio jurídico necesario, de previo a que esta Asesoría Jurídica entre a conocer las consultas que se le plantean. No se trata de cumplir con un mero formalismo de admisibilidad. Más bien, lo que se pretende es que contenga el análisis detallado desde el punto de vista jurídico de

la situación que se consulta, para identificar precisamente adónde se encuentra el problema. De no ser así, se estaría suplantando a los órganos internos en el ejercicio de su competencia y eventualmente, se estaría administrando desde este órgano asesor. Incluso, podría darse que después de analizar el asunto de manera interna, el caso se aclare de forma tal, que se haga innecesario elevar la consulta a otras instancias. Por tal motivo, se solicita que para futuras ocasiones, el criterio previo que se adjunte, cumpla con lo señalado supra.

Finalmente, se señala que no es competencia de esta Asesoría Jurídica interpretar los Dictámenes de la Procuraduría General de la República, en razón de lo cual, téngase nuestra respuesta sujeta a lo que sobre el tema podría decir ese órgano, constituida ésta como la instancia consultiva vinculante del Estado, por lo que se sugiere a ese Despacho, solicitar el criterio a dicha Procuraduría.

Atentamente,

Original Firmado { Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-562-2007
09 de octubre de 2007

Master
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General
Dirección General de Servicio Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a emitir criterio respecto a la posibilidad de que el Director General de Servicio Civil pueda utilizar discrecionalmente un automóvil propiedad de la institución a la cual pertenece.

Previo a entrar de lleno en materia, resulta conveniente realizar dos acotaciones, la primera versa sobre el hecho de que los automóviles propiedad de la Dirección General de Servicio Civil, forman indudablemente parte de los bienes que componen los activos del Estado costarricense, razón por la cual la normativa que se aplique

a cualquier disposición sobre ellos se deberá observar siempre desde la óptica del derecho público, de ahí que resulte plenamente aplicable, como marco jurídico base, lo dispuesto en el Capítulo I del Título VII (artículos 221 y siguientes) de la "Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres[24]" *(Ley N° 7331 del 13 de abril de 1993)*

En segundo lugar, sin detrimento de la Ley de Tránsito, y en aras de establecer un correcto marco normativo que ayude a la solución de la cuestión, ha de indicarse que de acuerdo con lo señalado en el artículo 8 del Estatuto de Servicio Civil (Ley N° 1581 del 30 de mayo de 1953) el Director General de Servicio Civil, depende directamente del Presidente de la República, razón por la cual también debe analizarse el presente caso a la luz del *"Reglamento para Utilización de Vehículos del Estado[25]"* (Decreto Ejecutivo N° 19135-MP del 5 de julio de 1989) y más específicamente del *"Reglamento Interno sobre el Uso de Vehículos del Ministerio de la Presidencia y Presidencia de la República[26]"* (Decreto Ejecutivo N° 25790-MP del 21 de enero de 1997) .

Entrando de lleno en materia, tiene que aclararse que para dar una respuesta al asunto en cuestión debe dilucidarse previamente, a qué se le denomina *"automóvil discrecional"*, para lo cual pueden ser consultadas las normas recién citadas, las cuales señalan en su orden respectivo que:

"Artículo 225.- Uso discrecional: *Estos vehículos son los asignados al Presidente de la República, Presidente de la Asamblea Legislativa, Vicepresidentes de la República, Ministros de Gobierno, Viceministros, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Elecciones, Contralor General de la República, Subcontralor General de la República, Procurador General de la República, Procurador Adjunto, presidentes ejecutivos, gerentes, subgerentes, auditores y subauditores de las instituciones autónomas.*

[24] En adelante también denominada *"Ley de Transito"* .
[25] En adelante también llámese "Reglamento del Estado".
[26] En adelante también denominado "Reglamento Presidencial".

Estos vehículos no cuentan con restricciones en cuanto a combustible, horario de operación ni recorrido, características que asumirá, bajo su estricto criterio, el funcionario responsable de la unidad. Estos vehículos pueden portar placas particulares y no tienen marcas visibles que los distinguen como vehículos oficiales.

Artículo 4º- Vehículos de uso discrecional: *Forman esta categoría los vehículos asignados al Presidente de la República, al Presidente de la Asamblea Legislativa, los Vicepresidentes, los Ministros de Gobierno, los Viceministros, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Elecciones, el Contralor General de la República y el Subcontralor, el Procurador General de la República y el Procurador General Adjunto.*

Este tipo de vehículos no cuenta con restricciones en cuanto a gastos de combustible, horario de operación ni recorrido, características que asumirá bajo su estricto criterio, el funcionario responsable de la unidad.

Pueden portar placas particulares y no se le pondrán marcas visibles que los distingan como vehículos oficiales.

Cuando el jerarca del Ministerio o Poder considere necesario asignar vehículos en condiciones de discrecionalidad a ciertos funcionarios, atendiendo sus altas responsabilidades, los solicitará así a la oficina correspondiente con la respectiva justificación. (Los destacados son propios).

Artículo 4°— *De uso discrecional son los asignados al Presidente de la República, Vicepresidentes de la República y todos aquellos funcionarios con rango de Ministro o Viceministro que se encuentren amparados a la Presidencia de la República o al Ministerio de la República...”*

Como puede observarse, las dos primeras normas establecen de manera muy similar, una serie de características que pueden

conceptuar el automóvil discrecional como aquel que es asignado a cierto grupo de funcionarios de alto rango en los que, se da una flexibilización respecto de algunas de las restricciones que poseen la mayoría de los automotores estatales (léase disponibilidad de horario y gasolina), en virtud de las funciones especiales que le fueron encargadas, para poder lograr un fin público determinado.

Y es que, no cabe duda que la flexibilización en dichos elementos, resulta por demás conveniente en los puestos de alta jerarquía señalados por las normas, pues dada la especial función que realizan los acreedores de este derecho, resultaría ilógico imponerles las misma limitaciones que poseen los demás vehículos administrativos estatales, así por ejemplo si un Ministro "X" debe efectuar una visita para realizar una valoración a una parte alejada del país, en virtud de un estado de emergencia que acontece en dicho punto (piénsese un terremoto que afecta determinada zona), resultaría ilógico pensar que éste deba devolverse antes de que termine la jornada[27], o tener alguna restricción en cuanto a la gasolina que gaste para realizar dicho recorrido el cual puede incluso variar dependiendo de las circunstancias que se presenten en determinado caso.

Aclarado este punto, debe abordarse la posibilidad de que el Director General de Servicio Civil pueda acceder a un vehículo de carácter discrecional. En este punto puede decirse que de acuerdo con los artículos 13 y siguientes del Estatuto de Servicio Civil y 4 y siguientes de su respectivo Reglamento, no cabe duda de que este

[27] Como principio general todo automóvil estatal debe permanecer en las instalaciones institucionales una vez acabada la jornada, léase al respecto lo que determina el artículo 26 del reglamento Presidencial que al efecto señala que*: "Una vez concluidas las labores diarias, todos los vehículos deberán ser guardados en el estacionamiento de(sic) y Presidencial, con excepción de los de carácter discrecional. Las llaves de los mismos permanecerán bajo custodia del Jefe de la Unidad encargada de Transportes o del Comandante de Guardia. Por razones de fuerza mayor, previa autorización del Director Administrativo, el vehículo podrá pecnotar en un parqueo público o la casa de habitación del chofer autorizado. Este será responsable de guardarlo con todas las seguridades necesarias y debe pagar cualquier daño que sufra el vehículo. Si el fallo de la autoridad competente lo imputa como responsable del mismo. Queda bajo la responsabilidad del Director Administrativo, la comprobación de la fuerza mayor que permita proceder según aquí se señala."*

funcionario es la figura de mayor jerarquía en lo que a la Dirección General de Servicio Civil como institución se refiere, siéndole además asignadas varias funciones especiales, que de alguna manera, pueden ser comparadas a las otorgadas a funcionarios institucionales de alto rango.

No obstante, una analogía como la expuesta no es suficiente para avalar o negar la posibilidad de que éste tenga acceso a un vehículo discrecional, por lo cual resulta prudente repasar nuevamente lo expuesto en los primeros párrafos de las normas ya transcritas, pues como puede verse, cada una de ellas cita de manera expresa una lista de funcionarios que pueden ser acreedores del derecho a utilizar un vehículo de las características ya indicadas, así, si distinguimos dichos funcionarios en un cuadro comparativo veremos que:

Funcionarios Autorizados a Utilizar Vehículos de Uso Discrecional		
"Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres"	***"Reglamento para Utilización de Vehículos del Estado"***	***"Reglamento Interno sobre el Uso de Vehículos del Ministerio de la Presidencia y Presidencia de la República"***
Artículo 225.- Uso discrecional: *Estos vehículos son los asignados al Presidente de la República, Presidente de la Asamblea*	***Artículo 4º- Vehículos de uso discrecional:*** *Forman esta categoría los vehículos asignados al Presidente de la República, al*	***Artículo 4°—*** *De uso discrecional son los asignados al Presidente de la República, Vicepresidentes de la República y todos aquellos funcionarios*

Legislativa, Vicepresidentes de la República, Ministros de Gobierno, Viceministros, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Elecciones, Contralor General de la República, Subcontralor General de la República, Procurador General de la República, Procurador Adjunto, presidentes ejecutivos, gerentes, subgerentes, auditores y subauditores de las instituciones autónomas.	*Presidente de la Asamblea Legislativa, los Vicepresidentes, los Ministros de Gobierno, los Viceministros, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Elecciones, el Contralor General de la República y el Subcontralor, el Procurador General de la República y el Procurador General Adjunto (...)* *<u>Cuando el jerarca del Ministerio o Poder considere necesario asignar vehículos en condiciones de discrecionalidad a ciertos funcionarios, atendiendo sus altas responsabilidades, los solicitará así a la oficina correspondiente con la respectiva justificación.</u>*	*con rango de Ministro o Viceministro que se encuentren amparados a la Presidencia de la República o al Ministerio de la República...*

Nótese que las dos primeras normas son sumamente similares, respecto a los sujetos acreedores del derecho a utilizar esta clase de vehículos, mientras que la tercera, por su limitación dentro de la Presidencia y el Ministerio de la Presidencia, es más restringida.

En este punto, resulta curioso ver que pese a que las funciones del Director General de Servicio Civil son, como ya se dijo, sumamente similares a las que poseen otros funcionarios de alto rango, éste no es incluido en ninguna de las tres listas. Así, pareciera ser que el Director General solo podría eventualmente poseer un automóvil de uso discrecional si, en aplicación del artículo 4 *in fine* del Reglamento del Estado, éste le es conferido mediante la asignación que al efecto realice su superior, en este caso, el Presidente de la República, no obstante, tal y como se verá esta posibilidad también se encuentra vetada.

Esta imposibilidad de aplicar la norma que permite al jerarca asignar vehículos discrecionales al personal que a su juicio posea altas responsabilidades, se da por varias razones, a saber:

1. La norma que establece dicha posibilidad es de carácter reglamentario, ampliando lo dispuesto en una norma de carácter legal, la cual es de rango superior;

2. Como parte de las teorías de derogatoria de las normas, se ha señalado que norma posterior deroga norma anterior, aun de manera tácita;

3. Con lo que respecta al uso de vehículos de carácter discrecional no cabe la posibilidad de ampliar los supuestos por interpretación analógica de funciones tal y como lo hace la norma del Reglamento del Estado.

Respecto al primero de los puntos expuestos, debe quedar claro que la doctrina, sea esta nacional o internacional, es constante en señalar que existe una jerarquía de normas en las cuales unas se

encuentran por encima de otras (doctrinariamente conocida como la *"Teoría de la Pirámide de Kelsen"*), siendo que las de menor rango no pueden contraponerse a las de mayor rango, ni ampliar los parámetros que han sido dados por aquélla, situación ratificada por el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, el cual indica en lo conducente que:

"1. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden:

a) La Constitución Política;

b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;

c) Las leyes y los demás actos con valor de ley;

d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia..."

Siendo así las cosas, no cabe duda que el reglamento que autoriza a los superiores jerarcas a establecer a cuales funcionarios puede otorgar vehículos de uso discrecional, no puede ser aplicado en detrimento de la Ley de Tránsito, la cual además de ser superior regula una materia (el otorgamiento de este beneficio) que ha sido considerada como "reserva de ley", tal y como expuso la Sala Constitucional a la hora de declarar inconstitucional una norma reglamentaria, cuya redacción era prácticamente igual a la del mismo numeral del Reglamento del Estado aquí estudiado:

"Confrontados ambos textos con lo que dispone la Ley de Tránsito en lo tocante a los vehículos de uso discrecional en el ámbito de la Asamblea Legislativa -Ley ordinaria que, como advierte correctamente la Procuraduría General de la República, satisface el requisito de la reserva legal del artículo 113 constitucional, puesto que nada obsta para que así sea-, se nota fácilmente que el texto vigente

del artículo 4 del Reglamento desborda lo prescrito en el artículo 225 de la Ley, invadiendo el área de reserva constitucionalmente atribuido a ésta, con lo que este artículo 4 resulta violatorio del citado artículo 113 y por ende inconstitucional; y el texto inicial del mismo artículo 4, que recobra su plena vigencia por obra de esa inconstitucionalidad, también es inconstitucional -por la misma razón- en la parte que dice: "... a los dos señores Secretarios y al Director Ejecutivo..." **Voto N° 1974-97.**

Como segundo punto, aunado a la jerarquía de normas, ya expuesta, se encuentra la teoría de derogatoria de normas, en la cual la doctrina ha sido estricta al señalar que las normas posteriores que regulen determinada materia, derogará a las anteriores, aún de manera tácita, en tanto versen sobre el mismo extremo, y sus contenidos se contrapongan de alguna manera.

Así lo exponen por ejemplo tanto la Procuraduría General de la República, como los tratadistas Alberto Brenes Córdoba, y José Castán cuando indican que:

"Al respecto cabe aplicar ante la consulta formulada el principio de: 'ley posterior deroga la ley anterior', que 'solo tiene aplicación, tratándose de leyes especiales, cuando estas regulan la misma materia... La ley especial no queda derogada implícitamente por otra ley especial posterior de distinta materia; esta derogación presunta sólo puede darse, si las leyes especiales regulan la misma materia. En ese sentido, las leyes especiales se excluyen entre sí dentro del ámbito de la materia que cada una de ellas regula - una especie de coordinación por separación -. En el caso planteado, se trata de dos leyes especiales, por lo que cada una de ellas excluye a la otra en la materia específica que regula" Dictamen C-161-83 .

"Fuera de esto, la regla que se observa tocante a la derogación tácita de leyes especiales, es que ésta sólo se produce por otras leyes también especiales que acerca de lo mismo aparecieren

posteriormente, en cuanto entre unas y otras no hubiese conciliación posible"[28]

"La derogación tácita tiene lugar en el caso de que las disposiciones de la ley nueva sean incompatibles con las de la ley precedente. Hay que examinar la intención del legislador, indagando cuál es el ámbito de la ley nueva y si sus disposiciones son o no incompatibles con las de las leyes precedentes. Al caso de la incompatibilidad debe tenerse presente el hecho de que la ley nueva regule la materia entera ya regulada por la ley anterior, puesto que se ha de presumir que el legislador, en tal supuesto, ha querido liquidar el pasado y establecer un sistema autónomo de principios directivos que no tolera desviaciones o injertos de las leyes anteriores[29]*"*

De lo expuesto puede decirse que lo indicado en el último párrafo del artículo 4 del Reglamento del Estado, ha sido derogado tácitamente por el artículo 225 de la Ley de Tránsito, dado que aquél data del año 1989 mientras que éste empezó a regir en 1993.

En todo caso, de no aceptarse esta teoría, debe señalarse que por existir un voto de la Sala Constitucional donde se eliminó una parte de un artículo sumamente similar al aquí estudiado, podría decirse que éste también adolece de inconstitucionalidad.

Por último, respecto a la posibilidad de ampliar los funcionarios que establecen las normas ya citadas, por medio de analogía tomando como base para ello, las funciones que los mismos realizan, o la jerarquía que poseen, ha de citarse lo expuesto por la Contraloría General de la República cuando ha abordado consultas realizadas al respecto, resolviendo entre otras cosas que:

[28] BRENES CÓRDOBA, Alberto; Tratado de las Personas, Vol. I; Costa Rica; Editorial Juricentro S.A; 1986; Págs. 96-97.
[29] CASTÁN TOBEÑAS , José; Derecho Civil Español, Común y Foral, 9 Edición Tomo 1°, Volumen 1°; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; Pág. 398.

"Esta Contraloría reconoce que si bien la Ley de Tránsito pretendió regular el uso de los vehículos del Estado Costarricense, la deficiente técnica legislativa allí usada llama a confusión especialmente en el sentido restrictivo de que allí se hizo uso. No obstante, no corresponde a nosotros hacer extensiva a otras categorías de puestos las restricciones previstas por el legislador.

Por eso, siguiendo un criterio reiterado de esta Contraloría,- en aras de la sana administración y racional utilización de los bienes públicos -,la asignación de vehículos discrecionales debe hacerse en forma restrictiva y en este caso específico también taxativa, asignándolos sólo a quien la ley señale.

A la luz de nuestros propios antecedentes consultivos, resulta claro que la enumeración de cargos a los que está asociado el uso de auto de uso discrecional, es numerus clausus y, por tanto, su interpretación debe ser restrictiva y está vedado recurrir al argumento analógico..." **Opinión Jurídica OJ-111-2000**

"Reconocer a puestos no detallados en el numeral 225 en estudio el uso discrecional de vehículos, excede los límites de la interpretación analógica teleológica para caer en una interpretación ampliativa y contraria por ello a la ratio legis..." **Opinión Jurídica OJ-032-98**

Tal y como exponen los pronunciamientos recién citados, la lista de funcionarios referidos por el artículo 225 de la Ley de Tránsito, es *numerus clausus*, es decir solamente existen los supuestos que ella regula, nada más, no puede ampliarse por analogía o interpretación de ningún tipo.

Así, en vista de las consideraciones realizadas en el presente estudio es que, esta Asesoría Jurídica concluye que pese a que como se indicó en los primeros parágrafos de este estudio, el Director General de Servicio Civil, cuenta con un grado de jerarquía y cumple

con una serie de funciones parecidas a las que posee un alto jerarca estatal, al no estar expresamente establecido en el artículo 225 de repetida cita, no puede ser acreedor del derecho de utilizar automóviles de carácter discrecional pertenecientes a la Dirección General de Servicio Civil o a otra institución estatal.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales
AJ-427-2007
25 de julio de 2007

Señora
Marta Emelina Gamboa Mora
Coordinadora Oficina de Servicio Civil
Ministerio de Salud

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, hacemos de su conocimiento que en Recurso de Amparo interpuesto por Alejandra Gamboa Arias, la Sala Constitucional ha emitido la resolución Nº 2007- 006271 de las 19:55 horas del 08 de mayo de 200, declarando con lugar dicha gestión.

La recurrente alegó en lo que interesa al caso en el escrito de interposición del Amparo lo siguiente:

> "...Que el 30 de mayo del año pasado, fue ascendida interinamente a un puesto de Técnico 3 (Nº101441), al cual renunció a partir del 01 de mayo pasado. Que dicha

renuncia se originó con el propósito de que estando en propiedad en el puesto original de Oficinista 3, se posibilitara un estudio del mismo que permitiera su reasignación. Que dicha aspiración fue satisfecha por resolución de la Dirección General de Servicio Civil OSC-MOPT 132-2006 de las ocho horas y treinta minutos del veintiocho de agosto del año en curso (folios 08 y 09), mediante la cual se le reasignó a la categoría Técnico en Informática 2. Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, esa recalificación debe someterse a un período de consolidación, por lo que a partir del 28 de agosto pasado, debió transcurrir un período de provisionalidad de seis meses para confirmar el nuevo estatus laboral, dicho sea de paso, le representa un aumento salarial significativo de un 22% con relación a la calificación anterior. Que no obstante el ascenso de cita, a partir del 06 de setiembre de este año, de manera sorpresiva y sin justificación alguna, se le traslado a la Proveeduría Institucional mediante carta de presentación Nº 2006-270 (folio 13). Que ante la falta de justificación y lo intempestivo del hecho, requirió explicaciones de los motivos que sustentaron tal decisión, indicándosele en la Auditoria General que ello obedeció a un ligamen efectivo que mantiene con el Jefe del Departamento de Registro y Control de la Dirección de Recursos Humanos, quien – vale la pena aclarar- no funge como su superior inmediato. Que ante ello, le advirtió al recurrido sobre la improcedencia de justificar su traslado en el hecho de que el artículo 9 inciso b) del Reglamento al Estatuto del Servicio Civil prohíbe esa relación, por cuanto dicho numeral lo que establece es una incompatibilidad de ingreso al Servicio Civil para quienes tengan una relación de afinidad o consanguinidad con quienes serías sus superiores inmediatos, situación que no aplica en su caso concreto según se indicó

anteriormente, sea que al momento en que ingresó al MOPT se en el 2002, no mantenía ninguna relación con el citado Jefe. Que la amparada advirtió que más que una aplicación errónea de la disposición de marras, señaló al recurrido sobre los perjuicios económicos que le podía ocasionar el traslado al afectarle el proceso de consolidación de la reasignación de puesto, ante lo cual emitió la resolución de traslado Nº 2006-02 (folio 10 a 12), que al percatarse posteriormente el recurrido de que había cometido un error, por resultar ilegal haber adquirido un compromiso manifiestamente contrario a derecho, mediante oficio Nº 061881 (folio 20) le comunicó que el traslado quedaba sin efecto. Que conforme con la derogatoria de su traslado, nuevamente se le volvió a sorprender cuando dos horas después de habérsele comunicado la derogatoria del traslado, el recurrido le solicitó el oficio en mención, informándole que el traslado se mantenía, situación que persiste hasta estos momentos. Que lo más pernicioso del caso y que era previsible conforme se lo anticipo al recurrido, es que ahora se ha solicitado la derogatoria de su reasignación de puesto, lo que implica por no haber podido consolidar su reasignación a partir del traslado, debe regresar a su plaza anterior, con los consabidos perjuicios morales y económicos que ello conlleva tal y como apuntó en su situación personal y familiar. Que de esa forma se tiene que se le varío su condición laboral argumentándose una disposición reglamentaria que no aplica al caso concreto, a través de un proceso confuso, plagado de irregularidades conforme se demostró líneas atrás, puesto que mediante un traslado ilegal –por estar amparada a un derecho subjetivo consolidado y que mejoraba notablemente su situación patrimonial al haber estado percibiendo durante meses un salario superior- se le descendió de categoría sin razón o fundamento legal alguno.”

El Director General del Ministerio de Obras Públicas y Transportes reconoce los citados movimientos, y que su decisión se fundamentó en el artículo 9 del Estatuto de Servicio Civil.

Por su parte la Coordinadora de la Oficina de Servicio Civil indica que se le solicitó una realización de un nuevo estudio por parte del Departamento de Análisis Ocupacional del Ministerio recurrido, en el sentido de que se haga una nueva descripción de tareas en la actual ubicación del puesto, las que podrían ser de similar naturaleza a las ya analizadas en el informe que origina la reasignación, conservando así el mismo nivel clasificatorio que vendría para permitir continuar con la consolidación de las mismas y formalizar en definitiva el acto de que fuera objeto del puesto. Que no ha dictado acto alguno que perjudique a la amparada, pues los actos que acusa la recurrente responde a actuaciones propias del MOPT.

La Sala al resolver sobre el fondo concluye que los cuestionamientos expuestos por el simple hecho del traslado y no poder consolidar la reasignación, es un asunto que no vulnera los derechos fundamentales de la amparada sino que se enmarca dentro de las potestades de la Administración, lo que hace que en relación con este aspecto procede declarar sin lugar recurso.

No obstante lo anterior indica el Despacho Constitucional que en relación con la potestad de la Administración de modificar, revocar y hasta anular el acto de traslado, ha sido claro en que para ello no debe la Administración acudir al proceso de lesividad o la procedimiento ordinario, pues existe una condición suspensiva de los efectos de la reasignación, que impide la consolidación definitiva del derecho subjetivo del reasignado hasta tanto no transcurra el período de prueba y se consolida el cambio en la clasificación de un puesto, hace referencia la sentencia número 2002-08962 de las 10:04 horas del 13 de setiembre del dos mil dos.

Finalmente establece la sala seguidamente:

> "Los actos relacionados con el traslado y regreso de la amparada a su puesto y que se dan entre setiembre y noviembre del 2006, es decir en el reducido espacio temporal de dos meses, no solo suspende el plazo de los seis meses para que el puesto en que fue reasignada la recurrente se consolide, sino que carece de fundamentación y es anulado y luego reactivado sin dar señas tampoco la Administración, de cómo inciden esos cambios en un mejor servicio público. A criterio de este Tribunal no puede la Administración fundamentar válida y adecuadamente el traslado de la amparada en la falta de un requisito para ingresar al servicio civil sin habérsele comunicado a la recurrente, ya que los movimientos de su puesto en propiedad a otro dentro del mismo Ministerio no es el mecanismo para subsanar yerros en la selección de personal, sino que resulta un acto arbitrario, falto de fundamentación y que no justifica la necesidad de traslado de la amparada a realizar funciones en otro puesto. A lo anterior se agrega lo indicado en el informe rendido a este Tribunal por la Coordinadora de la Oficina de Servicio Civil (folio 50) según la cual esa Oficina de Servicio Civil no ha dictado acto administrativo alguno que perjudique a la recurrente. Es por lo anterior que esta Sala estima que, con su actuación, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes ha lesionado los derechos fundamentales de la referida funcionaria, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo que procede es declarar con lugar el presente recurso de amparo, como en efecto se hace."

Así las cosas el Tribunal constitucional procede a declarar con lugar el recurso de amparo interpuesto por ***Alejandra Gamboa Arias*** contra el Ministerio de Obras Publica y Transportes, por violación al artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-487-2007
28 de agosto de 2007

Señora
Marta Emelina Gamboa Mora
Coordinadora Oficina de Servicio Civil
Ministerio de Salud

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos al oficio AJ-427-2007 de fecha 25 de julio de 2007, por medio del cual se comunicó la Sentencia dictada por la Sala Constitucional en Recurso de Amparo interpuesto por Alejandra Gamboa Arias, resolución Nº 2007-006271 de las 19:55 horas del 08 de mayo de 2007, el cual fue declarado con lugar contra el Ministerio de Obras Publicas y Transportes.

Cabe aclarar que la Sala después de hacer una referencia a la Jurisprudencia que ha emitido, sobre todo en lo que se refiere a los cuestionamientos en virtud de un traslado y no poder consolidar la

reasignación, es un asunto que evidentemente no vulnera derechos fundamentales de los amparados, y que estos movimientos se enmarcan dentro de las potestades de la Administración, por lo tanto procede en relación con este aspecto procedió a declarar sin lugar recurso.

El punto por el cual se procede a condenar a la administración en este asunto, es porque el acto carece de fundamentación, y el hecho de que no puede la administración fundamentar válida y adecuadamente el traslado, en la falta de un requisito para ingresar al servicio civil, sin habérselo comunicado a la funcionaria, ya que los movimientos de su puesto en propiedad a otro dentro del mismo Ministerio, no constituye el mecanismo para subsanar yerros en la selección de personal, por ello resulta un acto arbitrario, falto de fundamentación y que no justifica la necesidad de traslado de la amparada a realizar funciones en otro puesto. Es en virtud de esta situación que se procede a declarar con lugar el recurso de amparo interpuesto por ***Alejandra Gamboa Arias*** contra el Ministerio de Obras Publica y Transportes, por violación al artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA

Cc: Sandra María Quirós Álvarez – Directora
Área de Gestión de Recurso Humano

AJ-481-2007
21 de agosto de 2007

Licenciado
Rafael Bejarano Naranjo
Director de Área
Reclutamiento y Selección de Recursos Humanos

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, y para su información, hacemos de su conocimiento que en Recurso de Amparo interpuesto por Zinnia María Cordero Vargas, la Sala Constitucional ha emitido la resolución de las 16:08 horas del 29 de mayo de 2007.

El Director General de Servicio Civil solicitó la aclaración y adición de la sentencia número 2006-016793 de las 16:03 horas del 21 de noviembre del 2006 indicando que el fallo se sustenta en una sentencia donde se conoce un asunto en contra del Consejo de la

Judicatura y la Unidad Interdisciplinaria del Poder Judicial, en la que el análisis que se hace es en cuanto a la Ley de Carrera Judicial, siendo que en este caso la valoración de aspectos psicológicos, médicos y socioeconómicos de los concursantes, que los mecanismos que contempla el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento corresponden al desarrollo promulgado por el Legislador; que el proceso de selección de personal debe visualizarse de forma integral, es decir, debe considerarse además de la revisión de los aspectos académicos, de experiencia, morales y físicos, los aspectos psicológicos .

En la parte considerativa la Sala constitucional establece:

> *"I.- El artículo 12 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dice: "Las sentencias que dicte la Sala podrán ser aclaradas o adicionadas, a petición de parte, si se solicitare dentro de tercero día, y de oficio en cualquier tiempo, incluso en los procedimientos de ejecución, en la medida en que sea necesario para dar cabal cumplimiento al contenido del fallo." De ahí que la adición de un pronunciamiento proceda cuando un punto planteado en el amparo no haya sido resuelto en sentencia y la aclaración cuando la sentencia haya sido resuelta en términos obscuros o ambiguos, dificultando su comprensión. La adición y la aclaración son medios para complementar una sentencia o explicar los alcances que tiene.*
> *II.- Lo que pretende el gestionante es más bien cuestionar los argumentos que se utilizaron en el fallo número 2006-016793 de las dieciséis horas treinta y tres minutos del veintiuno de noviembre de dos mil seis, y no utilizar aquellos institutos para que se complemente el pronunciamiento o explicar sus alcances. En todo caso, debe tener en cuenta el gestionante que en la sentencia se indicó claramente que el recurso se declaraba con lugar porque a la recurrente no se le permitió acceder a las siguientes fases del concurso en las que se evaluarían su experiencia profesional y los atestados académicos. Este obstáculo administrativo lesionó su derecho de acceso a cargos públicos, porque se le debe permitir las pruebas profesionales y académicas aunque*

haya obtenido una calificación inferior en las psicométricas porque estas evaluaciones tienen un carácter complementario. Por estas razones, no ha lugar a la gestión formulada."

Así las cosas el Tribunal Constitucional al resolver en el Por tanto, declara sin lugar la gestión promovida por la Dirección General de Servicio Civil.

Atentamente,

P/ Original Firmado { Licda. Oralia Torres Leytón

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORÍA JURÍDICA
AJ-607-2007
31 de octubre del 2007

Señor
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General
Dirección General de Servicio Civil

Estimad señor:

Nos permitimos informarle que en el Boletín Judicial número 203 del 23 de octubre de este año, se publica el edicto por medio del cual y de acuerdo con lo que dispone el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se notifica que por resolución de las diez horas treinta minutos del 4 de octubre del 2007, se dio curso a la acción de inconstitucionalidad 07-008650-0007-CO interpuesta por Jorge Emilio Regidor Umaña, actuando en su condición de apoderado especial judicial y administrativo de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz.

El accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, por cuanto considera que la norma impugnada es contraria a los numerales 33, 51 y 68 de la Constitución Política. Ello en cuanto a que elimina un beneficio monetario al cumplir treinta años de servicio. Señala además que existe una discriminación a los servidores que tienen más de treinta años de servicio y que en sus salarios se han dado los treinta pasos de los que habla el artículo en mención, esto porque a aquellos que han superado los treinta pasos o aumentos anuales, se les suspenden el aumento. Indica que un funcionario que se pensione a los treinta años de servicio, sin importar la edad estaría en una situación igual que la de aquellos que se pensionen con los mínimos de treinta años de edad laboral y cincuenta de edad.

Esta publicación se hace para que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de la norma cuestionada, no se dicte resolución final mientras la Sala constitucional no haya hecho el pronunciamiento del caso.

Agrega esta notificación que se aclara que en los procesos judiciales pendientes lo que no se puede es dictar la sentencia, o, en su caso, el acto en el que haya que aplicarse la norma cuestionada, en el sentido en que lo haya sido, y que lo único que la acción suspende en la vía administrativa es el dictado de la resolución final en los procedimientos tendientes a agotar esa vía, que únicamente son los que se inician con y a partir del recurso de alzada o de reposición interpuestos contra el acto final, salvo en caso de normas de procedimiento que deban aplicarse durante su tramitación .

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Licda. Miriam Rojas González

Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA

Cc. Licda. María Lucrecia Siles Salazar
Coordinadora Recursos Humanos - DGSC