REVISTA JURISPRUDENCIA II SEMESTRE 2008	AJ NÚMERO	PÁGINA
ANUALIDADES Anualidades funcionario LAICA	AJ-474-2008	
Reconocimiento Anualidades COOPESALUD	AJ-590-2008	
BECAS PARA ESTUDIO Otorgamiento de este beneficio a funcionarios interinos	AJ-366-2008	
Consulta de Aviación Civil	AJ-384-2008	
CARRERA DOCENTE Traslado de personal docente	AJ-387-2008	
Aplicación del artículo 2 Reglamento de la Carrera Docente	AJ-402-2008	
Interpretación de los artículos 151 y 164 de la Ley de Carrera Docente	AJ-410-2008	
Procedimiento para la aplicación del artículo 39 del Reglamento de la Carrera Docente	AJ-367-2008	
Nombramiento mediante ascenso, reforma al artículo 45 del Reglamento	AJ-456-2008	
Reconocimiento de fracciones para efecto de anualidades de personal docente	AJ-618-2008	

Reconocimiento anualidades sector interino docente Reasignación puesto conserje Aplicación del Decreto Ejecutivo Nº 24025 a docentes	AJ-639-2008 AJ-646-2008 AJ-681-2008	
CARRERA PROFESIONAL Reconocimiento de cursos M. Cultura y Juventud Reconocimiento de títulos, consulta Área Salarios Reconocimiento de grado académico Reconocimiento de capacitaciones y grado académico Plazo para reconocimiento de carrera profesional	AJ-406-2008 AJ-418-2008 AJ-435-2008 AJ-531-2008 AJ-691-2008	
CLASIFICACIÓN DE PUESTOS Consulta sobre clasificación de puesto Tribunal Ambiental Clasificación puesto Clasificación de puestos instituciones pertenecientes a la Universidad Técnica Nacional	AJ-386-2008 AJ-394-2008 AJ-475-2008	

Exclusión de puestos al amparo del artículo 105 del Reglamento del Estatuto, SINAC	AJ-395-2008	
Clasificación de puesto según funciones	AJ-544-2008	
DEDICACIÓN EXCLUSIVA Aplicación de plazos en contratos de dedicación exclusiva	AJ-525-2008	
EVALUACIÓN ANUAL DEL DESEMPEÑO		
Despido de funcionario MEP	AJ-399-2008	
Alcance artículo 16 Resolución DG-064-2008	AJ-491-2008	
HORAS EXTRAS Consulta de Auditoría Recursos Humanos sobre horas extras.	AJ-371-2008	
Reconocimiento horas extras fines de semana MOPT	AJ-466-2008	
Cálculo y pago de tiempo extraordinario PANI	AJ-510-2008	
INCAPACIDADES Aplicación del artículo 34 del Reglamento del Estatuto	AJ-489-2008	

INGRESO AL RÉGIMEN Aplicación del artículo 14 del Reglamento del Estatuto, Imprenta Nacional. Requisito de parentesco Nombramiento en propiedad de funcionario anteriormente despedido, MICIT Aplicación del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil Contratación de personal "Ad Honorem" Aplicación del artículo 11 del Reglamento del Estatuto, FONAFIFO	AJ-471-2008 AJ-479-2008 AJ-545-2008 AJ-560-2008 AJ-610-2008 AJ-619-2008	
INSTITUCIONES Naturaleza jurídica de organismo público	AJ-614-2008	
INTERPRETACIÓN DE RECURSOS Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES Competencia en el conocimiento de recurso de revisión, Oficina Desconcentrada. Interpretación de la indemnización en fallos de la Sala Constitucional Fecha de vigencia Acción de	AJ-538-2008 AJ-591-2008	

Inconstitucionalidad	AJ-640-2008	
JORNADA LABORAL Ejercicio de la docencia el día sábado Jornada laboral de interinos en aplicación del artículo 39 del Reglamento del Estatuto	AJ-599-2008 AJ-486-2008	
LICENCIAS Y PERMISOS Permiso sin goce de salario, Registro Nacional Permiso sin goce de salario Licencia con goce de salario, Ministerio Hacienda Licencia por muerte de familiar Solicitud de licencia si goce de salario, Ministerio Cultura y Juventud	AJ-470-2008 AJ-501-2008 AJ-503-2008 AJ-557-2008 AJ-615-2008	
PERÍODO DE PRUEBA Jefe que califica período de prueba (DINADECO)	AJ-392-2008	
PROHIBICIÓN Requisito académico para obtener beneficio de pago de prohibición. M. de Trabajo	AJ-368-2008	

Actividad privada de funcionario que recibe prohibición	AJ-621-2008	
REASIGNACIÓN Y TRASLADOS DE PUESTOS Reasignación de puesto, Ministerio de Vivienda Reasignación de puesto misceláneos, Ministerio de Obras Públicas Traslado y reubicación de puesto Plazos para resolver procesos de reasignación Reglamentación trámite de reasignaciones M. Seguridad Pública	AJ-373-2008 AJ-460-2008 AJ-415-2008 AJ-697-2008 AJ-694-2008 AJ-439-2008 AJ-695-2008	
RÉGIMEN DISCIPLINARIO Amonestación verbal Suspensión con goce de salario	AJ-369-2008 AJ-421-2008	

Procedimiento administrativo disciplinario, M. Seguridad Pública	AJ-490-2008	
Despido con base en artículo 36 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil	AJ-692-2008	
Competencias de la DGSC y del Tribunal de S.C en gestiones de despido	AJ-696-2008	
SALARIOS Equiparaciones Salariales Médicos Veterinarios	AJ-645-2008	
Pago diferencias salariales por reasignación SINAC	AJ-651-2008	
Pago salarios a funcionaria MOPT	AJ-680-2008	
SERVIDORES INTERINOS Sustitución de interinos M. Vivienda	AJ-530-2008	
Ocupar puesto profesional en informática como interino, requisito académico	AJ-554-2008	
VACACIONES		

Disfrute de vacaciones cuando a existido licencia sin goce de salario	AJ-535-2008	
Compensación económica por derecho de vacaciones	AJ-688-2008	

AJ-474-2008
19 de agosto de 2008

Máster
Karla Cubero Paniagua
Jefe de Recursos Humanos
Fondo Nacional de Becas

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio número DAF-RH-58-2008 de fecha 5 de agosto de 2008, en el cual nos solicita emitir criterio con respecto al siguiente caso:

"*Por este medio le saludo respetuosamente a la vez darle respuesta al oficio AJ-449-2008, para informarle nuestra situación. Por el momento la Institución no cuenta con Departamento de Asesoría Jurídica para darle a usted el criterio solicitado referente al caso del estudio de 7 años laborados en LAICA de la señora Ivannia Vindas Rivera.*

Por lo que solicito respetuosamente nos ayude con la consulta hecha por la funcionaria con base a su experiencia y criterio donde el Servicio Civil nos pueda respaldar para hacer el pago o no."

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.

EVOLUCIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIGA AGRÍCOLA INDUSTRIAL DE LA CAÑA DE AZÚCAR:

Entrando al tema en cuestión debemos indicar que la Procuraduría General de la República se ha pronunciado en diversas oportunidades en relación con la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar (LAICA), cuyo fundamento jurídico se encuentra en el artículo 4 de la ley Nº 3579 del 4 de noviembre de 1965[1], así como en la Ley Orgánica de la Agricultura e Industria de la Caña de Azúcar No.7818 del 2 de setiembre de 1998 y su Reglamento (Decreto Ejecutivo Nº 28665-MAG), en igual sentido se ha realizado un análisis de la naturaleza jurídica sobre la misma, a través de opiniones jurídicas y dictámenes, tal y como lo disponen los criterios números C-189-90 y C-188-2000, que en lo que nos interesa dicen:

"I- LAICA: UNA CORPORACION DE DERECHO PUBLICO

LAICA es un ente público corporativo que se rige en lo conducente por el Derecho Público. Es por ello que la constitución de una empresa mercantil por parte de LAICA debe estar autorizada por el ordenamiento.

A- LA SUJECION AL DERECHO PÚBLICO

Dispone el artículo 4º de la ley de creación de LAICA;

"Para la ejecución de esta ley, créase una corporación de Derecho Público, con personería jurídica propia y domicilio en la ciudad de San José, que actuará bajo la denominación de "Liga Agrícola, Industrial de la Caña de Azúcar". Serán miembros únicos de esta Corporación: La

[1] Dicho cuerpo normativo fue derogado por la Ley Orgánica de la Agricultura e Industria de la Caña de Azúcar No.7818 del 2 de setiembre de 1998 y su Reglamento, dejando vigente el artículo 4 de la misma, de acuerdo con lo establecido en el artículo 180 de la citada ley.

Cámara de Azucareros y la Federación de Cámaras de Productores de Caña".

Toda persona jurídica pública es, necesariamente, creada por el Estado, normalmente por medio de la ley. LAICA no se sustrae a ese principio, toda vez que fue creada por medio de la Ley Orgánica de la Agricultura e Industria de la Caña (art. 4º antes transcrito). Se dispuso en dicha ley que LAICA es el órgano ejecutor de la ley, lo que justifica el carácter público de la Corporación.

En tanto que ente corporativo, es el centro de LAICA se encuentra una colectividad o sector de particulares que integran sus órganos internos y llevan a cabo su gestión, estos son: la Cámara de Azucareros y la Federación de Cámaras de Productores de Caña.

El carácter privado de estas organizaciones, el que LAICA sea un organismo representativo del sector azucarero no es óbice, empero, para la aplicación de disposiciones de Derecho Público.

Tómese en cuenta que Laica involucra un elemento de coactividad que se manifiesta en la obligación en que se encuentran ciertas personas que conforman el sector azucarero, de incorporarse a la Liga y contribuir al patrimonio de esta persona pública. Este factor coactivo expresa, sin duda, la necesidad de cumplir los fines asignados por el ordenamiento, fines cuyo cumplimiento podría peligrar si se dejara su conformación a la libre voluntad de aquéllos que se ven afectado por el funcionamiento de la Liga.

En virtud del interés particular del Estado en este tipo de organización, el ordenamiento confía a LAICA el ejercicio de funciones administrativas..."

"...puesto que LAICA es una organización de base corporativa, representativa de un sector productivo, que ejercita funciones públicas, le resulta aplicable el Derecho Público; en virtud de su actividad y por el interés público que determina su creación, LAICA debe someterse a

las normas de Derecho Público, pudiendo considerarse para tales efectos Administración Pública"[2]

"III.-*NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIGA AGRÍCOLA INDUSTRIAL DE LA CAÑA DE AZÚCAR Y RELACIÓN ENTRE SUS ÓRGANOS SUPERIORES*

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica de la Agricultura e Industria de la Caña de Azúcar, n.° 7818 del 2 de setiembre de 1998, la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar (LAICA) constituye un ente público no estatal. Se trata de una corporación con personalidad jurídica propia, sometida al derecho público en el ejercicio de sus facultades de imperio y al derecho privado en el ejercicio de las actividades de comercialización.(el subrayado no es del original).

Para tal efecto, la Liga se cuenta con dos divisiones: la División Corporativa regida, esencialmente, por el Derecho Público, a cargo de una Junta Directiva; y la División de Comercialización, regida por el derecho privado y a cargo de un Consejo de Comercialización.

Entre los objetivos de dicha corporación destacan el mantener un régimen equitativo de relaciones entre los productores de caña y los ingenios de azúcar, que garantice a cada sector una participación racional y justa; y, ordenar, para el desarrollo óptimo y la estabilidad de la agroindustria, los factores que intervienen tanto en la producción de la caña como en la elaboración y comercialización de sus productos (Artículo 1°).

Ahora bien, en cuanto a su organización interna, la Liga cuenta con los siguientes órganos superiores: la Asamblea General, la Junta Directiva Corporativa y el Consejo de Comercialización (artículo 19).

[2] Dictamen C-189-90 del 13 de noviembre de 1990.

En cuanto a la Asamblea General, el artículo 20 de la Ley en comentario dispone:

> *"**La Asamblea General será el órgano superior de dirección y administración internas** de la Liga de la Caña y estará formado por dieciocho miembros (...)".*

Dicha Asamblea debe reunirse ordinariamente dos veces al año y extraordinariamente las veces que sea convocada por el Presidente, por decisión propia o a solicitud de la Junta Directiva o de tres de los directores. Para sesionar, en primera convocatoria, requiere la presencia de catorce miembros (artículo 22) y las resoluciones y acuerdos se adoptan por mayoría simple de los miembros presentes (artículo 23). Finalmente, referente a sus deberes y atribuciones, el artículo 24 de la ley en referencia establece:

> *"La Asamblea General tendrá los siguientes deberes y atribuciones:*

a.
b. ***Conocer de las apelaciones presentadas por tres directores de la Junta Directiva de la Liga de la Caña, contra las disposiciones reglamentarias, las resoluciones o los acuerdos tomados por dicho órgano o por el Consejo de Comercialización Ampliado**. Para revocar, anular o modificar, total o parcialmente, disposiciones reglamentarias, resoluciones o acuerdos del citado Consejo, se requerirá el voto de dos terceras partes de los miembros presentes de la Asamblea General.*

c. ***Conocer de los proyectos de presupuestos ordinarios y extraordinarios** de la División Corporativa, que la Junta Directiva le presente para discutirlos, aprobarlos o reformarlos.*

d. *Conocer de los proyectos de presupuestos ordinarios y extraordinarios de la División de Comercialización que el Consejo de Comercialización le presente para reformarlos o improbarlos se requiere el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea.*

e. *Fijar las dietas que devengarán los miembros de la Junta Directiva y del Consejo de Comercialización, por asistir a las sesiones ordinarias y extraordinarias.*

f. ***Conocer de los informes anuales que deberán presentar la Junta Directiva y el Consejo de Comercialización sobre las labores y el movimiento económico*** *de las Divisiones Corporativas y de Comercialización.*

g. *Conocer de los otros informes que le rindan la Junta Directiva, el Consejo de Comercialización, sus propias comisiones, la auditoría interna, la auditoría externa o cualesquiera otras entidades o personas a quienes juzgue conveniente solicitarlos.*

h. *Conocer de los informes anuales sobre la liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios correspondientes a sus dos Divisiones.*

i. *Dictar su reglamento interno.*

j. ***Autorizar, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, la adquisición y venta de bienes inmuebles de la Corporación o la constitución de gravámenes hipotecarios sobre ellos, para garantizar deudas propias de ella****. El producto que se obtenga por dichas ventas, se destinará a constituir un fondo con el objeto de fortalecer el capital de trabajo de la Corporación o a cubrir nuevas inversiones, todo a juicio de la Asamblea y con la votación calificada antes dicha.*

k. Designar la auditoría externa de la Liga, la cual dependerá exclusivamente de la Asamblea y cuyos alcances será fijados por el reglamento que este órgano dicte.

l. Los demás deberes y atribuciones señalados en este ordenamiento" (Lo resaltado en negrita y sublineado no es del original).

La Procuraduría General de la República continúa manifestando:

"De la normativa transcrita se desprende clara y expresamente que la Asamblea General es el órgano superior de dirección y administración de la Liga de la Caña. En efecto, corresponde a dicha Asamblea, entre otras cosas, aprobar los presupuestos ordinarios y extraordinarios de ambas divisiones de la Corporación; conocer de los informes (de labores, económicos, de liquidación de presupuestos, etc.) que les deben presenten la Junta Directiva y el Consejo de Comercialización; y, especialmente, conocer de las apelaciones presentadas contra las disposiciones reglamentarias, las resoluciones o acuerdos tomados por la Junta Directiva y el Consejo de Comercialización, estando facultada para revocar, anular o modificar, total o parcialmente, tales resoluciones o acuerdos."[3]

En otra oportunidad, por medio del Dictamen C-012-2006 de fecha 16 de enero del 2006, la Procuraduría General de la República define a las empresas públicas como entes públicos:

"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

[3] Dictamen C-188-2000. San José, 21 de agosto del 2000.

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."[4](el subrayado no es del original).

Ahora bien, el fundamento jurídico que permite al servidor, el reconocimiento de anualidades por haber laborado en el Sector Público se encuentra en la Ley de Salarios de la Administración Pública No. 2166, estableciendo en sus numerales 4, 5 y 12 inciso d) lo siguiente:

"Artículo 4.-

Créase la siguiente escala de sueldos con setenta y tres categorías y con las siguientes asignaciones;

ESCALA SALARIAL.CATEGORIA BASE AUMENTO ANUAL

(...)

La anterior escala regirá para todo el Sector Público y cuando las circunstancias lo demanden, después de un estudio técnico efectuado por la Dirección General de Servicio Civil, esa institución podrá variarla, mediante resolución. En ningún caso se rebajará la base del salario de los empleados que resulten afectados y se respetarán sus derechos adquiridos. La suma del salario de clase, más los sobresueldos, constituyen el nuevo salario base, el cual servirá para la correspondiente ubicación en la presente escala salarial."

[4] Dictamen C-012-2006 del 16 de enero del 2006.

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 4º 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, otorgándoseles 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 5º 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 otro 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 por 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 5º anterior, el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo.

Esta ley no afecta en sentido negativo el derecho establecido en las convenciones colectivas y convenios, en materia de negociación salarial." (el subrayado no es del original).

Ahora bien, se hace necesario indicar que la Procuraduría General de la República en el dictamen C-247-2005, señala que el Estado es considerado patrono único, al decir lo siguiente:

"...el reconocimiento de las anualidades se otorga previo cumplimiento de los requisitos que al efecto se encuentran dispuestos, que sin lugar a dudas, tienden a enfatizar la premisa fundamental de que el Estado se considera patrono único, de conformidad con lo dispuesto en el referido inciso d) del artículo 12 de la citada Ley de Salarios de la Administración Pública."[5]

De lo anterior, cabe añadir, que mediante Decreto Ejecutivo número 18181 de 14 de junio de 1988, se promulgó el "Reglamento para el Procedimiento de Pago de Anualidades Adeudadas en la Administración Pública", de indudable aplicación en la materia que nos ocupa en este estudio. A nuestros efectos, traemos a colación lo dispuesto en el numeral segundo de ese Cuerpo Normativo, en cuanto establece los requisitos que deben cumplirse para que proceda el pago de la anualidad en cuestión, así:

5 Dictamen C-247-2005 del 04 de julio de 2005.

"Artículo 2º.- El pago a que se refiere el numeral anterior se regulará, además, por los siguientes requisitos:

1º.-

La entidad del sector público para la cual labora el servidor al formular su petición, debe haber adoptado la escala de la Ley de Salarios de la Administración Pública.

2º.-

El pago de las anualidades a que se refiere este Reglamento no es compatible con otros sistemas de pago del tiempo servido en instituciones del sector público.

3º.-

El pago de las anualidades se hará con base en años completos servidos.

4º.-

No se reconocerán anualidades:

a) *Cuando la relación entre el servidor y la Administración no haya sido de naturaleza laboral.*

En ese mismo sentido, traemos a colación la resolución 1997-04 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado lo siguiente:

"El reconocimiento de la antigüedad, en el Sector Público, para efectos del pago de aumentos anuales por los servicios prestados en cualquiera de sus instituciones, estén o no cubiertas por regímenes de naturaleza estatutaria, encuentra su fundamento en los artículos 4° y 12, inciso d), de la Ley de Salarios de la Administración Pública, reformados por la Ley N ° 6835, de 22 de diciembre de 1982. A través de la primera norma, se estableció una nueva escala de salarios, al

final de la cual se dijo, expresamente, que: "La anterior escala regirá para todo el Sector Público...". En la segunda disposición se dejó establecido: "A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos a que se refiere el artículo 5°, anterior, el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo. Esta ley no afecta en sentido negativo el derecho establecido en las convenciones colectivas y convenios, en materia de negociación salarial". Según se ha entendido, estas disposiciones vienen a poner de manifiesto la vigencia, en toda la Administración Pública, de la teoría "del Estado como patrono único", cuya aplicación práctica busca un propósito bien claro, cual es el de corregir la injusticia que sufrían las personas que se trasladaban a trabajar de una institución a otra, dentro de ese mismo Sector, sin derecho, por la distinción formal que se hacía, a disfrutar de los beneficios que generalmente se obtienen de la antigüedad en la prestación del servicio con un patrono, con lo que se busca evitar discriminaciones chocantes." [6]

Cabe recalcar 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 para los efectos de los aumentos anuales a que refieren los artículos 4 y 5 Ibid; es decir, concibiéndose esa retribución económica, como una especie de premio, en el tanto se aprecia la experiencia adquirida a través del tiempo en cualquiera de las instituciones que conforma el Sector Público. En ese sentido, la Sala Segunda ha expresado lo siguiente:

"El reconocimiento de la antigüedad en el servicio ha sido concebida ***como un premio a la experiencia****. Con la adición del inciso d) al artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública (reforma introducida mediante Ley Nº 6835 del 22 de diciembre de 1982), esa gratificación se consolidó (no sólo respecto de los servidores*

[6] Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Nº 1997-094 de las quince horas veinte minutos del 14 de mayo de 1997.

*regulares, sino también en relación con los interinos**), al ordenarse el reconocimiento del tiempo servido en otras instituciones para efectos** de los aumentos anuales, de manera tal que el servidor no perdiera la antigüedad acumulada al pasar de una institución a otra, o la antigüedad acumulada en una misma institución.*

***Cabe señalar que la reforma en mención al utilizar el concepto "Sector Público", le imprime una mayor amplitud al significado de la noción "Estado patrono único", toda vez que dicho concepto es mucho más amplio que el de Administración Pública.** Lo anterior tiene importancia a los efectos del punto consultado, toda vez que, reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, enfatizó, en todos los casos en que estuvo en discusión la referida reforma, sobre la desaparición de las restricciones contempladas por el Estatuto de Servicio Civil a la aplicación de la Ley de Salarios de la Administración Pública, **así como que con dicho concepto, sea, "Sector Público", se generalizaron los efectos y el ámbito de aplicación de la referida Ley.** En este sentido, la mencionada Sala expuso en lo que interesa, lo siguiente:*

*" ... La apreciación e interpretación de los diversos elementos normativos, a la luz de las reglas "pro operario" y de la "norma más favorable", permiten concluir que la restricción impuesta por el Estatuto de Servicio Civil a la aplicación de la Ley de Salarios de la Administración Pública, y por esta misma, únicamente a los servidores cobijados por el régimen estatutario, desapareció al entrar en vigencia la Ley Nº 6835 pues ésta, en su artículo 1º, **al reformar el artículo 4º de la Ley Nº 2166 de 9 de octubre de 1957, y sus modificaciones, (...) creó una nueva escala de salarios, disponiendo que la misma "regirá para todo el Sector Público" y produjo la adición del inciso d), al artículo 12, para todos los "servidores del Sector Público", con lo que generalizó sus efectos y el ámbito de aplicación. Quiere ello decir, entonces, que al generalizarse y uniformarse el régimen retributivo, para todo el Sector Público, se dejó de lado el concepto de "Estado" para ampliarlo hacia los de "Sector Público o Administración Pública".** (...). De ahí que, no estableciendo la redacción vigente de la Ley de Salarios de la Administración Pública, restricción ni condicionamiento alguno para su*

aplicación, al derogar la Nº 6835 cualquier disposición que se le oponga... debe entenderse que su ámbito de aplicación ha quedado generalizado. (...)."[7]

En términos más precisos, el citado tribunal ha reiterado que:

"La reforma de la Ley de Salarios de la Administración Pública, mediante Ley Nº 6835 de 22 de diciembre de 1982, lejos de referirse únicamente a aquellos empleados incluidos en el Régimen de Servicio Civil, se refiere a todo el denominado Sector Público". [8](el subrayado no es del original).

De todo lo anterior se concluye que la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar (LAICA) al ser creada como una corporación con personalidad jurídica propia, sometida al Derecho Público en el ejercicio de sus facultades de imperio y al Derecho Privado en el ejercicio de las actividades de comercialización, es un ente público no estatal, la cual forma parte del Sector Público.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

[7] Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Nº 155 de las 14:40 hrs. del 10 de octubre de 1990.
[8] Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Nº 193 de las 9:20 hrs. del 23 de octubre de 1991.

AJ-590-2008
22 de octubre de 2008

Señor
Marvin Saborío Brenes
Correo Electrónico: msaborio@coopesalud.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su consulta de fecha 10 de octubre del año 2008, recibida a través de correo electrónico, mediante la cual se nos solicita lo siguiente:

"...laboro en la Cooperativa Autogestionaria de Servicios Integrales de Salud, damos un Servicio Público, quisiera saber si me paso a laborar a otra Institución del Estado ¿me reconocen las anualidades? sé que en CORBANA (una Institución que no es el Estado) a sus empleados le han reconocido las anualidades cuando se han pasado a otras Organizaciones del Estado. Gracias."

Previo a emitir el criterio jurídico, es conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, 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 la figura de anualidades debemos referirnos a la Ley Nº 6835 del 22 de diciembre de 1982, la cual vino a adicionar el inciso d) al artículo 12 de la Ley 2166 (Ley de Salarios de la Administración Pública) y el Decreto Ejecutivo No 18181-H del 23 de junio de 1988 (Reglamento para el procedimiento del pago de anualidades adeudadas), el cual señala:

"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 5º anterior, el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo. Esta ley no afecta en sentido negativo el derecho establecido en las convenciones colectivas y convenios, en materia de negociación salarial."

Asimismo, véase que el artículo primero de la Ley General de la Administración Pública, regula y establece la forma en que, de manera general, está estructurada la Administración, dicha norma señala que:

"Artículo 1

"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"

Ahora bien, sobre la figura de la cooperativa, la doctrina española la define de la siguiente manera:

"Sociedades que se someten a los principios cooperativos y realizan, en régimen de empresa en común, cualquier actividad económico-social lícita para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y al servicio de éstos y de la comunidad"[9]

De igual forma, la Sala Constitucional en su Voto Nº 2252-96, amplía la definición anterior sobre el concepto de cooperativa:

"Asociación voluntaria de personas que se organizan para su mejoramiento económico social. Esta circunstancia ha sido puesta de evidencia por la jurisprudencia constitucional, que recalca que las cooperativas son "organizaciones o grupos de personas organizadas con miras a la satisfacción de una necesidad de interés común para

[9] Diccionario Jurídico, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1998.

todos sus miembros, con miras a la elevación del nivel social y económico de éstos...” [10].

En ese mismo sentido, tal y como se desprende de su propio nombre, Cooperativa Autogestionaria de Servicios Integrales de Salud, se establece como una Cooperativa, figura eminentemente privada, según los artículos 2 y 131 de la Ley de Asociaciones Cooperativas (Ley N° 4179 de 22 de agosto de 1968), que en lo que nos interesa dicen:

“ARTÍCULO 2º.- Las cooperativas son asociaciones voluntarias de personas y no de capitales, con plena personalidad jurídica, de duración indefinida y de responsabilidad limitada, en las que los individuos se organizan democráticamente a fin de satisfacer sus necesidades y promover su mejoramiento económico y social, como un medio de superar su condición humana y su formación individual, y en las cuales el motivo del trabajo y de la producción, de la distribución y del consumo, es el servicio y no el lucro.”

“ARTÍCULO 131.- Los casos no provistos en la presente ley, en la escritura social o en los estatutos de la respectiva asociación, se resolverán de acuerdo con los principios que se deriven de esta ley; en su defecto por los principios generales del Derecho Cooperativo, y finalmente por las regulaciones del Código de Trabajo, del Código de Comercio y del Código Civil que por su naturaleza o similitud, puedan ser aplicables a estas asociaciones, siempre que no contravengan los principios, la doctrina y la filosofía cooperativas.”(el subrayado no es del original).

Al respecto, valga destacar lo señalado por el Profesor español García Trevijano Fos:

"Las palabras "interés público"*...*

¿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

[10] Sala Constitucional, Resolución N° 2252-96 de 15:36 hrs. del 14 de mayo de 1996.

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.

"...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"[11] (la negrita no es del original).

La figura de la cooperativa es señalada por la Procuraduría General de la República como un ente privado protegido por el régimen de derechos fundamentales:

"La cooperativa es un ente asociativo caracterizado por la sujeción a determinados principios. La relación de este sujeto privado con las personas físicas que la integran está determinada por la libertad de asociación. Cooperativa y cooperativistas son titulares de derechos fundamentales, cuyo régimen es reserva de ley. Elementos que determinan la competencia para anular los actos cooperativos(...)"

"La jurisprudencia constitucional también ha enfatizado en que si bien las cooperativas son entidades privadas, su constitución y funcionamiento es de interés público. Cabría agregar, no obstante, que ese interés público no desnaturaliza la entidad, que continúa siendo privada.

[11] GARCÍA TREVIJANO FOS (José Antonio). Tratado de Derecho Administrativo , Tomo II, Vol. I, 2da ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 298.

Esta organización privada se funda en la libertad de asociación, libertad que protege a todo individuo en el país y que marca las relaciones entre asociación-asociado."[12]

En igual sentido se tiene el pronunciamiento de la entidad supra citada No. C-190-96 del 27 de noviembre de 1996, el cual establece que aun cuando las fundaciones y las asociaciones por imperativo legal sean consideradas de utilidad pública, no son de manera alguna entidades públicas (a lo sumo consideradas entidades de servicio público pero de naturaleza privada). Al efecto se transcribe 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."***[13]

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, sociedades, etc.

[12] Dictamen C-490-06, del 12 de diciembre de 2006.
[13] Dictamen No. C-190-96, del 27 de noviembre de 1996.

Lo anterior implica que, aun y cuando una determinada cooperativa pueda colaborar con el Estado en diversas labores, o incluso pueda ser creada por él, lo cierto es que la cooperativa siempre deberá ser considerada como una persona privada, en el tanto se crea y desarrolla dentro del ámbito del derecho privado, salvo lo que señala la doctrina española en relación con dicha figura:

"Las cooperativas tienen una importante repercusión social y por ello la intervención de la Administración es más intensa en las mismas que en otro tipo de sociedades. La función inspectora del cumplimiento de la legislación cooperativa corresponde al Ministerio de Trabajo, sin perjuicio de la competencia del Banco de España de la inspección de las actividades financieras de las cooperativas."[14]

De todo lo anterior se desprende que la Cooperativa Autogestionaria de Servicios Integrales de Salud R.L, no es un ente público, ya que esta se encuentra regulada por la normativa del derecho privado aunque brinde un servicio público y en consecuencia no podrían ser reconocidas las anualidades que se encuentran reguladas en los artículos 5 y 12 inciso d) de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en caso de que un funcionario de cualquier entidad privada pasara a laborar para una institución del Estado.

En relación a Corbana, ya esta Asesoría Jurídica había emitido su criterio, a través del Oficio AJ-412-2006 del 29 de junio del 2006, el cual señala:

"...a pesar de ser una sociedad anónima, constituye una empresa pública y como tal un ente público, considerándose que por los fines y atribuciones conferidas y particularmente por la participación del Estado en su economía y administración, la misma forma parte del sector público; en virtud de lo cual procede el pago de las anualidades a un servidor de dicha entidad, cuando éste se traslade a otra institución del sector público."

[14] Diccionario Jurídico, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1998.

De igual forma, los Dictámenes de la Procuraduría General de la República, C-093-2003, y C-246-95, son claros en relación con la naturaleza jurídica de CORBANA:

> *"La sujeción al régimen de Derecho Privado no es un elemento esencial para negar naturaleza pública a una empresa, máxime si esa sujeción es de carácter subsidiario, como es el caso de CORBANA. (...) En consecuencia, aun cuando CORBANA sea organizada como sociedad anónima, constituye una empresa pública y como tal ente pública...".* [15]
>
> *"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. En consecuencia, aún cuando CORBANA sea organizada como sociedad anónima, constituye una empresa pública y como tal ente público".* [16]
>
> *"Y efectivamente, desde el punto de vista financiero y contable, CORBANA es considerada empresa pública. Situación que permitiría cuestionar su naturaleza jurídica; por ende, sin constituye Administración Pública.*
>
> *.. La sujeción al régimen de Derecho Privado no es elemento esencial para negar naturaleza pública a una empresa, máxime si esa sujeción es de carácter subsidiario, como es el caso de CORBANA. Permítasenos, al respecto, la siguiente cita: "La sociedad que es propiedad de un ente público, en razón de ser éste el socio*

[15] Dictamen C-246-95, del 29 de noviembre de 1995.
[16] Dictamen C-093-2003, del 3 de abril del 2003.

único o principal, es pública por esa sola razón, aunque el socio dominante no sea el Estado, sino otro ente público cualquiera".[17]

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

[17] Dictamen C-246-95, del 29 de noviembre de 1995.

AJ-366-2008
1º de julio del 2008

Licenciada
Ana Monge Cantero
Correo electrónico: anamonge@mideplan.go.cr

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico recibido el 20 de junio del presente año, en el cual solicita información sobre criterios emitidos en relación a servidores interino y su participación para ser beneficiarios de becas para estudios.

Al respecto se le remite oficio AJ-034-2006 de fecha 2 de febrero del 2006 en el que se analiza el tema apuntado.

Atentamente,

Original firmado Licda. Oralia Torres Leytón
Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA

AJ-384-2008
09 de julio del 2008

Licenciado
Roy Solís Cruz
Representante de Comisión de Capacitación y Becas
Dirección General de Aviación Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio Nº CCB-061-2008, de fecha 09 de junio del 2008, por medio del cual solicita criterio jurídico respecto de la siguiente situación:

> *"Con el propósito de obtener un criterio oficial por parte de su representada sobre el tema relacionado con becas le exponemos lo siguiente.*
>
> *Hemos recibido por parte de algunos de nuestros funcionarios, solicitudes de beca para optar por un grado académico; con el fin de que se les apruebe una ayuda económica.*
>
> *En esta Dirección General siempre ha sido una práctica la aprobación parcial o total de este tipo de ayuda a los funcionarios. Recientemente, nuestro máximo Jerarca (Consejo Técnico de Aviación Civil CETAC), se pronunció al respecto en forma negativa ante una solicitud que gestionara la Auditoría Interna para una de sus colaboradoras, basado en un criterio externado por la Licda. Nidia Cordero Padilla (Consultora Externa de ese Órgano Colegiado), la cual en uno de los párrafos del criterio mencionado indica:*
>
> *"En cuanto a la consulta que se remite tenemos que el adiestramiento en Administración, será otorgado para una persona que se desempeña en una plaza de Secretaria Ejecutiva 1, por lo que no cumple con la premisa de que el funcionario requiera adiestramiento para el adecuado desempeño de un puesto,*

además, se solicita la beca para que la funcionaria obtenga un título académico de pregrado en una universidad privada del país, lo cual contraviene el Decreto Ejecutivo Nº 17781-P"

Una vez analizado el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Licencias de Adiestramiento de Servidores Públicos y de acuerdo con nuestro parecer consideramos que se realizó un mala interpretación de lo que dicta el decreto ejecutivo supracitado. Todo ello por cuanto nos parece que se están confundiendo los términos "Formación vs. Capacitación". Creemos que el decreto no prohíbe la aprobación de este tipo de ayudas económicas.

No omitimos indicar que los casos a los cuales nos referimos no son el que se cita en el aparte del criterio externado por la Licda. Cordero, no obstante, si nos compete el análisis de la interpretación del mismo.

Por otro lado, en nuestro presupuesto anual aprobado por la Contraloría General de la República se contemplan para cada uno de los departamentos por aparte los rubros de "Beca" y "Capacitación", por tanto no estamos combinando ambas partidas.

Acudimos muy respetuosamente a su criterio técnico, para que nos interprete en todo su sentido el Artículo 5, del Reglamento a la Ley de Licencias de Adiestramiento de Servidores Públicos, con el fin de aclarar las dudas al mismo.

No omitimos manifestarle que mediante oficio AI-159-2008, la Auditoria Interna de la DGAC, le envió una consulta sobre este mismo tema al Lic. Fabio Flores Rojas, Director de CECADES. Le indicamos lo anterior, para que sea de su conocimiento la existencia del oficio citado.

Por todo lo anteriormente expuesto, quedamos a la espera de una respuesta por parte de su representada." (El subrayado pertenece al original)

Sobre el particular hacemos de su conocimiento que el marco jurídico que regula el adiestramiento o la capacitación de los funcionarios Públicos cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, es la ley 3009

denominada Ley de Reforma a la Ley de Licencias de adiestramiento de Servidores Públicos, publicada el 18 de julio de 1962 y sus reformas, así como el Reglamento a dicha Ley sea el Decreto Ejecutivo Nº DE-17339-P, publicado en el Diario Oficial La Gaceta Nº 237 del 15 de diciembre de 1986 y sus reformas.

Ahora bien para la resolución de la presente consulta debemos recurrir al Reglamento de marras, concretamente a los artículos 2 y 5, los cuales literalmente establecen:

> *"Artículo 2º.-Para los efectos de las disposiciones de este texto se entiende por:*
>
> *e) Adiestramiento o capacitación: La adquisición de conocimientos, habilidades y destrezas que se requieren para el adecuado desempeño de un puesto y que se logra mediante la participación en programas específicamente diseñados y organizados para cumplir con estos fines.*
>
> *El artículo 5º del reglamento de cita establece al efecto:*
>
> *Artículo 5º.-Dadas sus características particulares, **no se considerará adiestramiento la asistencia a cursos tendientes a obtener títulos académicos correspondientes a pregrado o grado en instituciones educativas del país o fuera de éste**. Cuando se trate del aprovechamiento de becas o facilidades para la obtención de maestrías o doctorados, las licencias, así como sus prórrogas, podrán otorgarse a través del contrato respectivo, sin goce de sueldo o con goce total o parcial del mismo, a juicio del Ministro correspondiente y mediante autorización de la Dirección General de Servicio Civil. (Reformado por Decreto Ejecutivo Nº 17781-P del 16 de octubre de 1987). (El subrayado no pertenece al original)*

De las normas citadas se desprenden dos aspectos importantes a considerar, el primero es que el adiestramiento o la capacitación, en los términos antes indicados es la adquisición de conocimientos, habilidades y destrezas para el adecuado desempeño de un puesto, y por otro lado de conformidad con el artículo 5 del Reglamento de marras, no se considera adiestramiento la asistencia a cursos tendientes a obtener títulos académicos a pregrado o grado en instituciones educativas del país o fuera de éste.

Por otra parte valga la oportunidad igualmente para confirmar la posición externada por el Centro de Capacitación y Desarrollo de este Dirección mediante el oficio CCD-322-2008 de fecha 24 de junio del 2008, dirigido al Auditor General del Consejo técnico de Aviación Civil, por medio del cual se indicó al respecto:

> *"La posibilidad de financiamiento con fondos públicos de una beca para que un funcionario público reciba un programa de capacitación o formación es totalmente factible, siempre que se cumpla lo siguiente:*
>
> - *Que se haya detectado la necesidad dentro de un plan de capacitación o desarrollo del personal y responda a una estrategia institucional orientada a mejorar los servicios públicos que tienen bajo responsabilidad.*
> - *Que el costo o inversión pública esté debidamente justificada en razón de los beneficios que se persiguen con el plan.*
> - *Que exista un procedimiento racional y transparente para otorgar los beneficios, con información para los posibles interesados, que se permita la participación y hayan criterios de escogencia basados en la necesidad institucional, en la trayectoria y mérito de los participantes.*
>
> *En el caso que usted nos plantea, parece que no se cumplen algunos de los supuestos citados, pues la justificación que se hace para la solicitud es insuficiente, la formación de un funcionario debe responder a una necesidad institucional y la motivación no es razón suficiente, por ello faltan elementos para establecer como*

prioridad la necesidad de formación de esta servidora y no se observa un método o criterio para la escogencia."

En virtud de lo anterior, arribamos a la conclusión de que en el marco de la Ley 3009 y su Reglamento, el adiestramiento o la capacitación de un servidor debe estar orientada en primer término a adquirir conocimientos para el desempeño adecuado del puesto y en segundo término, no se puede considerar para efectos de capacitación o adiestramiento, la asistencia regular a cursos para adquirir un pregrado o grado académico.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORIA JURIDICA

Cc. Fabio Flores Rojas
Director Ejecutivo CECADES

AJ-387-2008
9 de julio de 2008

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

Estimado señor:

Con la aprobación de la Directora de esta Asesoría Jurídica, se analiza la procedencia de presentar proyecto de Decreto Ejecutivo tendiente a modificar las reglas estipuladas para los traslados por excepción aplicables al personal docente (Título II del Estatuto de Servicio Civil), esto considerando el oficio CD-317-2008 de fecha 5 de junio del 2008 que el Licenciado Leonel Obando Obando le enviara a su persona.

Previo a entrar de lleno en dicho estudio, resulta conveniente señalar que la duda planteada nace a raíz del informe AC-013-2008, que realizara el Departamento de Auditoria de Recursos Humanos de la Dirección General de Servicio Civil, y de las acotaciones realizadas por el señor Leonel Obando O., Director del Área de Carrera Docente de la misma Dirección, en torno a un caso en el que a una servidora docente se le realizaron varios traslados por excepción en años consecutivos, concluyéndose en ambos escritos, aunque de manera distinta, que no existe un marco normativo que regule de modo amplío la materia de los traslados por excepción.

Al respecto resulta conveniente recordar que estos traslados si bien nacen como un medio excepcional al sistema tradicional de traslados, ascensos o descensos de los servidores docentes, se ha transformado en la praxis en un método alternativo para el nombramientos de dichos funcionarios, pues las normas que determinan su aplicación, sean los artículos 83 inciso c) y 101 del Estatuto de Servicio Civil, 59 del Reglamento de la Carrera Docente (Decreto Ejecutivo Nº 2235-EP de febrero de 1972) y 2 del Manual de

Procedimientos para Administrar el Personal Docente (Decreto Ejecutivo Nº 12915-EP de septiembre de 1981), establecen a grandes rasgos que en los casos en los que se encuentre una plaza vacante, las mismas podrán ser llenadas mediante el sistema de traslado por excepción siempre y cuando se compruebe la existencia de alguna de las circunstancias necesarias para su aplicación (reajuste, enfermedad o causa mayor, solución de situaciones conflictivas).

Ahora bien, se acusa que las normas citadas no resultan suficientes para regular de manera eficiente el fondo y los métodos de aplicación de esta figura, pues en el caso *supra* citado parecen existir incongruencias resultantes de carencias normativas, las cuales, en aras de evitar la trascripción completa de los análisis ya realizados, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

a) Las normas no especifican plazo o período alguno que deba darse entre los traslados de este tipo;

b) No existen políticas o normas que dirijan los procedimientos a seguir para gestionar los traslados por excepción, sea su aplicación a un caso concreto, o la determinación de cómo dar prioridad entre varios servidores que se encuentren en situaciones análogas, razón por la cual su tratamiento se basa en consideraciones subjetivas de los servidores encargados de aplicar las normas;

c) No existe una política de orden, o manejo de los documentos relacionados a los traslados por excepción.

Siendo así las cosas, resulta conveniente estudiar de manera separa cada una de las supuestas insuficiencias señaladas, para poder determinar de manera concreta la necesidad, en caso de que la hubiere, de modificar las normas citadas.

En primer lugar, respecto a la carencia de plazos que deben existir entre los traslados de este tipo, debe aclararse que si bien es cierto el artículo 59 del Reglamento de la Carrera Docente establece

un plazo mínimo de un año para que opere el traslado, lo hace únicamente para los casos contemplados en su inciso a (reajuste), los demás casos (enfermedad, situaciones conflictivas) funcionan sin sujeción alguna a plazos.

Esta situación, a criterio de esta Asesoría Jurídica, no amerita ser modificada, pues su planteamiento resulta correcto, ya que tanto los casos de enfermedad, como de conflictos internos o públicos, resultan por demás cuestiones de caso fortuito o fuerza mayor, es decir su aparición se torna irresistible, imprevisible y exterior al deseo del funcionario docente, razón por la cual el momento en que se deben aplicar los traslados por excepción también se torna imprevisible para la Administración.

A manera de ejemplo puede verse el caso de un servidor al que se le diagnostica problemas de la piel debido al clima cálido donde labora, razón por la cual se le traslada a un centro de trabajo donde el clima sea frío y húmedo, siendo que tales condiciones le causan constantes ataques de asma que ameritan intervención médica, y en ocasiones incapacidades.

En un ejemplo como el citado, no es posible atar la aplicación de un nuevo traslado por excepción al trascurso de un plazo determinado pues se violentaría abiertamente el derecho a la salud (constitucionalmente reconocido) del servidor, a la vez que se desvirtuaría totalmente el fin último de dichos traslados, situación que igualmente se daría en los casos estipulados en el inciso d) del numeral 59 citado, o en situaciones compuestas, razón por la cual se reafirma que no es conveniente, ni constitucionalmente procedente modificar el texto normativo para establecer plazos de espera para la aplicación de dichos traslados.

Respecto al segundo punto, en torno a que no existen políticas o normas que dirijan los procedimientos a seguir para gestionar los traslados por excepción, sea su aplicación a un caso concreto, o la determinación de cómo dar prioridad entre varios servidores que se encuentren en situaciones análogas, aplicando generalmente

consideraciones subjetivas, debe señalarse que esta Asesoría Jurídica indicó mediante oficio AJ-217-2008 que:

"...Ahora bien, entrando a la segunda de las consultas realizadas debe señalarse que respecto a la situación en la que se encontrarían dos o más candidatos cuando coinciden con las mismas preferencias de centros educativos, no existe norma alguna que estipule algún tipo de orden descendente en el que deben realizarse los traslados, lo cual implica la existencia de cierto grado de discrecionalidad a favor de la administración de realizar dicha elección, y se dice "cierto grado" en el tanto la determinación aludida no responde únicamente a la voluntad de la administración, sino a otros elementos que deben estudiarse en aras de establecer cuál de las solicitudes priva sobre las demás así como los motivos que llevan a tomar dicha decisión..."

La afirmación realizada en ese momento es ahora confirmada, pues es claro que las normas que rigen la figura en estudio no pueden establecer una lista de preferencias de las misma manera en que se establecería una lista de elegibles, es decir en orden descendente y preferente, pues resultaría ilegal e incluso inhumano determinar de manera previa y sin dictamen médico alguno, que el servidor que padezca "x" tipo de enfermedad tiene preferencia sobre el que padece de "y" enfermedad, razón por la esta tarea se deja de manera abierta a la discrecionalidad[18] de los servidores encargados de tomar las decisiones pertinentes.

Ahora bien, debe dejarse claro que el hecho de que la norma deje gran parte de las actuaciones y apreciaciones tendientes a la aplicación de los traslados por excepción de manera discrecional a la Administración Activa, no implica necesariamente una carencia que debe ser suplida mediante reforma alguna, pues no son pocas las ocasiones en las que se le ha otorgado a la administración poderes discrecionales como los que hoy se impugnan, mismos que han sido avalados (siempre que se ejerciten correctamente) por los órganos contralores de legalidad e incluso de constitucionalidad. Así por ejemplo la Sala Constitucional señaló respecto al poder discrecional de nombramiento de personal docente (situación similar a la expuesta

[18] La cual es mal llamada "criterios subjetivos" por los estudios previamente realizados y que sirven de base para el presente, pues como se dirá la discrecionalidad debe estar fundamentada.

si se toma en cuenta que los traslados de cita han sido utilizados como medios de nombramiento tal y como se expuso *supra)* que:

"una de las potestades discrecionales de la Administración es la de efectuar los nombramientos de los funcionarios idóneos, de acuerdo con las necesidades del servicio público, lo cierto es que ese poder, como toda discrecionalidad reconocida en un Estado de Derecho, es un compuesto de elementos legalmente determinados y 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 cuente con razones justificativas, objetivas y consistentes". **Resolución Nº 2001-05708.**

Con base en lo expuesto por el órgano contralor de constitucionalidad, no cabe duda que las actuaciones discrecionales son del todo permitidas en nuestro Estado de Derecho, sin embargo, cabe advertir que si lo que se busca es reformar las normas ya indicadas para crear pautas básicas para aplicar esta discrecionalidad, las mismas ya existen en nuestro ordenamiento, específicamente en varios artículos de la Ley General de la Administración Pública (Ley Nº 6627, del 2 de mayo de 1978), de entre los cuales destacan:

*"**Artículo 15.-***

1. La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable...

Artículo 16.-

1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.

2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.

Artículo 17.- *La discrecionalidad estará limitada por los derechos del particular frente a ella, salvo texto legal en contrario.*

Artículo 160.- *El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso.*

Artículo 216.-

1. La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél."

Estas reglas no deben ser extrañas a las decisiones que se tomen en los traslados por excepción, pues en virtud del principio de la plenitud hermética jurídica[19], y lo dispuesto por la ley 6627, las mismas deben ser de aplicación obligatoria en cualquiera de los actos que se dicten como reflejo de la potestad discrecional de la administración, pues tal y como indicara la Procuraduría General de la Republica en el Dictamen C-287-2005:

"...si bien es cierto que la discrecionalidad implica un margen de libertad para apreciar, analizar, valorar y decidir cuál solución es la más idónea para salvaguardar el interés público, debemos ser enfáticos en advertir que su ejercicio no está disociado del ordenamiento jurídico vigente, pues más bien, éste es el que le impone límites o parámetros que no sólo están relacionados con los elementos reglados de esa potestad (de carácter formal), sino con aspectos sustanciales o de fondo, en que los derechos fundamentales, los principios generales del derecho, los conceptos jurídicos indeterminados y las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, tienen una importancia trascendental (artículos 5, 14, 15 b), 16, 17, 133.2, 160 y 216.1 de la Ley General de la Administración Pública); de ahí que, consecuentemente con esas limitaciones, el artículo 160 del cuerpo normativo aludido, expresamente señala que el acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de la lógica, de la justicia o de la conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso..."

[19] Cuando se habla de plenitud hermética de orden jurídico quiere expresarse, a grandes rasgos y a lo que el caso importa, que no hay situación alguna que no pueda ser resuelta jurídicamente, aplicando el ordenamiento jurídico como un todo y no como cada una de las normas que lo componen.

Siendo esto así, puede señalarse que el hecho que los traslados por excepción se den sin justificar plenamente las razones de su proceder, o que en caso de que existan varios funcionarios se elija a uno en detrimento del otro sin que se fundamente de manera total o parcial el porqué de dicha elección, no se debe a la falta de normas que regulen esta situación, sino a una tarea deficiente de los funcionarios a los que se les ha encargado, pues las normas si bien no están expresamente estipuladas en el apartado de traslados por excepción, existen. A esto debe sumarse el hecho de que el patrón a seguir en estos casos no recae únicamente en lo que las normas escritas indiquen, pues las fuentes del derecho administrativo van más allá de lo estrictamente escrito, según lo indican los artículos 7 y 8 de la Ley General de la Administración Pública:

*"**Artículo 7º.-***

1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia[20] y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.

2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior.

***Artículo 8º.-** El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo".*

Por último respecto a que no existe una política de orden, o manejo de los documentos relacionados a los traslados por excepción, lo cual ameritaría una reforma tendiente a evitar problemas como el señalado, debe señalarse que el artículo 56 del Estatuto de Servicio Civil indica claramente que:

[20] Sobretodo tómese en consideración las innumerables sentencias vertidas por la Sala Constitucional respecto a la necesidad de otorgar traslados por motivos de salud o similares, las cuales son de aplicación *erga omnes* para toda la Administración Pública.

"Es obligación del Ministerio de Educación Pública y derecho del educador, velar porque se mantenga al día el expediente personal de servicio. No obstante, el servidor deberá aportar aquellos documentos que, con posterioridad a la apertura del expediente, puedan favorecer, de algún modo, su situación profesional." (El destacado es propio).

No puede dudarse que entre los documentos que deben rolar en dicho expediente deben encontrarse aquellos que han servido de fundamento para realizar traslados por excepción, de ahí que tampoco sea necesario realizar modificación en este sentido.

Siendo así las cosas, es criterio de esta Asesoría Jurídica que no resulta necesario realizar modificaciones o adiciones a las reglas que regulan a los traslados por excepción, ya que si bien éstas no son amplias, deben ser completadas con las otras leyes y fuentes de derecho aplicables en el ordenamiento jurídico administrativo, pues el poco tino que se haya tenido en la interpretación y aplicación hermenéutica de normas no puede ser solucionada con más normas[21], sino con la implementación de políticas a lo interno del Ministerio de Educación Pública que permitan unificar criterios de aplicación, acompañado de una correcta capacitación sobre el tema para con los funcionarios encargados de aplicar las normas.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

---

[21] En este sentido valga rescatar las palabras del autor político español Saavedra Fajardo quien indica: *"...La abundancia de leyes y disposiciones legales, realizada sin duda con la intención de hacer más justa y mejor a la sociedad, puede estar produciendo un efecto contrario al deseado. Muchas leyes muy cambiantes hacen que en algún momento todo ciudadano esté fuera de la ley. Y eso produce desprecio a la ley misma, por no mencionar confusiones, pérdidas de tiempo y mal uso de recursos..."* extracto disponible en la dirección electrónica *www.contrapeso.info/articulo-6-1129-22.html*

AJ-402-2008
11 de julio de 2008

Licenciado
Omar Rodríguez Rodríguez
Director General a.i.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su oficio DG-413-2008 de fecha 08 de julio de 2008, en relación con el oficio de esta Asesoría Jurídica número AJ-367-2008, mediante el cual se analizó Proyecto de Oficio Circular denominado "Procedimiento para la aplicación del artículo 39 del Reglamento de la Carrera Docente", propuesto por el Área de Carrera Docente y remitido por oficio CD-311-2008.

En su oficio, se realiza la consulta respecto de dos inquietudes, que de seguido se detallan y se procede a su correspondiente atención.

> *"1. En la revisión de fondo del asunto, se detectó algún roce jurídico entre el procedimiento propuesto y lo normado al respecto."*

Para responder a esta primera interrogante, debe reiterarse que el fundamento jurídico que respalda el procedimiento propuesto se encuentra en el artículo 39 del Decreto Ejecutivo No. 2235 del 14 de febrero de 1972, Reglamento de la Carrera Docente, tal como se transcribió en el oficio AJ-413-2008 citado supra.

De manera tal que el único parámetro de contrastación entre el procedimiento propuesto y lo normado al respecto, precisamente resulta de la congruencia del mismo con el artículo 39 supra indicado.

En otras palabras, el artículo 39 lo que contiene es la atribución de la competencia para que la Dirección General de Servicio Civil, en uso de sus competencias y de manera discrecional, establezca el

procedimiento que técnicamente se ajuste al cumplimiento del fin ahí establecido.

De ahí que la norma es amplia en cuanto a la forma en que la Dirección General de Servicio Civil pueda determinar la existencia o no de inopia o reclutamiento insuficiente. Utilizando metafóricamente el lenguaje, podría decirse que el artículo 39 autoriza a la Dirección General de Servicio Civil para que "autosoberanamente" defina el procedimiento que a su discreción sea el más conveniente.

Salvo por las observaciones efectuadas mediante el oficio AJ-367-2008, esta Asesoría Jurídica no encontró desajuste, incongruencia o incoherencia alguna entre el procedimiento propuesto y el bloque de legalidad que rige la actuación administrativa con respecto al caso particular.

> *"2. Es correcto que este tipo de procedimiento se emita vía Oficio Circular o lo procedente es a través de una resolución."*

Para atender a esta segunda interrogante, habría que señalar que la emisión normativa en la Dirección General de Servicio Civil no tiene una tipología preestablecida o que se encuentre regulada por alguna jerarquía o graduación específica.

En el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, que define la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, no se hace referencia a la categoría de "Oficio Circular" ó "Resolución" y más bien, pareciera que ambas denominaciones se encuentran contenidas en el inciso f) del numeral 1) de ese artículo, que señala:

> "*Artículo 6º.-*
> *1. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden:*
> *…*
> *f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas.*"

De manera tal que a la luz del inciso f) supra transcrito, la diferenciación de la denominación "Oficio Circular" ó "Resolución" en normas emitidas por la Dirección General de Servicio Civil no provienen de la jerarquía de la norma.

Según se ha podido consultar brevemente, la diferenciación proviene de la competencia del órgano que emite el acto administrativo. Así, quien tiene la competencia para emitir "Resoluciones" es el Director General de Servicio Civil, pero no otros funcionarios de jerarquía inferior en la organización.

La forma de "Oficio Circular" está relacionada con la actividad de las diferentes unidades administrativas y por esa razón, la competencia para su suscripción reside en el Director o Jefe de cada una de ellas, obviamente contemplando que el Director General también puede utilizar esa forma en los asuntos que sean de su competencia.

La definición de cuál forma administrativa usar básicamente se ha dejado a la costumbre administrativa y la interacción entre esas formas podría ilustrar un problema de competencias interorgánicas y los límites entre ellas.
La decisión sobre cuál forma administrativa a usar en el caso concreto, sea el "Oficio Circular" o la "Resolución", corresponde con una decisión de oportunidad y conveniencia de la Dirección General de Servicio Civil, el análisis de la competencia del órgano que emita la norma y la trascendencia técnica y política que ella signifique.

En espera de haber aclarado sus inquietudes, atentamente,

Original firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-410-2008
15 de julio del 2008

Licenciado
Manuel Fernando Solano Rojas
Director del Colegio Técnico y Profesional
Fortuna, San Carlos

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio CTPF-169-08, de fecha 08 de mayo del 2008, recibido por medio de fax el 08 de julio del presente año, y por medio del cual solicita pronunciamiento jurídico respecto de los siguientes aspectos:

> *"Me apersono ante su Autoridad, con el objetivo de obtener el pronunciamiento –técnico/jurídico- amplio y suficiente, sobre la interpretación de los artículos Nº 151.- al artículo Nº 164.- de la Ley de la Carrera Docente, en relación con las instrucciones de la nota titulada "Evaluación y calificación de servicios del personal docente", misma que en el punto Nº 2 establece lo siguiente:*
>
> *Cuando el servidor hubiera laborado menos de cuatro meses, el jefe inmediato deberá extender una constancia del tiempo servido, por triplicado, señalando la labor desempeñada como buena o insuficiente. Cuando hubiere laborado con varios jefes durante el año, la calificación la hará el jefe con que estuviere trabajando, quien todo caso deberá tomar en cuenta el criterio del jefe o de los últimos jefes anteriores. (El realce y cursiva, no son del original)*
>
> *Lo anterior, por cuanto considero que existe una grave contradicción – en el tanto y cuanto-: si un servidor (a) labora cuatro meses o más; la norma establece que el jefe inmediato debe evaluar su desempeño –en la nota- "Evaluación y calificación de servicios del personal docente", pero, si el servidor (a) labora*

menos de los cuatro meses (continua o alterna), el jefe inmediato debe extender la constancia de tiempo –señalando- la labor desempeñada como buena o insuficiente (Artículo Nº 154.- Ley de Carrera Docente); mientras que –si ha trabajado por ocho meses (más o menos) consecutivos o alternos- y es trasladado a otro centro educativo (por cualquier motivo), en donde- con costos- alcanza trabajar los cuatro, o, menos meses (continuos o alternos) en la nueva institución; debe el superior inmediato de turno, proceder a evaluarlo (a) / calificarlo (a), haciendo uso del instrumento titulado : "Evaluación y calificación de servicios del personal docente", tomando el criterio del jefe anterior (con quien trabajó los 08.- meses); esto, por la instrucción Nº 02.- de la fórmula "Evaluación y calificación de servicios del personal docente".

Así pues, considero que la observación o nota Nº 02.- arriba trascrita, parece ser contraria a lo que establecen los artículo Nº 151.- al artículo Nº 164.- de la Ley de la Carrera Docente, y actuar de la manera que establece la citada instrucción Nº 2.-, es quebrantar lo dispuesto en el artículo Nº 154.- Ley de la Carrera Docente, conforme- con la armonía de lo establecido en el artículo Nº 92, -de la ley de la Carrera Docente, el artículo 51.- del Estatuto de Servicio Civil, el artículo Nº 80.- de si Reglamente (sic) y el artículo Nº 452.- del Código de Trabajo, es factible la aplicación supletoriamente del Código Civil (CC), Ley General de la Administración Pública (LGAP), esto, siempre que no exista norma expresa dentro de la normativa estutaria, es factible la aplicación analógicamente de la normativa Civil y del C.C., carece de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior, de ahí que la instrucción Nº 02.- de marras, resulta absolutamente nula por contravenir el artículo Nº 154.- Ley de Carrera Docente.

***Finalmente, mucho le agradeceré una expedita respuesta al apartado postal Nº 113-4400.- Ciudad Quesada**. Aunado a ello, ofrezco mi número de teléfono portátil, para cualquier asunto adicional y/o de suma urgencia; a saber: 8372-52-75."*

Sobre el particular hacemos de su conocimiento que en el Título Segundo del Estatuto de Servicio Civil, se estableció la Ley de Carrera Docente, y en particular el capítulo VIII, denominado De la Evaluación y Calificación de Servicios, regula todo lo concerniente a estos aspectos, respecto de los funcionarios comprendidos bajo el título en mención.
Es a partir de los artículos del 151 al 164, de la Ley de Carrera Docente que dan origen a las pautas para la aplicación de los instrumentos de la Evaluación y Calificación de servicios de los servidores docentes, numerales que al efecto disponen:

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

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

Artículo 153.- La evaluación y calificación deberá hacerse durante la primera quincena del mes de noviembre de cada año, por el jefe inmediato del servidor. Se harán en original y tres copias; el primero corresponde al Departamento de Personal del Ministerio de Educación Pública; las copias se destinarán: una a la Dirección General de Servicio Civil, otra al servidor u la última al archivo de la Institución Media o Superior, Dirección Provincial de Escuelas, oficina o departamento en que trabaja el interesado. La distribución de las copias deberá hacerla el superior del jefe inmediato, a más tardar el 30 de noviembre de cada año.

Artículo 154.- La evaluación y calificación de servicios deberán darse a los funcionarios, regulares o interinos que durante el año escolar realicen trabajos en una misma institución, dirección provincial, oficial o departamento, por espacio de cuatro meses como mínimo, en forma continua o alterna. ***En caso de trabajo menor de 4 meses, el jefe inmediato deberá extender, por triplicado, constancia del tiempo***

***servido, con aprobación de la labor desempeñada por el servidor, bajo los conceptos de Buena o Insuficiente**. El original lo enviará al Departamento de Personal del Ministerio de Educación Pública y las copias serán; una para el servidor y otra para la respectiva institución u oficina.*

Artículo 156.- El resultado de la calificación se dará en orden de mérito conforme a los siguientes conceptos: Excelente, Muy Bueno, Bueno, Insuficiente e Inaceptable.

Artículo 157.- Enterado el servidor de su evaluación y calificación de servicios por el jefe inmediato, si hubiere disconformidad, podrá dejar constancia de ello en el acto de firmar el documento, o manifestarlo por escrito, en el término del día hábil siguiente. En tal caso, el jefe concederá entrevista al servidor dentro del tercero día; con base en ésta, hará la ratificación o enmienda que estimare procedente, y la consignará en el mismo documento. El superior del jefe inmediato confirmará la calificación o hará las modificaciones que estime pertinentes, dentro del término indicado en el artículo 153 anterior.

Artículo 158.- El procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 157 no será aplicable a los servidores que, por alguna circunstancia, no pudieren ser habidos en el período de la evaluación y calificación de servicios; en este caso los interesados gozarán del derecho que establece el artículo siguiente.

Artículo 163.- Si se presentare la situación comprendida en el artículo anterior, sin que el servidor haya usado del recurso que le confiere el artículo 94 de esta ley, o declarado sin lugar dicho recurso, al Director del Departamento de Personal del Ministerio de Educación Pública deberá promover las diligencias tendientes al despido del servidor.

Artículo 164.- Las disposiciones de este capítulo no serán aplicables a los servidores que fueren despedidos durante el período de prueba."

Ahora bien en lo que interesa a la consulta, debemos señalar que prevalecen las regulaciones de la Ley de Carrera Docente, sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía, como ocurre en el presente asunto, donde se cuestiona la regulación contenida en el "Manual de Evaluación y Calificación de servicios del personal docente", ya que

ésta esa una norma de rango menor al Estatuto por lo tanto en caso de que aquella norma entre en contradicción con la citada ley, la misma debe ceder ante norma de superior importancia, lo anterior en virtud del principio conocido en el ámbito del Derecho Administrativo, como de "Jerarquía de las normas" establecido en el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, norma que dispone al efecto:

"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."

De igual forma, tal y como se desprende del artículo 154 del Estatuto de Servicio Civil, en caso de que lo servidores docentes hayan prestado sus servicios por un plazo inferior o menor a los cuatro meses, corresponderá al jefe inmediato extender, por triplicado una constancia del tiempo servido, con indicación de la calificación según sea esta buena o insuficiente, de este modo como se indicó en caso de que otra norma de inferior jerarquía regule de forma distinta esta figura, debería cesar su aplicación por entrar en franca contradicción al mencionado principio.

Finalmente y para aclarar cualquier duda en cuanto a la aplicación de las normas en el ámbito del Régimen de Servicio Civil según sea el título I o el II, de acuerdo al Estatuto de Servicio Civil, en caso de ausencia de regulación debe aplicarse preceptuado por el artículo 51, el cual dispone un elenco descendente de las normas aplicables en estos casos, tal y como al efecto lo dispone el numeral de cita, que literalmente indica:

> *Artículo 51.- 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. Esta ley es de orden público. Quedan derogadas las leyes Nº 90 de 22 de julio de 1948; Nº 269 de 17 de noviembre de 1948; Nº 380 de 15 de febrero de 1949; y Nº 381 de 15 de febrero de 1949, así como las disposiciones del Código de Trabajo o cualesquiera otras legales que se opongan a este Estatuto."*

Atentamente,

P/ Original Firmado (Licda. Dalia Torres Leytón

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORIA JURIDICA

AJ-367-2008
01 de julio de 2008

Máster
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su solicitud de observaciones para el Proyecto de Oficio Circular denominado "Procedimiento para la aplicación del artículo 39 del Reglamento de la Carrera Docente", propuesto por el Área de Carrera Docente y remitido por oficio CD-311-2008.

Para dicho fin, se ha respetado el texto original del proyecto remitido, haciéndose los comentarios y observaciones cuando fueren procedentes, siguiendo el orden del documento, debidamente identificado de esa forma:

OFICIO CIRCULAR
CD-xxx-2008

Para: Director de Recursos Humanos del MEP
Coordinadora del Proceso de Administración de Concursos
Demás funcionarios de Carrera Docente

De: Lic. Leonel Obando Obando
DIRECTOR DE CARRERA DOCENTE

Asunto: Procedimiento para la aplicación del artículo 39 del Reglamento de la Carrera Docente

Fecha: 22 de mayo de 2008

1.- En el primer párrafo, después de Servicio Civil, agregar lo resaltado:

De conformidad con las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico a la Dirección General de Servicio Civil **en el artículo 39 del Reglamento de la Carrera Docente**, y en atención de las disposiciones dictadas …

Debe recordarse que el artículo 39 del Decreto Ejecutivo No. 2235 del 14 de febrero de 1972, Reglamento de la Carrera Docente señala:

> "*Solamente cuando se comprobare la inopia de personal con los requisitos exigidos por el Manual Descriptivo de clases Docentes o haya sido insuficiente el reclutamiento para interinatos en clases administrativo-docentes y técnico-docentes, podrá nombrarse en forma interina candidatos que no reúnan dichos requisitos.*
>
> ***Para los efectos anteriores, la Dirección General de Servicio Civil establecerá los procedimientos y mecanismos técnicos que considere necesarios, y a su juicio, determinará en caso si existe inopia o reclutamiento insuficiente.***"
>
> (Así reformado por el artículo 1º del Decreto Ejecutivo Nº 18280 de 27 de junio de 1988)
>
> (el subrayado y resaltado no es del original)

2.- Para una mejor estructura normativa, se sugiere ordenar el procedimiento utilizando algún método de identificación. Por ejemplo:

Título: "Procedimiento para la aplicación del artículo 39 del Reglamento de la Carrera Docente"

Capítulo Único: "Respecto al trámite en general"

Sección I: "En Puestos Propiamente Docentes"

Sección II: “En Puestos Administrativo Docentes y Técnico Docentes”

Anexo: “Formulario de Solicitud de Declaratoria de Inopia”

3.- Homologar la identificación de la Dirección de Recursos Humanos, pues en los puntos 1, 2 y 4 del aparte “En Puestos Propiamente Docentes” se le menciona de esa forma y en el punto 1 del aparte “En puestos Administrativo Docentes y Técnico Docentes”, se le menciona como Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Educación Pública, pero en el punto 4 de ese aparte, vuelve a utilizar la mención del aparte anterior. Se sugiere utilizar la misma denominación en todo el documento, preferentemente la que sea más completa.

4.- En el punto 2 del aparte “En Puestos Propiamente Docentes,” se sugiere mejorar la redacción final del párrafo así: “… la solicitud de declaratoria de inopia, utilizando como instrumento el formulario anexo que se encuentra al final, que es parte integral del presente oficio circular.” La misma redacción podría utilizarse en el punto 2 del aparte “En Puestos Administrativo Docentes y Técnico Docentes.”

5.- Surge una duda de carácter técnico más que jurídico, pero se menciona a fin de que eventualmente, se pueda aclarar para evitar confusiones. El punto 4 de los dos apartes refiere a la actualización de registros por parte del Área de Carrera Docente. Pero si se trata de un nombramiento por inopia, que es en condición de interino, debe especificarse cuál es el registro que se actualizará, si es que hay algún registro para tales efectos. Porque así como está redactada la norma, pareciera que se trata de la actualización del mismo registro que debió consultarse en forma previa al planteamiento de la solicitud de inopia, que en caso de ser así, resultaría improcedente mezclar postulantes que cumplen requisitos e integran el registro, con postulantes que no cumplen requisitos y llegan por el procedimiento de inopia a integrar ese mismo registro.

6.- En el segundo aparte “En puestos Administrativo Docentes y Técnico Docentes”, se sugiere eliminar la transcripción del artículo 12 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y en su lugar utilizar un

párrafo de introducción, tal como se hizo en el primer aparte. Por ejemplo, se podría utilizar lo siguiente: "De conformidad con el artículo 12 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, según el cual la presentación del pedimento de personal correspondiente debe ser previa y la persona a nombrar se encuentra sujeta al cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 9 de ese Reglamento y los requisitos que establezca el Manual General de Clasificación de Clases, el procedimiento a seguir será el siguiente:"

7.- En el punto 2 del aparte "En puestos Administrativo Docentes y Técnico Docentes", se enlistaron una serie de documentos y en el último documento, una lista de información. Para mayor orden y claridad, se sugiere identificarlo. Por ejemplo, utilizar letras minúsculas para los cinco documentos que se mencionan (a, b, c, d, e) e incisos para el la información de justificación (i, ii, iii)

Atentamente,

Original firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-456-2008
04 de agosto de 2008

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 analizar la situación apuntada en el oficio CD-376-2008 suscrito por el señor Leonel Obando O. en su calidad de Director del Área de Carrera Docente, situación que también fuera plasmada en el informe AC-015-2008 del Área de Auditoria y Control de Recursos Humanos de esta Dirección General, de igual manera se estudia la eventual necesidad de reformar el artículo 45 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Entrando de lleno en lo requerido hay que indicar que el primero de los puntos a analizar nace por la denuncia que se interpusiera para investigar el por qué a una funcionaria docente se le había nombrado mediante ascenso sin haber participado en concurso público.

En este sentido, y para lo que a efecto interesa, el informe del Área de Auditoria ya señalado indicó que la funcionaria investigada ocupaba el puesto de Director de Enseñanza Preescolar 1, desde el cual se le promovió a Director de Enseñanza Preescolar 2, señalándose además que existió una inconsistencia en la aplicación de normas al caso concreto, pues las reglas que debieron utilizarse son las estipuladas por el Título II del Estatuto de Servicio Civil (Ley de Carrera Docente) y no las dispuestas para los servidores del Título I.

Al respecto cabe indicar que si bien los servidores cubiertos por el Título II del citado Estatuto son a grandes rasgos servidores docentes, éstos se dividen a su vez en varios estratos, los cuales

según se desprende del artículo 2 del Reglamento a la Ley de Carrera Docente (Decreto Ejecutivo N° 2235-EP de Febrero de1972), son:

a) Los propiamente docentes;

b) Los administrativo-docentes;

c) Los técnico-docentes.

Sin entrar a analizar a fondo las diferencias existentes entre estos estratos, vale simplemente indicar que el tratamiento normativo que se les da a cada uno de ellos es, en ocasiones, diferente, así por ejemplo en lo que a movimientos de personal en general se refiere, el artículo 99 de la Ley de Carrera Docente señala que:

"Artículo 99- Los traslados, ascensos, descensos y permutas de los servidores docentes que impartan lecciones en cualquier nivel de la enseñanza, podrán acordarse a solicitud de los interesados o por disposición del Ministerio de Educación Pública, de conformidad con lo que establece este Capítulo. Al personal que cumple funciones técnico docentes y administrativo-docentes, le serán aplicables las disposiciones del Título Primero de este Estatuto y su Reglamento, en cuanto a ascensos, descensos, traslados o permutas." El destacado es propio.

Debe aclararse en este punto que ni la Ley de Carrera Docente ni su Reglamento señalan cuales puestos componen cada uno de los estratos indicados, tarea que es realizada por el "Manual Descriptivo de Puestos Docentes" emitido por la Dirección General de Servicio Civil, el cual en su apartado *"Clases de puestos que contiene el Manual"* indica en lo conducente que:

"Este Manual abarca los puestos del Título II del Estatuto de Servicio Civil, los cuales se agrupan en tres estratos: DOCENTES, TÉCNICO -DOCENTES Y ADMINISTRATIVO -DOCENTES.

Los puestos propiamente docentes son aquellos que fundamentalmente están destinados a impartir lecciones en cualesquiera de los niveles de la enseñanza. Para ubicarlos existen en el Manual 15 clases de puestos…

D-003 Director de Enseñanza Preescolar I…

Se ubican como administrativo -docentes, los puestos en donde se realizan primordialmente labores de planeamiento, coordinación, dirección, supervisión y otras de índole administrativa, relacionadas con el proceso educativo. Contiene el Manual 32 clases de puestos administrativos docentes...

D-004 Director de Enseñanza Preescolar 2"

Así las cosas, no cabe duda que los ascensos a los servidores que ocupen el puesto de Director de Enseñanza de Preescolar 1 deben ser realizados con las reglas estipuladas en la Ley de Carrera Docente, mientras que los que se efectúen a los servidores que ocupen el puesto de Director de Enseñanza de Preescolar 2 han de seguir las disposiciones hechas para el personal administrativo del Título Primero.

En este sentido esta Asesoría Jurídica discrepa respetuosamente de la conclusión a la que llega el Área de Carrera Docente, en primer lugar porque lo importante para la determinación de las reglas a aplicar según lo estipulado en el numeral 99 ya citado, no es el puesto hacia el que se va a hacer el ascenso, sino el puesto que se está actualmente ocupando y desde el cual se va a hacer éste, y en segundo lugar porque no existe posibilidad jurídica de utilizar, para estos fines, las reglas del Título Primero en los servidores docentes, ni siquiera de manera supletoria.

Y es que la utilización de normas supletorias debe darse únicamente en aquellos casos excepcionales en los que la regla llamada a ser aplicada en primer lugar sea oscura o del todo inexistente[22], situación que no es la del presente caso, pues existen

[22] Véase que por ejemplo para el autor Guillermo Cabanellas la norma supletoria debe entenderse como: *"la que por expresa disposición suya, o por precepto de un texto especial, rige las materias*

suficientes fuentes normativas para establecer de manera clara el proceder de la Administración Pública, entre ellas el numeral 99 ya citado, el 56 y 57 del Reglamento de la Carrera Docente, y el artículo 3 del Manual de Procedimientos para Administrar el Personal Docente (Decreto Ejecutivo Nº 12915-E-P del 31de agosto de 1981), normas que indican que:

"Artículo 56.- Los ascensos, descensos, traslados y permutas de los servidores propiamente docentes, podrán acordarse a solicitud de los interesados o bien por disposición del Ministerio, de conformidad con lo que establece el Capítulo VI del Título Segundo del Estatuto y las presentes normas reglamentarias.

Al personal que desempeña funciones técnico-docentes y administrativo-docentes, le serán aplicables las normas que sobre el particular contiene el Título Primero del Estatuto y su respectivo Reglamento.

Artículo 57.- Los profesores que deseen trasladarse, ascender o descender, podrán participar en los concursos que se realicen para llenar plazas vacantes en cualquier nivel de la enseñanza. Para ello deben cumplir con los trámites que el Estatuto señala para la selección y nombramiento del personal propiamente docente, en concordancia con las normas de los artículo 5º, incisos c) y d), 31 inciso 3), 32 y 33 del presente Reglamento.

Artículo 3º—El nombramiento, los traslados, ascensos, descensos y permutas del personal que cumpla labores técnico docentes o administrativo-docentes, serán regulados por las disposiciones contenidas en el Título I del Estatuto de Servicio Civil y su correspondiente reglamento. Cuando dichos movimientos se refieran al personal propiamente docente, se aplicará lo dispuesto por el artículo 114 del Estatuto Servicio Civil

no reguladas o previstas por este" CABANELLAS, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V; Argentina; Editorial Heliasta; 1994; Pág.167.

y las disposiciones complementarias que al efecto dicte el Departamento Docente de Servicio Civil."

Como puede verse existen normas claras, suficientes y precisas en torno a la manera en que se deben aplicar los ascensos a los distintos estratos que componen la Carrera Docente, de ahí que no sea legalmente posible entremezclar las reglas estipuladas para cada uno de ellos, pues de ser así se estaría incurriendo en una práctica *contra legem*, violentándose abiertamente el principio de legalidad establecido en el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública y su homónimo Constitucional.

Superado este punto resulta procedente realizar una breve acotación en torno a la necesidad de reasignar un puesto docente cuando la matrícula del Centro Educativo ha disminuido. En este sentido, concordamos parcialmente con lo expuesto por el Área de Auditoría y Control en Recursos Humanos, pues si bien es cierto la cantidad de alumnos matriculados en determinado Centro Educativo influye en la clasificación que tenga un puesto docente, la reasignación que de esa modificación de matricula deba darse, no se rige (a excepción de los puestos administrativo docentes y técnico docentes) por las reglas del numeral 111 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (aplicables a puestos del Título I) sino por lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley de Carrera Docente, el cual indica que:

"Artículo 103.- Si en cumplimiento del inciso a) del artículo 101, hubiere imposibilidad de una reubicación en las condiciones que fije el artículo anterior, o no aceptare el servidor la plaza en un lugar, porque perjudique notoriamente su situación y su régimen de vida, ello dará derecho a que se le indemnice, de conformidad con el artículo 37, inciso f) de esta ley. Además, el afectado tendrá derecho, preferente, por tres años, a ocupar cualquier plaza de clase igual a la anterior, que quedare vacante en la localidad de donde fue removido; ello no le impedirá concursar para puestos en otros lugares, siempre que siga el trámite para la selección y nombramiento, que establece el Capítulo V de este Título."

Nótese que si bien los efectos de este descenso o "reasignación docente" son similares a los establecidos en el artículo 111 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, sus reglas son diferentes, pues en este caso la norma no refiere la necesidad de hacer solicitud de reasignación, cumplir con la consolidación de tareas, o período de provisionalidad, atendiendo sobre todo, a la naturaleza del hecho que motivó la reasignación docente, el cual no necesariamente es permanente y sustancial (supuestos de hecho para aplicar la reasignación en el Título I).

Por último, respecto a la necesidad de modificar el artículo 45 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, debe señalarse que esta duda nace del hecho de que las autoridades del Ministerio de Educación Pública no han sido contestes en cumplir con lo dispuesto en la norma, la cual indica que:

"Artículo 45.- Los Ministerios o Instituciones reguladas por el Estatuto de Servicio Civil deberán llevar un expediente personal de cada uno de sus servidores, en el cual se guardarán los documentos relativos a su empleo y constancia de aquellos datos que sirven para mantener un historial de sus servicios lo más exacto posible. Debe entenderse que es a la respectiva institución, al actuar como patrono, a la que le compete la emisión de constancias o certificaciones de tipo laboral que requieran sus empleados.

Llevarán también un prontuario por cada servidor, en el cual se anotarán las calificaciones de servicios, correcciones disciplinarias y los datos más importantes de las respectivas acciones de personal, en orden cronológico.

La Dirección General diseñará las fórmulas básicas e indicará los requisitos mínimos bajo los cuales se confeccionarán y mantendrán los expedientes personales y los prontuarios. El máximo jerarca de la institución dispondrá la forma y procedimiento para cumplir con esta obligación, y cada vez que el servidor se traslade a un puesto de otra dependencia, ordenará

pasar a la respectiva Oficina de Recursos Humanos el expediente personal y su prontuario.

Es responsabilidad exclusiva del servidor aportar los documentos y atestados que permitan la actualización del expediente personal que lleva la respectiva oficina de Recursos, el cual será la base para los distintos trámites." **El subrayado es suplido.**

Queda claro que la redacción de la norma establece como obligación de las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil el llevar un expediente personal y un prontuario de cada uno de sus servidores. Esta obligación queda aún más manifiesta en el caso del Ministerio de Educación Pública, pues el artículo 56 de la Ley de Carrera Docente crea una disposición especial en este sentido, al indicar que:

"Artículo 56.- Es obligación del Ministerio de Educación Pública y derecho del educador, velar porque se mantenga al día el expediente personal de servicio. No obstante, el servidor deberá aportar aquellos documentos que, con posterioridad a la apertura del expediente, puedan favorecer, de algún modo, su situación profesional." **El destacado es del redactor.**

Véase que nuevamente el articulado es claro en señalar que es una obligación de las autoridades del Ministerio de Educación Pública el mantener al día el expediente personal de sus servidores, por lo cual se puede afirmar que no existe carencia normativa que justifique el que las autoridades ministeriales no mantengan actualizados dichos expedientes, lo cual puede deberse probablemente a malas costumbres administrativas, mismas que deben ser resueltas a lo interno del citado Ministerio, pues normas en este sentido sí hay, lo que parece no existir es un apego a las mismas por parte de los servidores llamados a aplicarlas.

Siendo así las cosas, esta Asesoría Jurídica considera que no es necesario reformar las normas ya señaladas, pues de su redacción no

se desprende carencia alguna que justifique las actuaciones u omisiones que se hayan dado en el Ministerio de Educación Pública.

Sin más acotaciones que hacer, se emite así el estudio solicitado.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-618-2008
05 de noviembre de 2008

Licenciado
Leonel Obando O.
Director Carrera Docente
Dirección General de Servicio Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica hacemos de su conocimiento que mediante oficio SI-194-2008 de fecha 2 de noviembre del presente año, el Área de Salarios e Incentivos de esta Sede nos planteó la siguiente consulta:

"..Reciba saludos cordiales, por este medio le solicitamos criterio sobre el reconocimiento de fracciones para efectos de anualidades, de conformidad con lo establecido en el Dictamen C-182-2005 para los puestos propiamente docentes.

La conclusión del citado dictamen señala en los que interesa que: "todo tiempo laborado en cualquier institución del Estado, debe ser considerado a los efectos del pago de aumentos anuales, vacaciones, auxilio de cesantía, pensión o jubilación, y todos aquellos derechos que se adquieren en razón de su antigüedad." (el subrayado no es del original).

La duda tiene relación con el tiempo laborado y la forma de cálculo de los anuales en los puestos docentes y en determinados períodos, para mejor explicación se citan los casos.

Antes de 1999 el curso lectivo docente era de nueve meses, es decir que los nombramiento interinos para todo el curso lectivo se hacían con rige 1 de marzo y vencimiento el 30 de noviembre. Los meses de diciembre, enero y febrero se pagaban novenos (una proporción del tiempo efectivamente laborado dividido entre nueve).

Es decir que no importa los meses laborados estos se dividían entre nueve y ese era el monto que se pagaba en los meses de "vacaciones".

A partir del año 99 los nombramiento por todo el período se hacían por 11 meses, por lo tanto el mes de enero (de vacaciones) se paga lo que ellos llaman onceavo, es decir una proporción del período de nombramiento dividido entre 11.

La pregunta concreta en ambas circunstancias es: Si al funcionario que se le nombraba interinamente por periodos menores a 9 o a 11 meses, según sea el caso, pero que por la mecánica del Ministerio de Educación Pública le pagaban los meses de diciembre, enero y febrero cuando eran novenos o enero cuando se trataba de onceavos, como deben considerarse esos meses para el reconocimiento de anuales.

Esto se agrava con una situación particular del Ministerio de Educación Pública, al hacer los nombramientos se hacían en términos de trabajo efectivo, sin considerar los novenos o los onceavos, así por ejemplo, para el caso de los novenos, si a un funcionario se le nombraba del 1 de abril al 30 de noviembre, el Ministerio de Educación Pública está considerando tomarle una fracción de ocho meses para el cálculo actual de anualidades, sin embargo, al que se le nombraba del 01 de marzo al 30 de noviembre (nueve meses) si se le considera todo el curso lectivo y por lo tanto toda la anualidad.

Con todo esa explicación necesitamos el criterio jurídico de como deben considerarse o tomarse los períodos menores al curso lectivo para el cálculo de fracciones en el sector docente, cuando se laboraba con novenos y como debe tomarse cuando se laboraba con onceavos, partiendo del hecho de que no importa el tiempo laborado, en los meses no laborados o de vacaciones todos ellos recibían una proporción sobre ese tiempo laborado es decir que recibían un pago del Ministerio de Educación Pública el cual nadie contabiliza en las certificaciones de tiempo que se expiden en esa institución..."

Siendo que las particularidades técnicas de la consulta versan sobre materia propia del quehacer del Área a su cargo, esta Asesoría Jurídica solicita su estimable colaboración para que en el término de **TRES DÍAS** nos haga llegar el aporte que al respecto le merezca, lo anterior en aras de fortalecer y enriquecer el estudio jurídico solicitado con las importantes acotaciones que desde el punto de vista técnico nos pueda ofrecer su persona.

Agradeciendo de antemano la colaboración brindada, se despide atentamente,

Original firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-639-2008
12 de noviembre del 2008

Licenciada
Ileana Pérez Avila
Directora a.i.
Área de Salarios e Incentivos
Dirección General de Servicio Civil

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a su oficio SI-194-2008 de fecha 3 de noviembre de 2008, en el cual se realizan una serie de consultas relativas al reconocimiento de anualidades al sector interino docente, más específicamente se cuestiona la forma en que deben computarse los períodos de "novenos" y "onceavos" existentes entre los nombramientos en puestos docentes, para el reconocimiento de anualidades.

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.

La consulta, tal y como está planteada, nace de la conjugación de los temas de anualidades y de la forma en la que el personal docente del Ministerio de Educación Pública presta sus servicios, supeditándose, como regla general, al curso lectivo previamente determinado por las autoridades Ministeriales, lo cual ha dado como resultado la inclusión de "novenos" u "onceavos" como pago al lapso

que se encuentra excluido de dicho curso lectivo, de ahí que resulte de mérito hacer un estudio diferenciado y sucinto de ambos temas con miras a enlazar posteriormente sus conclusiones, y así dar respuesta cabal a lo consultado.

Igualmente se indica que no se hará distinción entre el servidor interino y el servidor propietario, pues para los efectos del presente estudio esta diferenciación no resulta trascendente.

Aclarado este punto, debe indicarse que la duda que hoy se expone tiene su génesis en lo que dictaminara la Procuraduría General de la República en su pronunciamiento C-182-2005, en el que concluyó:

"…De conformidad con el inciso d) del artículo 12 de la Ley Número 6835 de 22 de diciembre de 1982, (que es una adición a la Ley de Salarios de la Administración Pública, No. 2166 de 9 de octubre de 1957) así como el reiterado criterio de los Altos Tribunales de Trabajo y de este Órgano Consultor de la Administración Pública, todo tiempo laborado en cualquier institución del Estado, debe ser considerado a los efectos del pago de aumentos anuales..." El destacado no pertenece al original.

Ahora bien, para poder comprender a cabalidad la conclusión recién citada, debe entenderse primero qué es y qué fundamenta una anualidad, ya que de estos elementos se derivan una serie de requisitos y formalidades que deben necesariamente concurrir para que el derecho a su reconocimiento se dé. En este sentido la Procuraduría General de la República ha definido esta figura de la siguiente manera:

"El complemento salarial denominado 'anualidad', es un reconocimiento otorgado por la Administración, cuya finalidad es premiar la experiencia adquirida de sus funcionarios que han permanecido en forma continua prestando sus servicios a ésta. Básicamente, este incentivo es un premio por la antigüedad del funcionario que ha dedicado su esfuerzo, experiencia y conocimiento adquirido en el transcurso de los años para ponerlo

al servicio de un solo patrono, en este caso del Estado y sus instituciones." Dictamen C-242-2005. El destacado es del redactor.

Como puede notarse, la anualidad corresponde a un reconocimiento de tipo económico que la Administración Pública otorga a sus funcionarios, sin embargo este emolumento no se da por el simple hecho del transcurso del tiempo, sino en virtud de la experticia que el servidor acumula a través de los años en los que ha prestado, de manera continua, servicios al Estado, o dicho a *contrario sensu*, como regla general, el plazo en el que no se está prestando servicios no se computa para estos efectos.

Y se indica que la afirmación se realiza "como regla general", pues existen supuestos en los cuales pese a que el servidor no se encuentra prestando efectivamente sus servicios, el plazo necesario para que nazca a la vida el derecho a recibir anualidades sí se computa. Estos supuestos se encuentran enumerados taxativamente en el inciso c) del artículo 12 ya citado, el cual indica en lo atinente que:

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

c) Las vacaciones, la enfermedad justificada, el desempeño temporal de otro puesto público, aunque éste estuviere excluido del Régimen de Servicio Civil (…), no interrumpen el período de un año requerido para el aumento de sueldo." El subrayado es propio.

Teniendo claro los supuestos de excepción mediante los cuales puede computarse el plazo necesario para que se den las anualidades aun y cuando no se esté prestando servicios, puede conocerse ahora la segunda parte de la consulta, relativa a la implementación de "novenos" u "onceavos" en el sector docente.

Señala la consulta que antes del año 1999 el curso lectivo duraba nueve meses, del 1 de marzo al 30 de noviembre, siendo que los meses de diciembre, enero y febrero se pagaban a razón de un "noveno", cifra resultante de la suma del tiempo efectivamente laborado dividido entre nueve (el cual debe representar el número de meses), fórmula que fue variada a partir de ese mismo año al ampliarse la duración del curso lectivo a once meses, pagándose solamente el mes de enero como un "onceavo", lo cual plantea la duda de cómo deben tomarse esos meses para el cómputo del tiempo necesario para el reconocimiento de anualidades.

Dada la especialidad de la materia consultada, y ante la falta de una norma jurídica que permitiera a las autoridades del Ministerio de Educación Pública un actuar como el descrito en la consulta, esta Asesoría Jurídica solicitó, mediante oficio AJ-618-2008 de fecha 5 de noviembre del 2008, criterio al Licenciado Leonel Obando Obando, Director del Área de Carrera Docente de la Dirección General de Servicio Civil, el cual dio respuesta a esta Sede mediante oficio CD-718-2008 de fecha 10 del mismo mes, señalando al respecto que:

"…Si bien en la consulta planteada por el Área de Salarios se hace mención a varias formas en que se aplicaba el reconocimiento de tiempo laborado para efectos de pago, es importante mencionar que eso era antes cuando el curso lectivo era de 9 meses, sea de marzo a noviembre. Hoy los nombramientos que no sean en propiedad se hacen por 12 meses, sea de 01 de febrero a 31 de enero siguiente, así se cubre todo el período y no se requiere del pago de doceavos ni novenos como se aplicaba con anterioridad. Hoy en día tal y como se aplica en el Título I, se reconoce todo el tiempo de servicio, si es inferior al año, se acumula y cuando se cumple el año se aplica el aumento anual, los doceavos y novenos ya son historia, desaparecieron…"

Lo señalado por el señor Obando da cabal respuesta a las situaciones que se dan actualmente y a futuro; sin embargo, queda la duda de cómo se deben computar los "novenos" y los "onceavos" que

se daban con anterioridad, por lo cual aun resulta necesario pronunciarse al respecto.

Tal y como se señaló no se encontró una norma que estipulara claramente la aplicación de dichas fracciones como medio de pago para los meses que se encontraban excluidos del curso lectivo, sin embargo, dicha justificación parece encontrarse cimentada en las reglas existentes para el disfrute y pago de las vacaciones del personal docente, destacándose al caso lo estipulado en los numerales 266 del Código de Educación (Ley Nº 181 del 18 de agosto de 1944), 176 del Estatuto de Servicio Civil (Ley Nº 1581 del 30 de mayo de 1953), y 88 del Reglamento de la Carrera Docente (Decreto Ejecutivo Nº 2235 del 14 de febrero de 1972), normas que indican en lo conducente que:

"Artículo 266.- El curso lectivo se iniciará el primer lunes de marzo y terminará el último sábado de noviembre. El lapso intermedio entre estas dos fechas se tendrá como vacaciones…"

"Artículo 176.- En todos los niveles de la enseñanza, el curso lectivo se iniciará el primer lunes de marzo y terminará el último sábado de noviembre. El lapso comprendido entre el cierre de un curso y la apertura del próximo, se tendrá como vacación para quienes impartan lecciones, excepto en cuanto a labores inherentes a la apertura y cierre del curso, celebración del acto de clausura y la práctica de pruebas de recuperación…"

"Artículo 88.- Se tendrá como vacación, para los servidores propiamente docentes, el lapso comprendido entre el cierre de un curso y la apertura del próximo, excepto en cuanto a la celebración del acto del clausura, la práctica de pruebas de recuperación y demás labores inherentes a la apertura y cierre del curso…" Todos los destacados son suplidos.

Véase que las normas son claras y contestes en estipular un curso lectivo con una duración de nueve meses, señalando a la vez que los tres meses restantes del año debían ser considerados como

tiempo de vacaciones. Siendo esto así, puede afirmarse que el pago de "novenos" se daba como resultado de la aplicación de las reglas establecidas en el artículo 31 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil[23] (Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954) para el cálculo del pago que debe dársele a los servidores en tiempo de vacaciones, pues esta norma indica que:

"***Artículo 31.- Como regla general, la remuneración durante las vacaciones será de acuerdo con el sueldo correspondiente asignado en la Ley de Salarios (o Ley de Presupuesto, en su defecto), vigente a la fecha en que el servidor disfrute del descanso anual.***

No obstante, dicha remuneración se calculará con base en el tiempo de trabajo efectivo y el promedio de los salarios ordinarios y extraordinarios devengados durante las respectivas cincuenta semanas de relación laboral…"

Debido a que el derecho a vacaciones en el ámbito docente no se da de la misma manera que en Título I (relación de dos semanas por cada cincuenta), se utilizó la formula de "novenos" lo cual parece estar acorde con la relación que hace el numeral 31 para determinar el monto a pagar en el período de vacaciones.

Valga mencionar que las bases utilizadas para el cálculo citado sufrió una modificación a partir del año 1999, al aplicarse la obligación adquirida por el Gobierno de Costa Rica como país signatario del Convenio Centroamericano sobre Unificación Básica de la Educación, (aprobado mediante Ley Nº 3726 del 16 de agosto de 1966), de mantener un curso lectivo de mínimo de 200 días, reduciéndose el tiempo de vacaciones a un mes, y correlativamente el cálculo del monto a cancelar en las vacaciones pasó de un "noveno" a un "onceavo". Respecto a este trato diferenciado que da la legislación nacional al régimen de vacaciones del sector docente, la Procuraduría General de la República ha indicado que:

[23] Cuya aplicación supletoria autorizan los artículos 180 del Estatuto de Servicio Civil y 92 del Reglamento de la Carrera Docente.

"…De una lectura atenta de los dos primeros Títulos mencionados, se puede determinar que existen al menos dos grandes grupos de funcionarios regulados por esa normativa estatutaria: los que podrían denominarse administrativos, y los funcionarios docentes (…) es importante acotar que tanto el título I como el II tratan de manera diferente las vacaciones. En el primero, - como se ha manifestado desde el inicio de este estudio - las vacaciones tienen su regulación en el inciso b) del numeral 37 (…)

En cambio en el precitado Título II, se instaura una regulación diferente para los docentes (que de por sí ya existía en el Código de Educación) reflejada en el artículo 176 y en el numeral 88 del Reglamento de la Carrera Docente, que estableció las vacaciones de medio período escolar (que se disfrutan en el mes de julio) y las de fin de año (que originalmente cubrían los meses de diciembre, enero y febrero y actualmente por la implementación de los doscientos días lectivos se restringe al mes de enero de cada año)…" El subrayado es del redactor.

Con lo expuesto no queda más que concluir respecto a este punto, que el lapso que era pagado como "novenos" o de "onceavos" se daba por concepto de vacaciones al personal docente, razón por la cual, y en virtud de lo expuesto en el inciso c) del artículo 12 de la Ley de Salarios *supra* citada[24], debe computarse para el cálculo de las respectivas anualidades.

Con base en esta afirmación se aclara también la situación expuesta respecto a que el servidor que era nombrado los nueve meses del curso lectivo se le reconocía toda la anualidad, y aquel cuyo

[24] Debe aclararse que, como bien indica el señor Leonel Obando en el oficio ya citado, las anualidades nacen como resultado de lo establecido en los numerales 5 y 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública (Ley Nº 2166 del 09 de octubre de 1957), mismos que son posteriormente desarrollados por el Reglamento a dicha Ley (Decreto Ejecutivo Nº 18181-H del 14 de junio de 1988), no existiendo una norma especial para el caso de los docentes.

nombramiento era inferior a este plazo no, pues el supuesto fáctico necesario para que se diera el pago de "novenos" u "onceavos" como tiempo vacacional (y por ende se completara la anualidad), era el haber laborado todo el curso lectivo, en caso de no ser así debía reconocerse el plazo que efectivamente laboró junto con aquel resultante de las vacaciones proporcionales resultantes[25], como fracciones de tiempo para que se procediera a su acumulación[26].

Sin más acotaciones que hacer se emite así el criterio solicitado.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

CC. Lic. Leonel Obando Obando. Director Área de Carrera Docente

[25] Si bien las normas transcritas no hacen mención de un pago o disfrute de vacaciones proporcionales cuando no se cumple el plazo necesario para que nazca a la vida este derecho, ha de afirmarse que el mismo existe por mandato, y aplicación supletoria, de las reglas establecidas tanto en el artículo 57 de la Constitución Política como en los numerales 153 y siguientes de Código de Trabajo.

[26] Respecto a la posibilidad de reconocer fracciones de tiempo en estos efectos véase entre otros el oficio AJ-030-2008 de esta Asesoría Jurídica.

AJ-646-2008
18 de noviembre de 2008

Licenciado
Freddy Quesada Galagarza
Jefe
Departamento de Auditoría de Programas
Ministerio de Educación Pública

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio D.A.I-0820-08 de fecha 07 de noviembre del año 2008, recibido a través del fax 2223-2133, por medio del cual se nos solicita lo siguiente:

"…su valiosa colaboración para que nos indique si existe algún fundamento legal para reasignar un puesto de conserje a oficinista tres, tal es el caso que se presenta en el MEP.

En caso de existir, una norma jurídica favor indicarnos el procedimiento que se debe seguir.

Lo anterior, porque nos mantiene en duda por cuanto los puestos de conserjes no se someten a ninguna prueba por parte del Servicio Civil."

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.

En primer lugar, es necesario considerar que el Capítulo XV de nuestra Carta Magna dispone que un Estatuto de Servicio Civil regulará

las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración (cfr. Artículo 191 de nuestra Constitución Política), lo cual se logra mediante el establecimiento en el Sector Público de un moderno sistema de Recursos Humanos, que asegure el principio de la igualdad de oportunidades que poseen los ciudadanos para optar por un puesto público, sometiéndose a las pruebas, concursos y otras formas técnicas de evaluación que garanticen la idoneidad para el desempeño del cargo al que se aspira (cfr. también artículo 1, 9 y 13 del Estatuto de Servicio Civil).

Es así como cada puesto público corresponde a una clase, cuya especificación describe el conjunto de deberes y responsabilidades que componen cada empleo, de manera que quien sea nombrado para desempeñarlo, conozca de antemano la naturaleza de sus tareas y cumpla con los requisitos mínimos necesarios que para su buen desempeño se exigen.

Ahora bien, en tratándose de ingresos por el Artículo 15 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, si bien establece un sistema particular de acceso a la función pública para puestos que por la naturaleza de sus funciones requieran esencialmente destreza manual, fuerza física o el dominio de un oficio mecánico, con la orientación de esta Dirección General, mediante concursos tramitados directamente por las diversas carteras ministeriales e instituciones donde se produce la plaza vacante, cabe aclarar que no se trata en la especie de un sistema de excepción para el ingreso de servidores públicos para cumplir tareas de otra naturaleza, lo cual sería una manifiesta burla de los sistemas de reclutamiento y selección ordinarios dentro del Régimen de Servicio Civil para cargos profesionales.

De lo anterior, cabe señalar que esta Asesoría Jurídica ya había emitido criterio en relación con el tema de reasignación, a través del oficio AJ-268-95 de fecha 8 de mayo de 1995, en aquella oportunidad se indicó lo siguiente en lo que interesa:

"...de haberse nombrado personal en propiedad de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral l5 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, con niveles académicos extraordinariamente superiores (bachilleres y licenciados universitarios) a los requeridos para la clase de puesto (generalmente Educación General Básica) en que fueron designados, dedicándolos además a atender funciones diferentes a las de la clasificación que ostenta, ello produce un uso indebido de los puestos.

En realidad, si la Administración necesita convertir un puesto de nivel operativo (v.g. Trabajador Misceláneo, Agente de Seguridad y Vigilancia, etc.) en un puesto de nivel profesional -como es el caso de consulta-, el procedimiento correcto estriba en justificar de previo a su utilización la necesidad de desarrollar funciones más complejas y la inexistencia de demanda por las labores de la clase y nivel anterior, para así poder tramitar reasignación del mismo, con el propósito de que quien vaya a ocuparlo sea retribuido conforme a la clase y categoría salarial propia de su desempeño (cfr. Artículo 56 de la Constitución Política y Artículo 8 de la Ley de Salarios de la Administración Pública), de acuerdo con las previsiones del Artículo 109, ll0 y ll6 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es criterio de esta Asesoría Jurídica que solicitar una reasignación en esas condiciones es jurídicamente improcedente, puesto que en el fondo se trata de una evidente violación a los principios generales de Servicio Civil (cfr. Artículo 51 del Estatuto de Servicio Civil), al pretender ingresar y hacer carrera administrativa en condiciones ajenas a la igualdad de oportunidades para accesar a cargos públicos -en este caso profesionales-, mediante concurso por oposición y demostración del méritos e idoneidad respectivas, lo cual por lo demás es también abiertamente inconstitucional, tal y como reiteradamente lo ha manifestado y desarrollado la Sala Constitucional en muy diversos precedentes (cfr. Voto No.4652-94 entre otros)."

Asimismo en dicho criterio se concluye que:

"...sobre la validez y eficacia de nombramientos bajo este tipo de circunstancias, considera esta Asesoría Jurídica que debe emprenderse las acciones administrativas respectivas tendientes a aplicar en estos casos lo dispuesto por el Artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, lo mismo que para todos aquellos que se encuentren en la misma situación." [27](el subrayado pertenece al original).

Como puede observarse la reasignación en esas condiciones es jurídicamente improcedente, según la interpretación del numeral 15 del Reglamento supra indicado.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

[27] AJ-268-95, del 8 de mayo de 1995.

AJ-681-2008
9 de diciembre de 2008

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, se procede a dar respuesta a la consulta que planteara el Ingeniero Fernando Bogantes Cruz, Director de la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Educación Pública, al Área de Carrera Docente de la Dirección General de Servicio Civil mediante oficio DRH-PPRH-RS-2715-2008, misma que fuera remitida a esta Sede por su persona, por medio de una boleta de "Traslado de Documentos" el día de hoy, con carácter de "Urge", respecto a la posibilidad de aplicar las reglas y procedimientos establecidos en el Decreto Ejecutivo Nº 24025 del 13 de enero de 1995 (Concurso Interno para Promoción de Servidores Públicos), a los funcionarios del Título II del Estatuto de Servicio Civil (Ley de Carrera Docente).

Previo a dar respuesta a la consulta debe aclararse que, si bien la nota dirigida por su despacho indica que el estudio debía valorar la posibilidad de aplicar el citado Decreto Ejecutivo a todo el personal que compone el Título II del Estatuto de Servicio Civil, la duda planteada por el señor Bogantes se dirige únicamente al personal Técnico Administrativo (*sic,* léase correctamente Técnico Docente) y Administrativo Docente, por lo cual el presente estudio se circunscribirá al citado grupo de funcionarios.

Entrando de lleno con lo consultado, debe verse que la figura del concurso interno utilizada en el Régimen de Servicio Civil, se conforma como un legítimo y efectivo medio de promoción de la Carrera

Administrativa distinto al ascenso directo, pues como ha indicado la Procuraduría General de la República:

"…la finalidad del concurso interno es mejorar la carrera administrativa, fomentado la participación de los servidores regulares (en propiedad) para que ocupen puestos superiores y, de esa forma, retener los funcionarios más idóneos dentro de la Administración Pública..." El destacado es propio. **Dictamen C-242-2000**

Dicho mecanismo de promoción encuentra su fundamento jurídico en lo dispuesto en el artículo 34 del Estatuto de Servicio Civil y 21 de su Reglamento[28], numerales que resultan claros en cuanto a la posibilidad de aplicar este procedimiento como una opción distinta al ascenso directo y al concurso externo.

Ahora bien, cabe cuestionarse de la manera en la que lo hace el consultante, si dicho procedimiento resulta aplicable a los servidores Técnicos Docentes y Administrativos Docentes existentes en el Título II del Estatuto de Servicio Civil, para lo cual, y tomando como base la afirmación de que el Concurso Interno es un mecanismo de Promoción de Personal, resulta de vital importancia lo estipulado en los numerales 99 de la Ley de Carrera Docente y 56 de su Reglamento(Decreto Ejecutivo Nº 2235 del 14 de febrero de 1972), los cuales indican que:

*"**Artículo 99.-** Los traslados, ascensos, descensos y permutas de los servidores docentes que impartan lecciones en cualquier nivel de la enseñanza, podrán acordarse a solicitud de los interesados o por disposición del Ministerio de Educación Pública, de conformidad con lo que establece este Capítulo. Al personal que cumple funciones técnico docentes y administrativo-docentes, le serán aplicables las disposiciones del Título Primero de este Estatuto y su Reglamento, en cuanto a ascensos, descensos, traslados o permutas."*

*"**Artículo 56.-** Los ascensos, descensos, traslados y permutas de los servidores propiamente docentes, podrán acordarse a solicitud*

[28] Normas que a su vez sirven de base jurídica del Decreto Ejecutivo N° 24025 *supra* citado, el cual desarrolla dicho tema.

de los interesados o bien por disposición del Ministerio, de conformidad con lo que establece el Capítulo VI del Título Segundo del Estatuto y las presentes normas reglamentarias.

Al personal que desempeña funciones técnico-docentes y administrativo-docentes, le serán aplicables las normas que sobre el particular contiene el Título Primero del Estatuto y su respectivo Reglamento." Los subrayados no pertenecen al original.

Como puede verse, las normas que regulan la promoción de los servidores que son objeto del presente estudio, remiten a su vez a las disposiciones establecidas en el Título I del Estatuto de Servicio Civil y a su Reglamento, resultando de especial mención lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual indica que:

*"**Artículo 21.-** Los ascensos a clases diferentes de la inmediata superior de la misma u otra serie deberán tramitarse mediante concurso interno de acuerdo con la regulaciones que al efecto dicte la Dirección General, salvo aquellos casos en que de previo la administración solicite aplicar los procedimientos señalados en el Capítulo V de este Reglamento. **Lo anterior no es aplicable para el Título II del Estatuto de Servicio Civil**."* El destacado es propio.

Entonces, si la disposición que regula al personal Técnico Docente y Administrativo Docente por remisión expresa de los artículos 99 y 56 ya citados, establece de manera clara que los procedimientos y reglas relativas a los concursos internos no resultan aplicables para el Título II, puede afirmarse que la misma norma que da vida al Decreto Ejecutivo Nº 24025, veta de forma tajante y concisa la posibilidad de tramitar concursos internos para éste personal, el cual según se desprende de lo indicado en el artículo 2 del Reglamento de Carrera Docente[29], forma parte de ese Título.

[29] Indica la norma citada que: *"**Articulo 2º.-** 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 (…) b) Funcionarios técnico-docentes, que son los que realizan fundamentalmente labores de planificación, asesoramiento, orientación o cualquier otra actividad técnica, íntimamente vinculada con la formulación de la política en la educación pública nacional; y c) Funcionarios administrativo-docentes, que son los que realizan primordialmente labores de*

Siendo así las cosas, esta Asesoría Jurídica concluye que no es jurídicamente procedente realizar concursos internos para promover al personal Técnico Docente y Administrativo Docente existente en el Título II del Estatuto de Servicio Civil, sin detrimento de la aplicación de los demás mecanismos de promoción establecidos en el Título I.

Sin más acotaciones que hacer, se emite así el estudio solicitado.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Cc. Lic. Leonel Obando Obando
Director Área de Carrera Docente

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"

AJ-406-2008
16 de julio de 2008

Señora
Barbellín Castro Chaves
Departamento de Recursos Humanos
Ministerio de Cultura y Juventud

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio sin numeración de fecha 10 de julio de 2008, en el cual se nos consulta sobre la procedencia de reconocer para efectos de Carrera Profesional, la capacitación que obtuviera en el INA.

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.

Aunado a lo anterior cabe aclarar que la consulta, tal como esta planteada, encierra elementos de índole más técnica que jurídica, mismos que se escapan de nuestra función consultiva y competencias, por lo que se insiste en que la respuesta será abordada únicamente respecto a las normas que le sean aplicables.

Siendo así las cosas, la pregunta, desde una perspectiva jurídica, puede dividirse en dos sub temas, a saber la aplicación de una norma derogada (Resolución DG-080-96) en detrimento de una

completamente vigente (Resolución DG-064-2008), y la necesidad de que la capacitación sea atinente a las funciones o a la clasificación del puesto desempeñado por el profesional que solicita su reconocimiento como rubro de Carrera Profesional.

Respecto al primer punto cabe señalar que la Resolución DG-064-2008 derogó de manera completa la Resolución DG-080-96 y sus reformas, por lo cual la misma fue eliminada de la vida jurídica. Sin embargo, la existencia y validez de la norma derogada fue dimensionada en el tiempo a través del establecimiento de dos normas transitorias, de entre las cuales, y para los fines propios de esta consulta, cabe destacar la primera de ellas, cuyo texto indica que:

*"**Transitorio 1:** Los puntos otorgados en los diversos factores que conforman el incentivo económico de Carrera Profesional, con anterioridad a la vigencia de la presente resolución, se regirán con las disposiciones contenidas en las normas vigentes al momento que fueron asignados. A partir de la fecha rige de la presente resolución, la asignación y continuidad del puntaje derivado de los diversos factores que componen este incentivo, se hará de conformidad con lo establecido en este cuerpo normativo."* El destacado es propio.

Dado que esa misma norma señaló que su vigencia sería a partir de la fecha de su publicación, es que puede afirmarse que cualquier proceso iniciado anterior a esta publicación, cuya resolución final estuviere pendiente, debía resolverse utilizando las normas existentes en el momento en que se inició dicho proceso, lo anterior en virtud de la transitoriedad que se le decidió dar a las normas que rigen la materia. En este sentido, resulta necesario recordar lo que respecto al tema de la transitoriedad normativa ha indicado la Procuraduría General de la República, así por ejemplo en su Dictamen C-124-2005 dijo que:

"..En otro orden de ideas, debemos también referirnos al derecho transitorio. Como es bien sabido, el derecho transitorio e s una técnica jurídica que busca dar respuesta a los problemas de aplicación de las normas en el tiempo, que se produce a raíz de la

derogatoria y la vigencia de otra, en la que se hace necesario adaptar las situaciones prevalecientes a la nueva realidad que crea la nueva ley. En el dictamen C-060-99 del 24 de marzo de 1999, expresamos sobre el tema lo siguiente:

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

En el mismo sentido, Luis Diez-Picazo expresa:

'En efecto, una disposición transitoria puede solucionar el conflicto de leyes estableciendo cuál de las dos -la antigua o la nueva ley- es la llamada a regular cada tipo de situación jurídica. Así, por ejemplo, puede ordenarse que las situaciones nacidas al amparo de la ley antigua continúen rigiéndose en todo caso por ella. Esta clase de disposiciones transitorias contiene normas de conflictos en sentido estricto; es decir, no regulan directamente situación alguna, sino que a través de un punto de conexión determinan cuál de las leyes en conflicto es la aplicable...". El subrayado no pertenece al original.

No cabe duda que precisamente en aras de solucionar los eventuales problemas que pudieran darse con la inserción de la Resolución DG-064-2008, fue que se creó la norma transitoria ya transcrita, asegurando con esto una correcta ubicación temporal de los casos que pudieran estar inconclusos al momento de la derogatoria y correlativa promulgación de normas relacionadas con la Carrera Profesional. Siendo esto así, bajo este supuesto fáctico y jurídico,

resulta totalmente lícita la aplicación de un cuerpo normativo derogado en detrimento de otro recién promulgado.

Ahora bien, respecto a la necesidad de que la capacitación recibida sea atinente al cargo que se esta desempeñando, cabe indicar que la Resolución DG-080-96 señalaba en el inciso b) de su artículo 7 que:

"Capacitación recibida:

Artículo 7: *La capacitación recibida en el Subsistema de Adiestramiento de Personal o fuera de él, se reconocerá siempre que: (...)*

b) Sea atinente a la especialidad de los puestos desempeñados en la Administración Pública, a juicio razonado de la Oficina de Recursos Humanos…"

Esta redacción fue tomada de manera casi exacta por la Resolución DG-064-2008, la cual señala en su artículo 6 inciso b) que:

"b) ACTIVIDADES DE CAPACITACIÓN RECIBIDA:

Artículo 6: *Las actividades de capacitación recibidas en el Subsistema de Capacitación y Desarrollo del SUCADES o fuera de él, se reconocerán siempre que: (…)*
b) Sea atinente con las funciones del puesto desempeñado y con la disciplina académica del servidor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º, inciso b) del presente cuerpo de normas...".

Como puede verse ambas normas son claras al indicar que la capacitación recibida para ser reconocida para el respectivo puntaje de Carrera Profesional, debe ser atinente al puesto desempeñado por el servidor solicitante, determinación que será realizada por las respectivas Oficinas de Recursos Humanos.

Como corolario de lo expuesto cabe señalar que en caso de que la solicitante se sienta disconforme con lo resuelto por dicha oficina puede elevar su inconformidad a la Dirección General de Servicio Civil,

tal y como indican los numerales 28 y 29 de la Resolución DG-080-96 y 25 y 26 de su homónima DG-064-2008, normas que señalan que:

"***Artículo 28.-*** *Si el beneficiario no acepta la decisión tomada por la*
Oficina de Recursos Humanos, podrá recurrir ante ella en el término de ocho días hábiles a partir de la fecha en que reciba la comunicación, la que en un plazo similar deberá pronunciarse sobre el reclamo.

Artículo 29: *Si la resolución de la Oficina de Recursos Humanos en materia de carrera profesional no fuera aceptada por el interesado, éste podrá recurrir, durante los ocho días hábiles siguientes, ante el Departamento de Control de Operaciones de la Dirección General de Servicio Civil*[30]*, con el fin de plantear la revisión del caso. Dicho Departamento tendrá un plazo de quince días hábiles para resolver el asunto. Si dicha decisión no satisface al interesado, éste podrá recurrir en el plazo de un mes calendario siguiente a la fecha de recibo de la comunicación, ante el Tribunal de Servicio Civil o acudir a las vías que considere pertinentes.*

Artículo 25: *Ante las decisiones adoptadas por la Oficina de Recursos Humanos en materia de Carrera Profesional, el servidor que no esté conforme con el resultado o los resultados, podrá plantear su reclamo ante ella en el término de tres días hábiles, la que en un plazo de ocho días calendario, deberá pronunciarse sobre el reclamo.*

Artículo 26: *Una vez resuelto lo que corresponda por parte de la Oficina de*
Recursos Humanos y si el interesado persistiera en su disconformidad, podrá recurrir, durante los tres días hábiles siguientes, ante el Área de Gestión de Recursos Humanos de la Dirección General de Servicio Civil, con el fin de plantear la Apelación del caso. Dicha Área contará con un plazo de quince días hábiles para resolver el asunto, y si la decisión no satisface al interesado, éste podrá recurrir ante el Tribunal de Servicio Civil"

[30] Actual Área de Gestión de Recursos Humanos de la Dirección General de Servicio Civil.

Sin más acotaciones que hacer se evacúa así la consulta planteada.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado {Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-418-2008
22 de julio de 2008

Máster
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General
S. D.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos referimos a su oficio DG-382-2008, en relación con la Resolución DG-064-2008, mediante la cual se dictó un nuevo texto que regula la Carrera Profesional de los puestos del Título Primero del Estatuto de Servicio Civil.

En su oficio se mencionan dos temas, que de seguido se detallan y se procede a su correspondiente atención.

Primero:

"… solicito indicarme si existe algún roce jurídico entre lo establecido en el artículo 5 inciso d) de la Resolución DG-064-2008 y lo resuelto en el Recurso de Amparo No. 2586-92 …"

Para responder a esta inquietud, debe traerse a colación el artículo 5 de la Resolución DG-064-2008, que señala:

"*Artículo 5: Los grados y postgrados académicos se reconocerán con fundamento en la presentación del título o la respectiva certificación extendida por la universidad correspondiente, siempre que sea:*

a) Propios del área de actividad del puesto o afines con ésta, determinado mediante un estudio de la Oficina de Recursos Humanos respectiva.

b) Conferidos por alguna de las universidades del país facultadas para ello.

c) Correspondientes a carreras autorizadas por el CONESUP cuando se trate de títulos extendidos por universidades privadas.

d) Reconocidos y equiparados por alguna de las universidades del país facultadas para ello, cuando se trate de títulos obtenidos en el extranjero, de conformidad con las normas establecidas por el CONARE (19 de agosto de 1986), aportando la certificación respectiva emitida por el Departamento de Registro o instancia administrativa competente.

Los grados, posgrados 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.

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, según el respectivo detalle contenido en el artículo 4º de este cuerpo normativo.

Los profesionales en Derecho que se graduaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Notarial, no tienen derecho a que su título de notariado se les reconozca como una especialidad; lo anterior por cuanto, hasta esa fecha dichos títulos se emitían como parte del programa de estudios de la licenciatura en Derecho. No obstante, las

personas que se graduaron posteriormente al 22 de noviembre del 2003 (fecha límite en la cual las Universidades Privadas y Estatales tenían que incorporar el posgrado en Derecho Notarial y Registral), sí tienen la posibilidad de que su título sea reconocido como especialidad dentro de la Carrera Profesional. (Resolución DG-662-2006 del 26 de octubre de 2006).

Entiéndase por grados, posgrados y especialidades adicionales aquellos que sean obtenidos por el servidor, después de haber presentado un primer grado, posgrado o especialidad considerado en la ponderación de ingreso al incentivo."
(el subrayado y resaltado no es del original)

Para una mejor visualización, la Resolución de la Sala Constitucional número 1045-1994 de las once horas cincuenta y un minutos del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, en lo que interesa, señala:

"*… En consecuencia, aquellos profesionales que se graduaron en 1980 o antes, deben incluirse en el grupo de personas favorecidas con lo indicado por la Procuraduría General de la República en su dictamen C-208-90 del 14 de diciembre de 1990. Se estableció en ese dictamen que los grados y títulos expedidos por las universidades nacionales antes del "Convenio para crear una nomenclatura de grados y títulos de la Educación Superior" suscrito el 31 de octubre de 1977, tendrían para los efectos del decreto número 18960-H, artículo 10, el valor que les hubiere dado el Colegio Profesional correspondiente, ya que antes de ese acuerdo no había normativa aplicable.* ***Por ello, se dispuso que a falta de norma jurídica expresa, el título sería reconocido tal y como fue aceptado por el Colegio Profesional correspondiente, en su oportunidad****. No obstante lo anterior, para la Sala, resulta evidente que el Convenio citado del 31 de octubre de 1977, no comenzó a regir en forma inmediata, de tal suerte que cada centro universitario debió*

realizar los ajustes internos correspondientes para dar efectiva aplicación al mismo. En el caso de la Universidad de Costa Rica, el cambio de nomenclatura comenzó a implantarse a partir de 1980, para la graduación de 1981. Es en este último año que por vez primera, se otorgan dos títulos: uno netamente profesional de "Doctorado profesional" y otro académico de "Licenciatura en Medicina". Por lo expuesto, a aquellos recurrentes que se hayan graduado antes de 1981 no se les puede aplicar, en perjuicio de sus derechos adquiridos y situación jurídica consolidada, aquellas disposiciones. Por lo anterior, se declara con lugar el recurso y en consecuencia se ordena a la Caja Costarricense del Seguro Social, reconocer a los profesionales que obtuvieron su título en 1980 o antes, el grado de Doctores en Medicina." (el subrayado y resaltado no es del original)

Como se puede apreciar, la Resolución 1045-1994 está referida al caso específico de los Doctores en Medicina, que obtuvieron su título en 1980 o antes.

Véase además, que la situación particular ya podría estar contenida en el supuesto general del primer párrafo posterior a los cinco incisos del artículo 5 de la Resolución DG-064-2008. Incluso, la similitud en la redacción hace pensar que ese párrafo podría tener su origen en la Resolución 1045-1994 y llama aún más la atención, que la solución adoptada es la misma, sea que el título se reconozca según la forma en que fue aceptado por el respectivo Colegio Profesional.

En conclusión, no se observa que el inciso d) del artículo 5 de la Resolución DG-064-2008 contenga algún roce jurídico y por el contrario, el primer párrafo de ese mismo artículo pareciera contener un supuesto de hecho, dentro del cual, bien podría enmarcarse el caso particular planteado en la Resolución 1045-1994 supra citada.

Segundo:

"…preparar resolución de modificación del artículo 10 inciso d) de la resolución de cita en el siguiente sentido:

… Sean artículos o ensayos publicados en medios de reconocida solvencia editorial, tales como revistas dedicadas a la publicación de temas especializados en determinadas ramas o disciplinas científicas y que posean el respectivo registro ISSN, según el Sistema Internacional de numeración (sic) de Libros, que extiende la Biblioteca Nacional."

Para atender a esta segunda interrogante, habría que hacer una precisión inicial. La sigla ISSN no significa Sistema Internacional de numeración (sic) de Libros, pues ese nombre corresponde con la sigla ISBN, misma que se encuentra referida y bien identificada en el inciso e) del artículo 10 de la Resolución DG-064-2008.

De esa precisión se sigue que si la referencia a la sigla ISBN en el inciso d) del artículo 10 de la Resolución DG-064-2008 se encuentra erróneamente referenciada en ese inciso, además de corregir la sigla, para mantener la congruencia y no incurrir en otro error, también debe corregirse el nombre que esa sigla representa.

Así, no basta con sustituir la "*B*" por una "*S*", sino que también, deberá sustituirse el nombre "*Sistema Internacional de numeración (sic) de Libros."* Ahora bien, la sigla ISSN proviene del Idioma Inglés y significa "***I****nternational* ***S****tandard* ***S****erial* ***N****umber*", cuya traducción literal podría ser "Número de Serie Estándar Internacional".

Pero más allá de esa traducción literal, se ha adoptado la denominación "Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadas", en razón de que esa forma de identificación fue adoptada por la Norma Internacional ISO 3297 en 1975, cuyo responsable de su administración y revisión es el Subcomité 9 del Comité 46 de la Organización Internacional de Normalización (International Organization for Standardization ISO), comúnmente conocido como ISO TC 46/SC 9.

De tal forma, que el inciso d) del artículo 10 de la Resolución DG-064-2008, se sugiere que exprese el siguiente texto:

"*d) Sean artículos o ensayos publicados en medios de reconocida solvencia editorial, tales como revistas dedicadas a la publicación de temas especializados en determinadas ramas o disciplinas científicas y que posean el respectivo registro ISSN, según el Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadas, que extiende la Biblioteca Nacional.*"

A fin de cumplir con lo solicitado y con las precisiones efectuadas, se adjunta borrador de la resolución de modificación del inciso d) de la Resolución DG-064-2008, para su aprobación y suscripción.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

RESOLUCIÓN DG-XXX-2008

DIRECCION GENERAL DE SERVICIO CIVIL.- San José a las XX horas del XX de XX del dos mil ocho.

CONSIDERANDO:

1º Que los artículos 191 y 192 de la Constitución Pública, crearon un Régimen especial capaz de regular las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración. Como régimen especial es meritorio implantarlo en un sistema normativo de orden legal y aunado a ello generar una figura institucional que la soporte, estableciéndose la Dirección General de Servicio Civil, con competencias derivadas de la ley, especialmente dirigidas a: ***analizar, clasificar y valorar los puestos del Poder Ejecutivo, Seleccionar los candidatos elegibles, establecer instrumentos de orden técnico para garantizar la eficiencia, promover la implementación de un sistema moderno de administración, entre otros,*** cuya naturaleza jurídica la reviste esencialmente una institución dependiente del presidente de la República, que goza de desconcentración máxima en el ejercicio de sus funciones para ejecutar las competencias que nacen de su seno.

2º. Que el Decreto Ejecutivo No. 4949-P del 23 de junio de 1975, publicado en La Gaceta No. 119 del 26 de junio de 1975, facultó a la Dirección General de Servicio Civil para establecer la Carrera Profesional y las normas que la regulan, según fue desarrollado por diversas resoluciones.

3º. Que mediante Resolución DG-064-2008 del 28 de febrero de 2008, se estableció el cuerpo de normas que regulan la Carrera Profesional en el Régimen de Servicio Civil.

4º. Que la regulación de las relaciones de servicio entre la Administración Pública y sus funcionarios son dinámicas, y producto de ello requieren ajustarse a la realidad imperante en el medio, por lo cual las normas que rigen la Carrera Profesional de los servidores del Régimen de Servicio Civil deben actualizarse, para responder adecuadamente a las exigencias de los servicios que brindan las instituciones públicas.

5º. Que al amparo de las justificaciones anteriores, resulta necesario ajustar el texto que regula la Carrera Profesional de los puestos del Título Primero del Estatuto de Servicio Civil.

Por tanto,

EL DIRECTOR GENERAL DE SERVICIO CIVIL

RESUELVE:

Artículo 1º.- Modificar el inciso d) del Artículo 5 del Cuerpo Normativo de la Resolución DG-064-2008 de fecha 28 de febrero de 2008, con el fin de que se sustituya el texto original y en su lugar, en lo sucesivo se lea de la siguiente forma:

> d) Sean artículos o ensayos publicados en medios de reconocida solvencia editorial, tales como revistas dedicadas a la publicación de temas especializados en determinadas ramas o disciplinas científicas y que posean el respectivo registro ISSN, según el Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadas, que extiende la Biblioteca Nacional.

Artículo 2º.- Darle a esta Resolución una vigencia a partir de la fecha de su publicación.

José Joaquín Arguedas Herrera
DIRECTOR GENERAL

AJ-435-2008
29 de julio de 2008

Señora
Damaris Rojas Ledezma
Correo Electrónico: drojas@mj.go.cr

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta al correo electrónico que enviara a esta dependencia el día 23 de julio de 2008, en el cual se nos consulta respecto a la posibilidad de reconocer, para fines de Carrera Profesional, el Título de Licenciatura cuando el mismo ha sido obtenido después del grado académico de Maestría, grado que ya ha sido reconocido.

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.

Para entrar de lleno a la consulta, hay que indicar que respecto al reconocimiento de Carrera Profesional por concepto de "Grados Académicos", el numeral 4 apartado a) de la Resolución DG-064-2008 de la Dirección General de Servicio Civil, cuerpo normativo aplicable a los servidores cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, establece en lo conducente que:

"PONDERACIÓN DE LOS FACTORES DE LA CARRERA PROFESIONAL

Artículo 4: *Para su reconocimiento, los factores de la Carrera Profesional indicados en el artículo 1º de esta Resolución, se ponderarán de la siguiente manera:*

a) GRADOS Y POSGRADOS ACADÉMICOS PUNTOS

Bachillerato……10

Licenciatura……16
(6 puntos adicionales a los de Bachillerato)

Especialidad *con base en la Licenciatura……26*
(10 puntos adicionales a los de Licenciatura)

Especialidad *con base en Bachillerato ……16*
(6 adicionales a los de Bachillerato)

Maestría……32
(22 puntos adicionales a los de Bachillerato; 16 adicionales a los de Licenciatura; 6 adicionales a los de Especialidad con base en la Licenciatura y 16 adicionales a los de la Especialidad con base en Bachillerato)….

Licenciatura adicional……5*…"*

Esta redacción va acorde a la manera en que, en principio, son establecidos la gran mayoría de programas educativos superiores, los cuales parten del bachillerato y se dirigen de manera escalonada hacia el doctorado, necesitándose pasar de manera ordenada por cada uno de los escalones que conforman el programa según la jerarquía del grado académico a obtener. Sin embargo, esa regla se distorsiona de alguna manera, en los casos en los que los planes de estudio permiten que los estudiantes pasen de un grado académico a otro de mayor jerarquía que el inmediato, verbigracia, de bachiller a maestría sin pasar por la licenciatura.

Ahora, si bien esas excepciones son perfectamente válidas para lo que a planes de estudio se refieren, no aplican de igual manera para los fines del sobresueldo de Carrera Profesional, pues para el establecimiento del reconocimiento de puntaje por concepto de grados académicos, se sigue de manera estricta un orden jerárquico en el que el grado inferior se subsume en el de mayor rango, así por ejemplo

nótese que si una persona obtiene de manera escalonada el bachiller, la licenciatura y la maestría obtendría, según el artículo 4 ya citado, 10 puntos por el primero, por el segundo 6 puntos más que el primero, y por el tercero 16 puntos más que el segundo, es decir obtendría un total de 32 puntos, suma que es igual a la que se le otorga a la maestría, independientemente del grado con el que se haya obtenido.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que una licenciatura no puede ser reconocida para efectos de Carrera Profesional cuando ya se ha reconocido el grado académico de maestría pues esta última contiene a aquélla en lo que a puntajes se refiere, exceptuándose únicamente lo referente a la licenciatura adicional, la cual según el numeral 5 apartado a) *in fine* se define como:

"…Entiéndase por grados, posgrados y especialidades adicionales aquellos que sean obtenidos por el servidor, después de haber presentado un primer grado, posgrado o especialidad considerado en la ponderación de ingreso al incentivo."

Siendo así las cosas corresponderá a la Administración Activa, entendida ésta como la Institución para la cual presta servicios, el determinar si la licenciatura que se presenta ahora cuando ya se ha reconocido el grado de maestría conforma una licenciatura adicional.

Sin más acotaciones que realizar se evacua así la consulta planteada.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-531-2008
19 de setiembre del 2008

Señora
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 RH-782-2008 de fecha 17 de setiembre de 2008, recibido en esa misma fecha, mediante el cual se consulta lo siguiente:

> *"Le solicitamos su criterio en relación con el artículo 6 inciso a) de la Resolución DG-064-2008, dado que un servidor presenta para reconocimiento el incentivo de Carrera Profesional, varias actividades de capacitación, en la cual se le consideran únicamente aquellas con fecha posterior al título de Bachillerato universitario, tal como lo indica la resolución de marras.*
>
> *Posteriormente, el servidor solicita que se le reconozca dichas actividades de capacitación pero con una fecha anterior a la fecha del título de Bachillerato, para lo cual adjunta la certificación de la Universidad, la cual indica que se le otorga el grado de Bachillerato por cuanto cumple con todos los requisitos académicos, incluyendo el proyecto de investigación final o práctica profesional, quedándole pendiente la presentación de la prueba ELASH como requisito de graduación."*

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 responder a su consulta, resulta de interés la Resolución DG-064-2008 del 28 de febrero de 2008, que promulgó el cuerpo normativo que regula el otorgamiento del incentivo de Carrera Profesional a los servidores cubiertos por el Régimen de Méritos, en lo que respecta al Título I del Estatuto de Servicio Civil. De interés para atender su consulta, se encuentran el inciso c) del artículo 3, el primer párrafo del artículo 5 y el inciso a) del artículo 6, que señalan:

"*Artículo 3: Podrán acogerse al pago del incentivo por Carrera Profesional aquellos servidores que satisfagan los siguientes requisitos:*

…

*c) Poseer, al menos, **el grado de Bachiller Universitario** que lo faculte para el desempeño del puesto, en una carrera propia o afín al área de actividad de dicho puesto.*"

"*Artículo 5: Los grados y postgrados académicos se reconocerán con fundamento en la **presentación del título o la respectiva certificación** extendida por la universidad correspondiente …*"

"*Artículo 6: Las actividades de capacitación recibidas en el Subsistema de Capacitación y Desarrollo del SUCADES o fuera de él, se reconocerán siempre que:*

a) *El servidor la haya recibido después de haber obtenido, como mínimo, el **grado de Bachiller** de un plan educativo de nivel superior.*"

(el subrayado y resaltado no es del original)

Sobre el tema consultado, el oficio de esta Asesoría Jurídica número AJ-930-2003 del 31 de octubre de 2003, señaló lo siguiente:

> *"... Ninguna persona ostenta grado académico alguno, sino hasta el momento en que el centro de estudios correspondiente la juramenta y le entrega oficialmente el certificado que la acredita como tal. Debe tenerse en cuenta que en algunas carreras y en ciertas universidades ni siquiera se reconocen algunos grados académicos, como el de Bachiller Universitario, por lo que ni las Oficinas de Recursos Humanos, ni la Dirección General de Servicio Civil, están facultadas para otorgarle a ninguna persona la condición de Bachiller Universitario, por más que haya completado el plan de estudios de la carrera respectiva, pues de hacerlo estarían usurpando las competencias de un centro de estudios superiores ..."*

Aunque el oficio AJ-930-2003 se emitió estando vigente la anterior normativa sobre Carrera Profesional, eso no impide que sea de absoluta aplicación bajo la normativa actual y vigente.

Así las cosas, si bien el primer párrafo del artículo 5 de la Resolución DG-064-2008 admite el reconocimiento de Carrera Profesional por medio de una certificación extendida por la universidad correspondiente, lo cierto es que debe entenderse que esa certificación se debe encontrar referida a la acreditación de la obtención de un grado académico, requisito mínimo para hacerse acreedor del incentivo y a partir del cual, resultaría procedente el respectivo reconocimiento del factor.

En espera de haber dado respuesta a su consulta, atentamente,

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-691-2008
16 de diciembre del 2008

Señora
Licda. María del Pilar Ugalde Herrera
Correo Electrónico: ugaldehm@cpcecr.com ; mugaldeh@mep.go.cr

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida por correo electrónico de fecha 11 de diciembre del presente año, mediante la cual indica:

> *"… Solicito con todo respecto me indiquen si es real que no tengo derecho a carrera profesional hasta cumplir los seis meses de laborar, porque la oficina de personal me dice que no me recibe los documentos hasta despues (sic) de seis meses."*

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 una aclaración preliminar, valga señalar que el incentivo de carrera profesional para los servidores del Título Primero y del Título Segundo del Estatuto de Servicio Civil, se regula por normativas diferentes. El instrumento aplicable al Título Primero es la Resolución No. DG-064-2008 y sus reformas y para el Título Segundo es la Resolución No. DG-333-2005 y sus reformas.

Dado que en su consulta se expresa que está referida al área administrativa, se asumirá que su puesto está regido por el Título Primero y no por el Título Segundo, pues la respuesta podría ser diferente para uno u otro.

En ese orden de ideas, resulta de interés señalar el cambio normativo que tuvo lugar este año para la regulación del incentivo de carrera profesional para el Título Primero, pues desde el año 1996 hasta inicios del presente año 2008 se aplicó la Resolución No. DG-080-96 del 03 de octubre de 1996 y sus reformas, instrumento que fue derogado por el artículo 1 de la Resolución No. DG-064-2008 del 28 de febrero de 2008.

Anteriormente, el artículo 33 del cuerpo normativo de la Resolución No. DG-080-96 señalaba:

> *"Artículo 33: 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 subrayado y resaltado no es del original)

Así, antes de la reforma normativa, efectivamente no existía una expectativa de derecho a la obtención del incentivo de la carrera profesional para nombramientos inferiores a seis meses.

No obstante, además de que la Resolución No. DG-080-96 fue derogada en su totalidad, su homóloga la No. DG-064-2008, señala en el inciso 1) del artículo 3 y en el primer párrafo del numeral 22, lo siguiente:

> *"Artículo 3: Podrán acogerse al pago del incentivo por Carrera Profesional aquellos servidores que satisfagan los siguientes requisitos:*

*a) Ocupar un puesto, ya sea, en propiedad o **interino**, con una jornada no inferior al medio tiempo."*

*"Artículo 22: Los profesionales que reúnan las condiciones indicadas en el artículo 3º de este cuerpo normativo, serán acreedores al incentivo por Carrera Profesional, **a partir del primer día del siguiente mes calendario a la fecha de recibo** de su solicitud por la Oficina de Recursos Humanos. …"* (el subrayado y resaltado no es del original)

Como se puede inferir, la nueva normativa eliminó la restricción de un plazo mínimo de nombramiento para aspirar a la obtención del incentivo de la carrera profesional.

Finalmente, cabe reiterar que corresponde a la administración activa, determinar el ámbito de aplicación subjetiva establecida en el ordenamiento jurídico, análisis dentro del cual se resolvería su caso concreto.

Atentamente,

Original firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-386-2008
07 de julio de 2008

Licenciado
José Joaquín Oviedo Corrales
Jefe Unidad de Sistematización y Análisis Ocupacional
Área de Gestión de Recursos Humanos

Estimado Señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio GESTIÓN SAO-125-2008 de fecha 26 de junio de 2008, recibido el 27 de ese mismo mes y año, mediante el cual se formula la siguiente consulta:

> "*De lo expuesto resulta evidente que el puesto en mención está cubierto por el Régimen de Servicio Civil, sin embargo surge la duda en cuanto a lo propuesto por el ministerio (sic) con sustento en el decreto mencionado, toda vez que no resulta aplicable ubicar el puesto en una clase que no existe dentro del sistema clasificado de puestos cubierto por el régimen de servicio civil (sic).*"

Para responder a su interrogante, resulta pertinente traer a colación alguna normativa referida al Tribunal Ambiental Administrativo, que de seguido se detalla:

1.- Ley No. 7554 del 04 de octubre de 1994, "Ley Orgánica del Ambiente", Capítulo XXI "Tribunal Ambiental Administrativo", artículos 103, 104, 105, 106 y 109.

> "*ARTICULO 103.- Creación del Tribunal Ambiental Administrativo*
> *Se crea un Tribunal Ambiental Administrativo, con sede en San José y competencia en todo el territorio nacional. Será un órgano desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía, con competencia exclusiva e independencia*

funcional en el desempeño de sus atribuciones. Sus fallos agotan la vía administrativa y sus resoluciones serán de acatamiento estricto y obligatorio.

ARTICULO 104.- Integración del Tribunal

El Tribunal Ambiental Administrativo estará integrado por tres miembros propietarios y tres suplentes, todos de nombramiento del Consejo Nacional Ambiental, por un período de seis años. Serán juramentados por el Presidente de este Consejo.

ARTICULO 105.- Requisitos de los miembros del Tribunal

Para ser miembro del Tribunal Ambiental Administrativo, se requiere ser profesional con experiencia en materia ambiental. Un miembro propietario y su respectivo suplente, deberán ser abogados. Los miembros deben trabajar a tiempo completo y ser personas que, en razón de sus antecedentes, títulos profesionales y reconocida competencia en la materia, sean garantía de imparcialidad y acierto en el desempeño de sus funciones. Anualmente, este Tribunal elegirá de su seno un presidente, un vicepresidente y un secretario. El reglamento interno regulará su reposición por parte de los suplentes.

ARTICULO 106.- Principios jurídicos

El Tribunal Ambiental Administrativo deberá realizar sus funciones sujeto a los principios de oralidad, oficialidad, celeridad e inmediación de la prueba. Deberá ajustar su actuación al procedimiento y las normas de funcionamiento establecidos en el presente código y, supletoriamente, a la Ley General de la Administración Pública, Libro Segundo, Capítulo "Del Procedimiento Ordinario".

ARTICULO 109.- Asesoramiento al Tribunal

El Tribunal Ambiental Administrativo tiene la obligación de asesorarse por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, cuando el caso planteado en la denuncia así lo amerite. También, puede ser asesorado por cualquier organismo, nacional e internacional o por personas físicas o jurídicas."

2.- Decreto Ejecutivo No. 25084[31] del 15 de marzo de 1996, "Reglamento de Procedimientos del Tribunal Ambiental Administrativo", artículo 1:

"Artículo 1º.El presente reglamento regula todo lo relativo al procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo. Este Tribunal será un órgano del Ministerio del Ambiente y Energía con desconcentración máxima, con competencia exclusiva e independencia funcional en el desempeño de sus atribuciones. Los principios que informan los procedimientos de este Tribunal serán los de oralidad, oficialidad, celeridad e inmediación de la prueba."

3.- Decreto Ejecutivo No. 34136 del 20 de junio de 2007, "Reglamento de Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo", artículos 1 y 4:

"*Artículo 1º—Naturaleza jurídica y competencia.*

El Tribunal Ambiental Administrativo, es un órgano del Ministerio del Ambiente y Energía con desconcentración máxima, con competencia exclusiva e independencia funcional en el desempeño de sus atribuciones. Los principios que informan los procedimientos de este Tribunal serán los de oralidad, informalidad, oficialidad, celeridad e inmediación de la prueba. Sus fallos agotan la vía administrativa. Su sede estará en la ciudad de San José.
El Tribunal tendrá competencia en todo el territorio nacional y resolverá las controversias ambientales administrativas de

[31] Este Decreto fue derogado por el Artículo 31 del Decreto Ejecutivo No. 34136 del 20 de junio de 2007, publicado en La Gaceta No. 25 del 05 de febrero de 2008.

conformidad con lo dispuesto en los incisos a), b), c) y d) del artículo 111 de la Ley Orgánica del Ambiente.

Artículo 4º—Idoneidad, retribución, exclusividad de los miembros del Tribunal Ambiental Administrativo.

Los miembros propietarios del Tribunal Ambiental Administrativo, deberán trabajar a tiempo completo y ser personas que, en razón de sus antecedentes, títulos profesionales y reconocida competencia en la materia, sean garantía de imparcialidad y acierto en el desempeño de sus funciones.

La retribución de los integrantes de este Tribunal debe ser igual al sueldo de los miembros de los Tribunales Superiores del Poder Judicial, la del resto del personal deberá equipararse, según el caso, a la de los cargos equivalentes del personal de esos Tribunales o de otros órganos del Poder Judicial donde se desempeñen cargos iguales o similares."
(el resaltado y subrayado no es del original)

Sobre el particular, esta Asesoría Jurídica ha emitido el siguiente criterio:

1.- Oficio de la Asesoría Jurídica No. AJ-245-2003 del 22 de abril de 2003:

"*Con base en dicha norma, es criterio de esta Asesoría Jurídica que los integrantes del Tribunal Ambiental Administrativo son funcionarios nombrados a plazo fijo y, por consiguiente, excluidos del Régimen de Méritos.*

En cuanto al procedimiento aplicable y el órgano competente en materia de nombramiento, clasificación y remuneración de puestos del personal de apoyo del Tribunal, debemos señalarle que no existe ninguna norma en la Ley Orgánica del Ambiente que excluya al personal de apoyo del

Tribunal Ambiental Administrativo del Régimen de Servicio Civil, por lo que en las materias dichas se aplicará lo que establecen el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Tampoco existe norma alguna que le otorgue a los miembros del Tribunal, ni al resto del personal, un régimen salarial especial y la escala salarial aplicable, tanto para los miembros del Tribunal, como para el resto del personal, será la vigente para los puestos del Régimen de Servicio Civil, según su clasificación.

La aplicación de una escala salarial diferente sería violatoria del Principio de Legalidad consagrado en el artículo once de nuestra Constitución Política, y en su homólogo de la Ley General de la Administración Pública, según el cual los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse competencias que la ley no les concede, lo cual implica que sólo pueden ejecutar aquellos actos que cuenten con el debido fundamento legal."
(el subrayado y resaltado no es del original)

Así las cosas, la consulta se reduce a determinar si desde el punto de vista jurídico, resulta aplicable o no, la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 34136.

En primer lugar, porque no pareciera existir controversia al respecto, el Tribunal Ambiental Administrativo tiene división entre sus servidores, a saber, los jueces y el "resto del personal".

En relación con los jueces, evidentemente no se encuentran cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, o en otras palabras, los puestos de los jueces que integran el Tribunal Ambiental Administrativo son puestos excluidos de ese Régimen y corresponderá a la autoridad competente determinar que la valoración de esos puestos se encuentre ajustada al bloque de legalidad.

Aunque no se ha encontrado norma, pronunciamiento ni criterio alguno que lo indique de esa forma, pareciera que la aplicación del inciso e)

del artículo 5[32] del Estatuto de Servicio Civil lo convierten en una verdad indubitable, en razón del plazo fijo o "funcionarios de período"[33] que establece el artículo 104 de la Ley No. 7554.

La redacción de la Ley No. 7554 no resulta muy feliz para determinar la pertenencia al Régimen de Servicio Civil o no y la emisión de Decretos Ejecutivos destinados a regular algunos aspectos sobre la administración del "resto del personal" tampoco han ayudado a esclarecer el asunto, más bien, sino a oscurecerlo o enmarañarlo aún más.

Como punto de partida, debe recurrirse a dos argumentos claves para afirmar la pertenencia del "resto del personal" al Régimen de Servicio Civil.

Por un lado, la inexistencia de norma expresa que haya sustraído del Régimen de Servicio Civil al Tribunal Ambiental Administrativo y por otro lado, la integración del artículo 30 de la Ley No. 6955 del 24 de febrero de 1984, "Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público", para inferir que "*únicamente podrá contratar personal mediante los procedimientos regulares de los respectivos departamentos de personal, siguiendo los trámites establecidos por la Dirección General de Servicio Civil*".

En la práctica, lo que evidencia el segundo párrafo del artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 34136 es una violación al principio de paralelismo de las formas, que se ha enunciado coloquialmente como que las cosas se hacen y se deshacen de la misma forma.

La única forma posible de sustraer la pertenencia a las competencias típicamente estatutarias, como lo son los procedimientos de reclutamiento y selección, la clasificación y la valoración, siendo el Estatuto de Servicio Civil una norma de rango legal, obligatoriamente

[32] "Artículo 5°.- Quedan también exceptuados de este Estatuto, los siguientes funcionarios y empleados:
…
e) Los trabajadores que presten sus servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos en virtud de contrato especial."

[33] Sobre el término, puede consultarse el Dictamen C-426-2006

sería por medio de otra norma de rango legal, pero resultaría imposible y abiertamente improcedente, lograr esa sustracción por medio de una norma de rango infralegal, como lo sería el Decreto Ejecutivo No. 34136.

Para acentuar la anterior afirmación, también debe hacerse mención a la competencia material atribuida a la Dirección General de Servicio Civil en el artículo 13 del Estatuto de Servicio Civil, sobre todo lo referente al inciso a), que se encuentra directamente referido a la Ley de Salarios de la Administración Pública.

Desde esa óptica, el segundo párrafo del artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 34136 resulta viciado de incompetencia por razón de la materia, pues el órgano emisor carece de la atribución competencial para emitir alguna disposición que por Ley se encuentra atribuida a otro órgano de la Administración Pública, sea la Dirección General de Servicio Civil. En otras palabras, esa disposición se emitió sin un elemento formal indispensable para la validez del acto administrativo.

También, del texto del artículo 105 de la Ley No. 7554 se denota la autorización para la emisión de una norma como la contenida en Decreto Ejecutivo No. 34136. Sin embargo, esa autorización no alcanzaba para la emisión de un contenido como el emitido en el segundo párrafo del artículo 4 supra citado, por lo cual, por falta de autorización, habría una falta de vocación en la norma emitida, lo cual también supondría un exceso en el ejercicio de competencia autorizada o más bien, una falta de ella.

A manera de conclusión, se puede afirmar que el “resto del personal” del Tribunal Ambiental Administrativo está cubierto por el Régimen de Servicio Civil, en lo relativo a reclutamiento, selección, clasificación y valoración, porque no se encuentra excluido expresamente por ningún contenido del la Ley No. 7554 y porque el segundo párrafo del artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 34136 no tiene la potencia jurídica para modificar una norma de rango legal en materia de valoración.

No obstante lo anterior, téngase el presente criterio sujeto a lo que eventualmente la Procuraduría General de la República pueda decir

sobre el tema, como órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública y en virtud de referirse a aspectos relacionados con el Erario Público.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-394-2008
11 de julio del 2008

Señora
Patricia Araya
Correo electrónico: pasibu22@yahoo.es

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio de fecha 3 de julio del 2008, por medio del cual solicita criterio jurídico respecto a la siguiente situación:

> *"Pertenezco a una Institución Pública que se rige por el Servicio Civil y tengo un compañero que está pasando una situación laboral muy difícil, ya que él tenía como 23 años de desempeñar un puesto de jefatura teniendo el título de contador privado, pero a partir de una decisión institucional se decide profesionalizar los puestos y reasignan una plaza para poner un puesto mayo al de él y quitarlo como jefe, sin considerar que él termina en este año sus estudios universitarios. Pero lo más grave es que le envían un nota en la que le dicen que ya no tendrá ese puesto a cargo y lo pasan a técnico 4, pero le siguen dando tareas propias del puesto de jefatura porque todavía no han nombrado a nadie en ese puesto. La pregunta es que si pueden obligarlo a seguir realizando esas tareas o se le debe respetar el derecho de que le asignen las funciones corespondientes (sic) a la técnico como lo etablecen (sic) en esa nota? Les agradecería una respuesta o bien indicarme a donde o con quien podría comunicarme para dirigir la consulta."*

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 debe considerarse lo que dispone el artículo 109 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual establece:

> ***"Artículo 109.-*** *Las oficinas de recursos humanos de los ministerios e instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil deben estar atentas a los cambios a que se ven sometidos los puestos y proceder a su actualización siguiendo la normativa establecida por la Dirección General."*

De lo anterior se desprende que las oficinas de Recursos Humanos de las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil, deben procurar estar atentas ante cualquier cambio que se produzca en los distintos puestos, y conforme a ello proceder a la actualización de estos puestos, siguiendo la normativa vigente, según haya operado una reasignación del puesto, o un cambio en los requisitos del puesto por modificación del Manual institucional o cualquier otro movimiento.

Ahora bien si producto de ese análisis de puestos, al que están obligadas las distintas Unidades de Recursos Humanos, se determina que un puesto debe ser reasignado, de forma ascendente o descendente, tiene que procederse según las reglas aplicables a esta figura, establecidas a partir de los artículos 105 y siguientes del Reglamento de marras.

Por otra parte en caso de que la reasignación resulte en una clase inferior debe aplicarse el procedimiento establecido en artículo 111 inciso d) del Reglamento aquí citado el cual dispone al efecto:

> *"**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."

Así las cosas, si el servidor acepta el movimiento en descenso de su clasificación habría que indemnizar el paso del puesto que mantenía hacia su nueva clasificación, y en caso de no aceptar el movimiento en descenso procedería indemnizar conforme lo dispone el artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil.

Finalmente, si el servidor no estuviese de acuerdo con todo el procedimiento seguido por la Unidad de Recursos Humanos, podría acudir a la vía del Reclamo Administrativo que dispone el numeral 88, del tantas veces citado Reglamento el cual literalmente 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;(Inciso reformado por el artículo 1° del Decreto N° 19824 del 27 de junio de 1990)
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 {Lic. Luis E. Castro Fonseca

Lic. Luis Enrique Castro Fonseca
ASESORIA JURIDICA

AJ-475-2008
18 de agosto de 2008

Licenciada
Marta Emelina Gamboa
Coordinadora Oficina Servicio Civil
Ministerio de Salud

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a la consulta que planteara vía correo electrónico el día 02 de agosto del presente año, en torno a la competencia que tiene la Dirección General de Servicio Civil de clasificar puestos pertenecientes a las instituciones que pasaron a formar parte de la Universidad Técnica Nacional (UTN).

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.

La consulta planteada gira realmente en un posible conflicto competencial entre la Dirección General de Servicio Civil y la Universidad Técnica Nacional, pues esta última se encuentra conformada por instituciones que históricamente se han visto cubiertas por el Régimen de Servicio Civil, y por ende, las decisiones que sobre sus puestos se daban (sean de valoración, clasificación, política salarial, reclutamiento, etc.) competían a la Dirección General citada.

Ahora bien, esta situación cambió con la promulgación de la Ley Orgánica de la Universidad Técnica Nacional (Ley Nº 8638 del 14 de mayo de 2008), la cual mediante su artículo segundo otorgó

independencia funcional y de gobierno en los términos establecidos por el numeral 84 de la Constitución Política, independencia que la Procuraduría General de la República describiera en su Dictamen C-226-2008 al indicar que:

"..La autonomía garantiza a la Universidad independencia para el desempeño de sus funciones y plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, como es lo normal en tratándose de entes autónomos. Pero, además y a diferencia de esos otros entes autónomos, la autonomía permite a la Universidad "darse su organización y gobierno propios". Dado su alcance, la autonomía de la Universidad es especial, por lo que no se subsume en lo dispuesto en el Título XIV de la Constitución relativo a las instituciones autónomas. La particularidad de la autonomía universitaria se origina, precisamente, en el reconocimiento de una autonomía en materia organizativa y de gobierno. De manera que la Universidad reúne tres clases de autonomía: de gobierno, organización y administración. Además, por el hecho mismo de que no se está en presencia de una de las entidades a que se refieren los artículos 188 y 189 de la Constitución, se sigue que la autonomía política es plena: no puede ser sometida a la ley. Es por ello que se ha convertido en un lugar común afirmar que la autonomía de las universidades es más amplia que la garantía que cubre a las instituciones autónomas. Lo que permite a las universidades establecer sus propios planes, programas, sus objetivos y metas, dictar las políticas dirigidas a la persecución de éstas, así como dotarse de la organización que permita concretizarlas; es decir, darse su propio gobierno…"

De lo expuesto claramente se denota que la autonomía otorgada a las Universidades Estatales (dentro de las que se encuentra la UTN), no permite de ninguna manera injerencias por parte de otras autoridades estatales, situación que se extiende también al manejo de su personal, el cual, desde el momento en que la ley (y por disposición expresa la misma Universidad) entrara en vigencia, se excluía inmediatamente de los regímenes a los que pertenecía para formar parte del régimen de empleo universitario, situación que también fuera indicada por la Procuraduría General de la República en el dictamen señalado, cuando expusiera que:

"..Resulta evidente, por demás, que el presupuesto para la equiparación es que la Universidad Técnica cuente con un personal académico, docente, administrativo y administrativo-docente. Ese personal estará integrado muy probablemente por el personal de las entidades que se integran a la Universidad. Pues bien, aún cuando no se haya producido la equiparación por la falta de estudios y parámetros para tal efecto, lo cierto es que ese personal debe haber

pasado a ser parte de la Universidad Técnica Nacional para que pueda operar la equiparación: esta se realiza porque el personal es personal de una universidad.

A partir de integración, el régimen salarial de ese personal no puede ser regulado por la Autoridad Presupuestaria. Ello implicaría, en efecto, el reconocimiento de una competencia de ese órgano respecto de una Universidad y de sus salarios, lo cual se ha considerado desde la emisión de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, N° 6821 de 19 de octubre de 1982, como contrario a la autonomía universitaria. Consideración visible, repetimos, en la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos.

Cabría argumentar que el traslado del personal se producirá en el plazo de tres años. Es de advertir, sin embargo, que en relación con ese traslado la Ley no se remitió al plazo de tres años establecido en otras disposiciones. Procede, entonces, afirmar que el traslado horizontal de personal dispuesto en el transitorio IV es inmediato:

"TRANSITORIO IV.- Traslado horizontal de personal
Todo el personal académico, docente, administrativo y administrativo-docente de las instituciones que se integran a la Universidad Técnica Nacional, pasará a laborar a la nueva institución universitaria en idénticas condiciones laborales y salariales, y con pleno respeto de sus derechos laborales adquiridos"
.
El personal de los organismos integrados pasa a laborar a la Universidad, respetándose los derechos laborales adquiridos. Si necesidad hubiere de normar situaciones especiales, esa formación correspondería a la Comisión Conformadora y no a la Autoridad Presupuestaria…"

Sin que se pretenda ampliar lo dispuesto por el Órgano Consultivo Estatal en el Dictamen citado (lo cual sería improcedente pues dicha tarea corresponde única y exclusivamente al órgano emisor en virtud de las competencias legalmente otorgadas), esta Asesoría Jurídica es del criterio que la Dirección General de Servicio Civil carece de competencias para realizar cualquier tipo de valoración sobre los puestos de las instituciones integradoras de la UTN[34], pues si bien el Dictamen citado hace referencia a las competencias de la Autoridad Presupuestaria, las razones que da para la exclusión de las reglas de ésta hacia aquélla, son de plena aplicación al caso expuesto por la consultante, pues queda por demás claro que a partir de la

[34] Las cuales ya no deben verse de manera individual, sino como formadoras de un todo, es decir ya no se pueden tratar como el Colegio Universitario de Puntarenas, el CUNA o el CIPET, sino como la Universidad Técnica Nacional.

entrada en vigencia de la Ley Nº 8638 las instituciones otrora cubiertas por el Régimen de Servicio Civil y sus reglas, fueron absorbidas por el Ente Universitario, impregnándose correlativamente de la Independencia plena que les es otorgada por el numeral 84 Constitucional.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Cc. Lcda. Sandra María Quiros Alvarez.

AJ-395-2008
11 de julio de 2008

Licenciado
Róger Umaña Chacón
Coordinador
Oficina Servicio Civil SINAC

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio OSC-S-711-2008 de fecha 30 de junio de 2008, en el cual se nos consulta el proceder que ha de tomarse para excluir varios puestos de una resolución de asignación al Régimen de Servicio Civil, realizada al amparo del artículo 105 y siguientes del Reglamento de Servicio Civil, toda vez que dichas plazas se encuentran excluidas de dicho sistema.

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.

Resulta importante señalar como preámbulo al presente estudio, que la consulta aquí planteada nace como consecuencia de la asignación al Régimen de Servicio Civil que se diera a dos puestos[35], los cuales, según sus características, fueron clasificados como "Profesional Jefe de Servicio Civil 3", para ser utilizados en el cargo de Directores de Áreas de Conservación, puestos que según estableciera esta Asesoría Jurídica mediante oficio AJ-265-2008, se encuentran excluidos del sistema de méritos por mandato de la Ley de Biodiversidad (Ley Nº 7788 del 30 de abril de 1998).

[35] Misma que se realizó mediante Resolución OSC-S-167-2007 del 21 de diciembre del 2007.

Siendo así las cosas es evidente que la resolución OSC-S-167-2007 asignó un puesto dentro del Régimen de Servicio Civil, aun cuando el mismo se encuentra excluido de este sistema, situación que se dio debido a que por error, y por una falta de claridad de la Ley citada, se ha considerado que los puestos de Directores de Áreas de Conservación se encontraban dentro del Régimen de Méritos, actuación que ahora se pretende enderezar.

Aclarado el cuadro fáctico existente en el presente caso, cabe entonces preguntarse ¿cuál es el procedimiento necesario para excluir de la resolución de asignación los puestos *supra* descritos?, para lo cual resulta necesario partir de las reglas básicas aplicables a la asignación de puestos, mismas que se encuentran en los artículos 105 inciso a), 115 y 116 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, normas que señalan que:

> *"**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 éste, por cualquier razón no hubiere sido ubicado dentro de la estructura mencionada;*
>
> ***Artículo 115.-** Todo cambio en la clasificación de un puesto se considerará provisional durante los seis meses siguientes a la fecha de su vigencia. En ese período, el acto podrá ser revocado por resolución de la Dirección General, previo estudio del caso.*
>
> ***Artículo 116.-** Cuando se trate de asignaciones de puestos nuevos o reasignaciones de puestos vacantes, el período de provisionalidad comenzará a contarse a partir de la fecha en que el puesto sea ocupado en propiedad."* Los destacados son propios.

De las normas expuestas, y para lo que al caso interesa, pueden realizarse someramente dos conclusiones, la primera de ellas es que la asignación se da para **incluir** dentro del Régimen de Servicio Civil puestos que **estaban excluidos** del mismo, y por otra parte, que esta asignación tiene un período de seis meses de provisionalidad para su

consolidación[36], plazo dentro el cual puede válidamente revocarse mediante resolución de la Dirección General, sin tener que recurrir al procedimiento contencioso de lesividad o instruir órgano director alguno, afirmación que ha sido sostenida por la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual mediante Voto Nº 2007-006271 indicó que:

> ***"…III.- De la provisionalidad de los traslados de puesto.*** *En primer término y en relación con la potestad de la Administración de modificar, revocar y hasta anular el acto de traslado, este Tribunal ha sido claro en que para ello no debe la Administración acudir al proceso de lesividad o al procedimiento ordinario, pues todavía 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. Es en ese sentido que en sentencia número 2002-08962 de las diez horas con cuatro minutos del trece de setiembre del dos mil dos, este Tribunal dispuso:*
>
> > ***"II.-*** *Esta Sala en sentencia número 2000-01456, de las diez horas cincuenta y siete minutos del once de febrero del dos mil, respecto a hechos similares a los aquí impugnados, en lo que interesa consideró:*
> >
> > ***"…III.- Sobre el fondo.*** *De suma importancia para la resolución del caso es establecer el contenido de los artículos 107, 115 y 117 del Reglamento del Servicio Civil, que establecen que (…)*
> >
> > ***IV.-*** *Es el criterio de esta Sala que como bien señala el informante, la actuación de la Administración estuvo apegada al ordenamiento jurídico y por ende al principio de legalidad, lo anterior con fundamento en los artículos anteriormente transcritos. Si la reasignación tiene un período de prueba de seis meses, durante éstos la Administración puede válidamente modificar, revocar y hasta anular el acto sin tener que acudir al proceso de lesividad o al procedimiento ordinario, pues todavía 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 plazo…"*
>
> *Ahora bien, en cuanto a la debatida fecha del rige, son de recibo por parte de esta Sala las razones explicadas por la autoridad recurrida*

[36] Si bien el artículo 115 citado no refiere directamente que el plazo de seis meses es aplicable para las asignaciones, el 116 es claro en indicar que éste periodo, cuando se traten de asignaciones de puestos nuevos deberá computarse a partir del momento en que el puesto asignado sea ocupado en propiedad.

en el sentido de que por error material se consignó como fecha de rige el "primero de enero de mil novecientos noventa y nueve" y no el "primero de febrero de mil novecientos noventa y nueve". Sobre el punto, la lógica nos dice que si la resolución fue dictada el diecisiete de enero, la misma no puede tener efectos retroactivos sino que debe de regir al menos de la fecha de resolución en adelante. Esto aunado a la redacción del artículo 117 recién transcrito, son da como resultado que la fecha en que se empieza a contar el plazo de los seis meses, es desde el primero de febrero de mil novecientos noventa y nueve y por tanto al no haberle consolidado el derecho de la recurrente la Administración podía proceder a hacer los cambios pertinentes, bajo los criterios técnicos que no son de posible análisis por esta Sala dado el carácter sumario del amparo. Dicho acto, la accionante lo tiene en este momento impugnado y se encuentra pendiente de resolución. Así las cosas, no es posible amparar la pretensión de la recurrente y ante la inexistencia de lesión a los derechos fundamentales alegados, solo es posible desestimar el recurso...".

Siendo así las cosas, queda claro que el procedimiento a seguir para corregir un error como el expuesto en la consulta de marras es el señalado en los numerales 115 y 116 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, advirtiendo eso sí, que el mismo únicamente resulta viable si se está dentro del plazo de seis meses indicado, pues en caso contrario se deberá obligatoriamente que establecer procedimiento administrativo o judicial tendiente a su corrección, criterio que esta Asesoría Jurídica ha venido sosteniendo desde hace varios años, al respecto véase que en oficio AJ-698-98 se indicó que:

"…Así pues, si en la especie ocurre que los responsables de una oficina de recursos humanos así como las de Servicio Civil incumplen con su deber básico e indispensable de verificar que el servidor cuyo puesto se estudia tenga los requisitos correspondientes, el período de provisionalidad permite corregir esta situación, pero si se detecta el error, descuido u otra situación anómala con posterioridad, cuando ya venció la provisionalidad a que queda sujeto el cambio de clasificación, ello significaría que el acto administrativo queda firme, y por ende se considera un acto declaratorio de derecho a favor del empleado público, con lo cual la Administración no puede desconocer los efectos que ese acto genera –por el principio de intangibilidad de los actos propios- sin que previamente se hubiesen seguido los procedimientos establecidos en los numerales 173 de la Ley General de la Administración Pública, o bien lo dispuesto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, al estarse ante una nulidad absoluta evidente y manifiesta…" El destacado es propio.

Tocará entonces a la Administración Activa analizar los casos concretos para determinar si aun se encuentran dentro del plazo de repetida cita, o si incluso este no ha empezado a computarse, pues bien puede ser que el puesto aun no este ocupado en propiedad, con lo cual se configuraría la suspensión establecida en el numeral 116 ya estudiado.

Como corolario del presente estudio cabe añadir que la revocatoria que se dé puede que sea parcial o total, por lo cual no es necesario revocar todo el acto administrativo originalmente dictado, y por último recordar que dicha revocatoria debe ser comunicada a los posibles servidores afectados, indicándoseles además el otorgamiento de tres días de audiencia para que interpongan sus oposiciones o acotaciones, si es que las tuvieren.

Sin más acotaciones que hacer se evacua así la consulta planteada.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-544-2008
26 de setiembre de 2008

Señor
Yeiner Steele
Correo electrónico: yeiner1008@hotmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su consulta de fecha 18 de setiembre del año 2008, recibida a través de correo electrónico, mediante la cual se nos solicita lo siguiente:

"...quiero informarle que yo soy un funcionario público que laboró en el Ministerio de Agricultura y Ganadería y mi puesto es: Trabajador Auxiliar de Servicios Agropecuarios. Quiero saber si mi puesto tiene las siguientes funciones: a) Dar aseo a los servicios Sanitarios(sic). b)recoger la basura de las oficinas y de la cocina. C) Barrer y pasar palo piso a los pisos de la administración(sic). d) Limpiar la cocina en general Bueno(sic) en resumidas cuentas, dar Servicio General(sic) a los quehaceres, es decir, ser conserje, dar aseo e higiene a las oficinas, ser misceláneo en aseo e higiene.¿Quiero saber si en realidad mi puesto tiene esas funciones de ser como un empleado en servicios generales?..."

Previo a emitir el criterio jurídico, es conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, 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 el análisis del tema en examen, debemos traer a colación el Manual Institucional de Clases (Áreas Sustantiva y Administrativa) del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), aprobado mediante Resolución DG-191-2001 de fecha 11 de diciembre del año 2001,

modificado por Resolución DG-099-2005 de fecha 15 de abril del año 2005, los cuales ubican dentro de las Clases del Área Sustantiva el puesto Trabajador Auxiliar de Servicios Agropecuarios, que señala lo siguiente para lo que interesa:

NATURALEZA DE LA CLASE:

Ejecución de labores manuales que requieren algún esfuerzo físico, en los laboratorios y estaciones experimentales del Ministerio, así como labores auxiliares en los diferentes procesos de investigación agropecuaria, siguiendo instrucciones precisas y procedimientos establecidos, en apoyo a la labor del personal, tanto técnico como profesional, responsable de los proyectos.

UBICACIÓN

Los puestos que conforman esta clase se ubican en los diferentes procesos agropecuarios que se llevan a cabo en el Ministerio, la integran los cargos:

•Trabajador de Campo
•Auxiliar de Laboratorio

CARACTERIZACION DE LA CLASE

Colaborar en la preparación de terrenos, muestras, materiales, instrumentos y equipos de trabajo, en apoyo los diferentes estudios y análisis realizados por el personal técnico y profesional destacado en los diferentes procesos investigativos y de laboratorio.

Realizar otras actividades relacionadas con el puesto.

CONDICIONES ORGANIZACIONALES Y AMBIENTALES
SUPERVISIÓN

Ejercida

No se ejerce supervisión

Recibida

Se trabaja siguiendo normas establecidas e instrucciones precisas en cuanto a métodos y sistemas de trabajo. Las labores son evaluadas mediante la revisión de la calidad del trabajo y los resultados obtenidos.

RESPONSABILIDAD

Por el cumplimiento de las funciones

En la realización de las actividades se exige la participación y la colaboración en las diferentes fases de los procesos de investigación y de laboratorio, en los cuales se deben acatar los lineamientos y los procedimientos establecidos por el superior inmediato e implican responsabilidad por el eficiente, puntual y oportuno cumplimiento de las labores asignadas, con el fin de coadyuvar con la ejecución de los demás procesos que se llevan a cabo en la dependencia en que se ubica.

Por relaciones de trabajo

Las actividades generan relaciones laborales básicamente con compañeros de trabajo, las cuales deben fundarse en términos de cordialidad y respeto. Por equipo, materiales y valores. Es responsable por la racional y adecuada manipulación del equipo, útiles y materiales que se emplean en las labores.

CONDICIONES DE TRABAJO

Esfuerzo físico

Le puede corresponder laborar en condiciones físicas y ambientales adversas, en la que se está expuesto a diversos cambios climáticos. La naturaleza del trabajo demanda esfuerzo físico por cuanto generalmente se labora de pie en la atención de las diversas actividades asignadas.

Esfuerzo mental

Las actividades demandan esfuerzo mental cuando se realizan anotaciones y se colabora con personal técnico y profesional en la ejecución de los procesos.

Riesgo por enfermedades profesionales

Dada la naturaleza de las actividades, se está expuesto a riesgos en su integridad física por el esfuerzo manual que realiza y sustancias de origen químico y biológico que pueden afectar la salud y causar lesiones, por lo cual se hace necesaria la observancia de las normas de seguridad e higiene propias de su campo de acción.

Jornada y desplazamiento

Se trabaja con sujeción a la jornada ordinaria, pero si las necesidades y condiciones del servicio lo requieren, puede corresponder laborar fuera de dicha jornada, así como trasladarse a diferentes lugares del país.

CONSECUENCIA DEL ERROR

Los errores cometidos en el desempeño de las actividades propias de la clase pueden causar daños materiales, interferir en la eficiencia del desarrollo de los procesos que se llevan a cabo, así como en la entrega de productos que sirven como insumos para otros procesos dentro de la dirección respectiva.

CARACTERÍSTICAS PERSONALES

- Facilidad para comprender órdenes, instrucciones y mensajes.
- Disposición para mantener excelentes relaciones humanas y para trabajar en equipo.
- Respeto por las normas de seguridad y disposiciones legales vigentes.
- Habilidad para trabajar con sus compañeros para lograr un objetivo común

- Capacidad para resolver individualmente las actividades que se le asignen.

CAPACITACION

- Cursos en relaciones humanas y atención al cliente.
- Cursos de manejo de instrumentación de laboratorio.

REQUISITOS

Segundo Ciclo de Enseñanza General Básica aprobada (Sexto grado).

Dos de experiencia en la ejecución de labores relacionadas con el puesto.[37]

De lo anterior, cabe señalar lo que establece el artículo 120 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, en relación con aquellos servidores a los que se les asigna tareas distintas a las de su puesto:

"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."*

Atentamente,

Original firmado (Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

[37] Resolución DG-191-2001 del 11 de diciembre del 2001.

AJ-525-2008
17 de setiembre de 2008

Licenciado
Alex Gutiérrez De La O
Director
Auditoría y Control en Recursos Humanos
S. O.

Estimado Señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio AC-126-2008, de fecha 03 de setiembre de 2008, recibido ese mismo día, mediante el cual se formula la siguiente consulta:

> *"¿Deben aplicar obligatoriamente las Oficinas de Recursos Humanos, los plazos restrictivos en los contratos nuevos y sus prórrogas, tal como lo indica la Resolución DG-074-95?"*

En primer lugar, valga la ocasión para señalar que el documento al que se refiere en su oficio como una investigación sobre los Contratos de Dedicación Exclusiva, corresponde con una investigación realizada por una colaboradora de esta Asesoría Jurídica y que también tuvo como resultado la publicación de un artículo en la Revista de Servicio Civil No. 18 de Junio del 2005, denominado "Los Contratos de Dedicación Exclusiva en la Administración Pública."

Ahora bien, como norma principal que regula la Dedicación Exclusiva se encuentra la Resolución DG-070-94 de las nueve horas del día tres de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, la cual nos rige hasta la fecha, con sus correspondientes reformas.

La respuesta a su consulta encuentra solución mediante el análisis de la evolución histórica del artículo 8 de la Resolución DG-070-94, que originalmente señaló:

> "*Artículo 8.- El Contrato de Dedicación Exclusiva tiene vigencia a partir del día en que es aceptado y firmado por las partes.*"

Como bien lo apunta su consulta, el artículo 8 supra citado tuvo su primera reforma mediante la Resolución DG-074-95 de las nueve horas del diez de julio de mil novecientos noventa y cinco, que indicó:

> "*Artículo 8.- Todo contrato de dedicación exclusiva que se suscriba a partir de ésta fecha, tendrá vigencia a plazo fijo y hasta por doce meses y no podrá ser prorrogado automáticamente.*
>
> *Los contratos de Dedicación Exclusiva sin plazo, vigentes con antelación a la publicación de esta resolución, se tendrán prorrogados por única vez, hasta por doce meses más a partir de la fecha de publicación de la presente resolución.*
>
> *Posteriormente y en caso de que la administración decida prorrogarlo, deberá suscribirse el contrato de prórroga respectivo.*"

A la luz de esa reforma, ciertamente tiene sentido realizar la consulta que se indicó en su oficio. Sin embargo, no se advierte en el mismo, que también se haya considerado la segunda reforma del artículo 8 de la Resolución DG-070-94 por medio de la Resolución DG-071-96 de las nueve horas del siete de agosto de mil novecientos noventa y seis, que señaló:

> "*Artículo 8º.- El contrato de Dedicación Exclusiva tiene vigencia a partir del día en que es aceptado y firmado por las partes; siempre y cuando sean remitidos a la Dirección General en un plazo improrrogable de ocho días hábiles posteriores a la mencionada firma*."

Como se puede apreciar, la restricción de plazo fijo introducida por la reforma realizada por la Resolución DG-074-95 fue posteriormente eliminada por la reforma efectuada por la Resolución DG-071-96, en la

que prácticamente se vuelve a la redacción original del artículo 8 de la Resolución DG-070-94, únicamente adicionándole una obligación de remisión a la Dirección General.

Desde esa perspectiva y después de analizada la evolución histórica del artículo 8 supra citado, debe responderse a su consulta indicando que no existe en la redacción actual y vigente de la norma, plazo restrictivo alguno que deban aplicar las Oficinas de Recursos Humanos.

Esta Asesoría Jurídica no ha entrado a valorar el contexto de la evolución histórica del artículo 8 de la Resolución DG-070-94 y sus reformas, para determinar las razones que propiciaron la redacción original, la primera reforma que introdujo plazos restrictivos y la siguiente reforma, que más bien los eliminó.

No obstante, tal como hizo referencia el artículo publicado en la Revista de Servicio Civil indicada supra, en materia de contratos de Dedicación Exclusiva, se considera que la estipulación del plazo es necesario que sea preestablecido en el contrato, con la finalidad de que la Administración pueda hacer frente con el contenido económico presupuestado y en protección del interés público se evite que se dé un contrato sin sujeción a plazo.

En espera de haber dado respuesta a su consulta, atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez
Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-399-2008
11 de julio de 2008

Licenciada
Anaida Cambronero Anchía
Asesora Legal - División Jurídica
Área Régimen Disciplinario
Ministerio de Educación Pública

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio N° DARD-240-08 de fecha 01 de julio del año 2008, a través del fax 22-27-2133, por medio del cual se nos solicita los siguiente:

"...indicar criterio de esa Dirección General referido al trámite de despido cuando la calificación de la evaluación anual de los funcionarios, arroja un resultado de Inaceptable.

Lo anterior por requerirse en procedimiento disciplinario con expediente número 1104-07, incoado contra la servidora Cedeño Soto Alejandra."

Previo a emitir el criterio jurídico, es conveniente hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, 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 un mejor desarrollo del tema, los numerales 43 inciso a) del Estatuto de Servicio Civil (Ley Nº 1581 de 30 de mayo de 1953), y 27 inciso a) de su Reglamento, establecen el trámite para iniciar la gestión de despido de un servidor público en caso de que la calificación de la falta sea considerada grave:

"Artículo 43.- *Los servidores públicos sólo podrán ser removidos de sus puestos si incurrieren en las causales que determina el artículo 81 del Código de Trabajo y 41, inciso d), de esta ley, o en actos que impliquen infracción grave del presente Estatuto, de sus reglamentos, o de los Reglamentos Interiores de Trabajo respectivos. La calificación de la gravedad de las faltas la hará en detalle del Reglamento de esta ley y los Reglamentos Interiores de Trabajo. Todo despido justificado se entenderá hecho sin responsabilidad para el Estado y hará perder al servidor todos los derechos que esta ley concede, excepto los adquiridos conforme a la Ley General de Pensiones; siempre que se realice con observancia de las siguientes reglas:*

a) El Ministro someterá por escrito a conocimiento de la Dirección General de Servicio Civil su decisión de despedir al trabajador con expresión de las razones legales y hechos en que la funda."

"Artículo 27.

...a) Sólo procederá el despido de un servidor por las causales que determina el Código de Trabajo o cuando incurran en actos que impliquen infracción grave del Estatuto, el Reglamento, o de los reglamentos interiores de trabajo de las respectivas dependencias o cuando el funcionario o empleado público con daño del servicio que presta, lleve a cabo actos contrarios al orden público, incite al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados en los servicios públicos o abandone su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño de éste. Dichos despidos serán sin responsabilidad patronal..."

En ese sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha recalcado que el cumplimiento del trámite de gestión de despido queda sujeto a los procedimientos que se observan en el Régimen de Servicio Civil, al indicar lo que seguidamente se transcribe:

"...para la procedencia de la gestión de despido, ante el Tribunal de Servicio Civil, siguiéndose el procedimiento previsto en los numerales 43 del Estatuto y 90 de su Reglamento, la Administración debe tener siempre la plena

seguridad de la falta endilgada al servidor, surgiendo entonces la necesidad de siempre llevar a cabo, dentro de la propia entidad, un procedimiento administrativo interorgánico o una investigación preliminar, ambos desde luego previos y que necesariamente deben regirse por lo establecido en el respectivo Reglamento Interior de Trabajo o en un Reglamento Autónomo de Servicio; o, en su defecto, al menos por alguno de los procedimientos previstos en el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública -artículos 366 y 367-."[38]

Ahora bien, el Artículo 43 inciso d) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, señala lo siguiente en lo que interesa:

"Artículo 43.-

d) Cuando el resultado de la evaluación del servidor fuere Regular (o su equivalente) por dos veces consecutivas, o si previas las advertencias o sanciones del caso, la evaluación fuere por solo una vez de Deficiente (o su equivalente), se considerará el hecho como falta grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43, del Estatuto de Servicio Civil. En estos casos el evaluador respectivo o la Oficina de Recursos Humanos, deberán informar al respectivo Ministro, con el fin de que se promuevan las consiguientes diligencias de despido." (el subrayado no es del original).

En virtud de lo anterior, se desprende que si la evaluación anual del servidor es por una sola vez Deficiente para que sea considerada como falta grave, deberá existir además la comprobación de las advertencias previas o sanciones sobre la evaluación del desempeño del servidor calificado como Deficiente, u otras pruebas que demuestren su incompetencia, culminando con la mala calificación de los servicios y en consecuencia la solicitud de despido.

---

[38] SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, de las diez horas del 6 de abril de 1995.

Cabe recordar que para que se dé inicio al trámite de Gestión de Despido, debe presentarse la solicitud por escrito ante esta Asesoría Jurídica, la cual forma parte de la Dirección General de Servicio Civil y cumplir con los requisitos establecidos en la normativa vigente.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-491-2008
26 de agosto de 2008

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

Estimada Señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio GESTIÓN 203-2008 de fecha 13 de agosto de 2008, recibido el 25 de ese mismo mes y año, mediante el cual solicita conocer la interpretación jurídica del Artículo 16 de la Resolución de esta Dirección General No. DG-064-2008 del 28 de febrero de 2008.

Para una mejor compresión, se transcribe íntegramente el supra citado Artículo 16, que señala:

> *"**Artículo 16:** La obtención de una calificación inferior a **"Muy Bueno"** o, su equivalente, será motivo para no otorgar el ajuste en los diferentes factores de la Carrera Profesional en el correspondiente período y, por lo tanto, no podrá ser considerado acumulativamente en estudios posteriores, situación que debe quedar justificada y documentada en el expediente respectivo.*
>
> *Se podrá tomar en cuenta la evaluación del desempeño del último período evaluado, si el servidor no fue calificado por alguna de las siguientes razones:*
>
> *a) Por encontrarse disfrutando de una beca.*
>
> *b) Por haber estado al servicio de otra institución pública.*

c) Por haber estado desempeñando un cargo excluido del Régimen de Servicio Civil.

Por motivos de excepción debidamente documentados por la dependencia respectiva de la Dirección General de Servicio Civil o, en su defecto, por la correspondiente Oficina de Recursos Humanos."

En su oficio, la interpretación requerida se refiere específicamente al primer párrafo, por lo cual, se analizará el mismo siguiendo su redacción.

En su primera parte, ese primer párrafo establece un requisito indispensable para efectuar el reconocimiento del incentivo de carrera profesional y expresamente indica: "*La obtención de una calificación inferior a* ***"Muy Bueno"*** *o, su equivalente, será motivo para no otorgar el ajuste en los diferentes factores de la Carrera Profesional en el correspondiente período … .*" Tal como se aprecia, la norma es suficiente por sí misma y si se interpreta "*a contrario sensu*", el mínimo requerido para que se otorgue el reconocimiento de Carrera Profesional es la obtención de la calificación "Muy Bueno" o su equivalente.

Para mayor abundamiento sobre el punto, aunque en esa primera parte del párrafo se enuncia en sentido negativo la forma en que no se otorga el reconocimiento de Carrera Profesional, debe entenderse que si la calificación no es inferior a "Muy Bueno", entonces sí se otorga el reconocimiento.

La segunda parte de ese primer párrafo señala que " …*y, por lo tanto, no podrá ser considerado acumulativamente en estudios posteriores, situación que debe quedar justificada y documentada en el expediente respectivo."* Valga decir que la norma también es clara en limitar el reconocimiento para estudios posteriores, pues expresamente indica que "*no podrá ser considerado acumulativamente en estudios posteriores*". Tal como se puede apreciar, la norma se refiere expresamente a "*estudios posteriores.*" La norma no distingue entre "*estudios posteriores*", sino que se refiere a todos por igual, por lo que

no podría diferenciarse donde la norma no lo hace. En consecuencia, el reconocimiento de Carrera Profesional se encuentra expresamente limitado para ser realizado en estudios posteriores.

Siguiendo con esa línea de interpretación, la norma tampoco distingue unos factores de otros, por lo que otra vez, no podría diferenciarse donde la norma no lo hace. En consecuencia, la limitación del reconocimiento es para todos los factores.

No habiendo diferencia o discriminación alguna en cuanto a factores y períodos, conviene referirse a la frase "*en el correspondiente período*". Sin embargo, para que este enunciado tenga sentido, necesariamente tiene que haber una integración con el marco normativo que regula la Evaluación Anual del Desempeño, en tanto, el período de evaluación comprende del 1º de diciembre del un año al 30 de noviembre del año siguiente.

Así las cosas, las eventuales causas que motiven ajustes en los factores obtenidos durante "*el correspondiente período*" en que la calificación haya sido inferior a "*Muy Bueno*", por así disponerlo expresamente la norma, "*no podrá ser considerado acumulativamente en estudios posteriores.*"

A manera de síntesis, existe limitación para el reconocimiento de Carrera Profesional de todos los factores "*en el correspondiente período*" y en todos los estudios posteriores, ante una calificación inferior a "*Muy Bueno*".

Ahora bien, aunque 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, tal como se ha expuesto supra, de manera puntual y sucinta se da respuesta a las preguntas que se consignan en su oficio, de la siguiente forma:

Primera: "*Si una Oficina de Recursos Humanos otorgó un reajuste por carrera profesional en julio del 2008 por concepto de capacitación recibida en mayo (también del 2008), pero en noviembre de ese mismo año su evaluación de desempeño fue inferior a Muy Bueno, entonces se tiene posteriormente que eliminar dicho reajuste?*"

Respuesta: La obtención de la calificación no inferior a Muy Bueno es un requisito indispensable para el reconocimiento de Carrera Profesional. Si el reconocimiento se hace "*en el correspondiente período*", debe encontrarse sujeto a que se obtenga la calificación requerida. En otras palabras, el reconocimiento constituye un "derecho precario" sujeto a consolidación por la obtención de la calificación mínima requerida. De tal forma que si la calificación es inferior a Muy Bueno, el reconocimiento debe eliminarse, siguiendo el debido proceso por falta del requisito o causa que justifica el reconocimiento.

Segunda: "*Si el servidor se hizo acreedor a un Grado o Posgrado académico adicional en junio del 2008, pero en noviembre de ese mismo año su evaluación de desempeño fue inferior a Muy Bueno, el mismo no puede ser reconocido para efectos de carrera profesional, a lo largo de toda su vida laboral (pues la norma establece que no podrá reconocerse acumulativamente en estudios posteriores), aunque para otros efectos sí le pueda ser aceptado (reasignaciones, ascensos, concursos internos y externos, etc.)?*"

Respuesta: Tal como se ha indicado en la exposición que se ha hecho supra, efectivamente no puede ser reconocido para efectos de Carrera Profesional por así indicarlo expresamente la norma. Ahora bien, la Resolución No. DG-064-2008 únicamente regula Carrera Profesional y no es extensiva a otros temas, por lo cual, no existe limitación para que el Grado o Posgrado académico sea útil para otros efectos, como por ejemplo, los señalados.

Tercera: Qué sucede con los cursos que el servidor recibió cuando estaba vigente la anterior resolución (la nota mínima en la evaluación del desempeño era de "BUENO") pero solicita el ajuste cuando ya está vigente la nueva resolución en donde la calificación no debe ser inferior a "MUY BUENO"?

Respuesta: Sobre este supuesto, es un asunto que no se puede responder de manera genérica, pues únicamente por medio del análisis del caso concreto, se podría determinar lo que corresponda.

En espera de haber brindado la interpretación requerida y de haber dado respuesta a las interrogantes planteadas, atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-371-2008
01 de julio de 2008

Licenciado
Alex Gutiérrez De La O
Director
Auditoría y Control de Recursos Humanos
S. O.

Estimado Señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio AC-099-2008, mediante el cual se formulan las siguientes consultas:

> *"…¿cuál es la cantidad de horas extraordinarias que puede laborar un servidor, considerando que existen jornadas de cinco días semanales y menos de 48 horas semanales? ¿Puede un servidor laborar sábados y domingos y entre semana en horas posteriores a su jornada ordinaria, sin el día de descanso que establece el artículo 59 Constitucional?"*

Para responder a sus interrogantes, resulta pertinente traer a colación lo señalado por la Constitución Política, en los artículos 58 y 59, que indican:

> "*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. El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de lo sueldos o salarios estipulados. Sin embargo, estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción muy calificados, que determine la ley.*

> *Artículo 59.- Todos los trabajadores tendrán derecho a un día de descanso después de seis días consecutivos de trabajo, y a vacaciones anuales pagadas, cuya extensión y oportunidad serán reguladas por la ley, pero en ningún caso comprenderán menos de dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo; todo sin perjuicio de las excepciones muy calificadas que el legislador establezca.*"

En el mismo sentido, resulta apropiado el contenido del artículo 140 del Código de Trabajo, que señala:

> "*Artículo 140.- La jornada extraordinaria, sumada a la ordinaria, no podrá exceder de doce horas, salvo que por siniestro ocurrido o riesgo inminente peligren las personas, los establecimientos, las máquinas o instalaciones, los plantíos, los productos o cosechas y que, sin evidente perjuicio, no puedan sustituirse los trabajadores o suspenderse las labores de los que están trabajando.*"

Sobre la primer interrogante, respecto de la cantidad de horas extraordinarias que puede laborar un servidor, como se puede apreciar, el artículo 58 de la Constitución Política refiere a las jornadas ordinarias máximas de trabajo diurno y nocturno, por día y por semana, pero no hace ninguna referencia a la jornada máxima de trabajo extraordinario, salvo en cuanto a la remuneración de la misma.

De ahí que necesariamente, la jornada extraordinaria encuentra su límite máximo en el artículo 140 del Código de Trabajo, en la cantidad total de doce horas, como producto de la suma de la jornada ordinaria y la jornada extraordinaria.

A partir de esa norma legal, habría que interpretarse que si una jornada ordinaria diurna es de ocho horas, la jornada extraordinaria máxima será de cuatro horas, para completar el total de doce horas.

Bajo esa ecuación, se podría determinar cuál podría ser la jornada extraordinaria máxima para cada servidor, utilizando la cantidad de

doce horas como sumatoria máxima de la jornada ordinaria y extraordinaria, que al restarle la jornada ordinaria establecida, daría como resultado la cantidad máxima de horas que podría laborar un servidor en condición de jornada extraordinaria.

Con respecto a la segunda interrogante, el artículo 59 de la Constitución Política hace mención de la obligación de disfrutar de un día de descanso por cada seis días consecutivos de trabajo, pero no indica que necesariamente se trate de un día en particular.

Por esa razón, nada impediría que si la jornada de un servidor incluye los días sábado y domingo, disfrute el día de descanso en otro día de la semana, pues la fijación de la jornada es un asunto convencional entre el Estado y sus servidores. Siguiendo la misma línea, un servidor bien podría laborar en horas posteriores a su jornada ordinaria, pues esa prestación de servicios es lo que se conoce como jornada extraordinaria, en la forma que se ha expuesto supra.

Por ser violatorio de los derechos fundamentales del servidor, consagrados incluso en la Constitución Política y que doctrinalmente se conocen como derechos irrenunciables del servidor, lo que no podría admitirse sería que no exista el disfrute del día de descanso después de seis días consecutivos de trabajo, ni siquiera con la anuencia del servidor, pues tal como se indicó, es un derecho indisponible, irrenunciable, intransable del servidor.
Sobre el tema de jornadas laborales, resulta especialmente ejemplificante, el Dictamen de la Procuraduría General de la República C-142-2005 del 22 de abril de 2005, que para una mayor comprensión sobre el tema, incluso se recomienda su consulta de manera integral. A manera de reseña, en ese criterio se concluyó lo siguiente:

"***V.- CONCLUSION***

De las anteriores consideraciones jurídicas expuestas, este Despacho concluye lo siguiente:

1.- La administración del ICODER debe ajustar la prestación de servicio de sus colaboradores, que se desempeñan en las

jornadas ordinarias diurna, mixta y nocturna, a la limitación establecida constitucionalmente, y regulada en el Código de Trabajo, según se expuso.

2.- El trabajo efectivo realizado durante las jornadas ordinarias diurna y mixta, fuera de las comentadas limitaciones, y hasta el límite de doce horas dispuesto en el numeral 140 del Código de Trabajo, debe renumerarse como jornada extraordinaria, en la forma descrita en el numeral 139 Ius ibidem.

3.- Tratándose de la jornada nocturna del personal de vigilancia, el que debe permanecer en vigilia no puede prestar sus servicios más allá de las seis horas que se encuentran establecidas como máximo jurídicamente. Quienes no permanezcan en vigilia, pueden laborar hasta doce horas diarias, cuya remuneración es a tiempo sencillo. Después de esas doce horas, se computaría como tiempo extraordinario, con el correspondiente pago adicional.

4.- La situación de los vigilantes que deben permanecer en vigilia, más allá de la citada limitación, constituye una jornada ilegal pero, para efectos remuneratorios, y con fundamento en lo expresado por la Sala Segunda en la citada Sentencia No. 00159-2002, se puede reconocer el tiempo adicional como extraordinario.

5.- En relación con los conductores, su jornada ordinaria de trabajo se limita a doce horas diurnas, que se remunerarían a tiempo sencillo, siempre que el cómputo semanal no sobrepase de setenta y dos horas, por aplicación de lo dispuesto en el numeral 143 del Código de Trabajo.

6.- El personal que preste sus servicios con una limitación de cuarenta y ocho horas semanales, y que preste servicios efectivos más allá de esa limitación, se les deberá reconocer tiempo extraordinario en los términos del citado numeral 139 Ius ibidem.

7.- Aunque no se permite normativamente la compensación en tiempo de la jornada que se desempeñe más allá de las limitaciones dispuestas en el numeral 140 del Código de Trabajo, y siempre que el trabajador no se oponga, puede acudirse a la compensación en tiempo, en el tanto esté corresponda a lo que debería de remunerarse el tiempo de prestación adicional en dinero.

8.- La aplicación de las anteriores conclusiones corresponde estrictamente a la responsabilidad de la administración superior de esa institución, y en atención a la situación particular de cada uno de los trabajadores, en función de su cargo, modalidad de contratación, tipo de jornada y consecuentemente, de sus derechos adquiridos que se hayan incorporado legítimamente tanto a su patrimonio, como a sus respectivos contratos individuales de trabajo."

Finalmente, como puede apreciarse, sobre el tema de jornadas y descanso, en determinadas circunstancias no existen reglas generales, sino que tal como lo concluye el dictamen de la Procuraduría citado supra, es responsabilidad de la administración superior en atención a la situación particular de cada uno de sus servidores.

En espera de haber dado respuesta a su consulta, atentamente,

Original firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-466-2008
12 de agosto de 2008

rugaldev@mopt.go.cr

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta al correo electrónico que enviara a la Dirección General de Servicio Civil el día 31 de julio del 2008, en el cual consulta sobre la forma en que se deben reconocer las horas extra que se laboren los días sábados, y respecto a la posibilidad de ser "recalificado" de un puesto técnico a uno profesional.

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 las consultas, dado que las norma estatutarias que rigen la relación de empleo público de los servidores cubiertos por el Régimen de Servicio Civil es omisa respecto al tema de las jornadas y sus implicaciones, debe aplicarse de manera supletoria las disposiciones laborales (posibilidad dada por el numeral 51 del Estatuto de Servicio Civil), partiéndose entonces del concepto mismo de jornada laboral ordinaria, el cual según la Procuraduría General de la República se puede entender como:

"(…) en cuanto a jornadas laborales se refiere, se denota la existencia de la jornada ordinaria laboral diurna (que se realiza entre las cinco y las diecinueve horas), la jornada ordinaria de trabajo nocturna (comprende entre las diecinueve y las cinco

horas), la jornada mixta (combinación de las dos anteriores, y que de acuerdo al numeral 138 del Código Laboral no puede exceder de siete horas) y la jornada extraordinaria, que según el artículo 139 del mismo Código, es "El trabajo efectivo que se ejecuta fuera de los límites anteriormente fijados, o que exceda de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte(...)" Dictamen C-047-2003.

De lo expuesto por el Órgano Consultivo Estatal se puede colegir, que el ordenamiento laboral costarricense regula de manera expresa los tipos de jornadas laborales que existen, pudiendo ser jornada ordinaria diurna, ordinaria nocturna, jornada mixta y por último, la jornada extraordinaria, delimitación que va acorde con lo establecido por el artículo 58 de la Constitución Política de nuestro país, el cual señala que:

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

Ahora, si bien es cierto que el Código de Trabajo establece topes máximos de jornada ordinaria, en la cual al servidor se le pagará de acuerdo con la misma en "tiempo sencillo", es decir cada hora con el valor predeterminado por la Administración Pública según lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Salarios de la Administración Pública[39] (Ley Nº 2166 del 09 de octubre de 1957), también es cierto que este Código establece en otras normas, supuestos en los cuales el funcionario se ve compelido a trabajar más horas de las

[39] Indica esta norma en lo conducente que: "*Se entenderá que todo salario cubre el pago mensual de la respectiva jornada de trabajo…*"

ordinariamente pactadas (jornada extraordinaria), o laborar en los días de descanso, supuestos en los cuales, por su propia naturaleza, la remuneración ha de darse de manera distinta.

Respecto a la remuneración del tiempo extraordinario el artículo 139 del Código de Trabajo, en concordancia con el numeral 58 constitucional *supra* transcrito establece que:

"Artículo 139.- El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites anteriormente fijados, o que exceda de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte, constituye jornada extraordinaria y deberá ser remunerada con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos, o de los salarios superiores a éstos que se hubieren estipulado..." **El subrayado es propio.**

Tal y como se desprende de la norma citada, el tiempo que se labore en hora extra debe remunerarse a "tiempo y medio" es decir cada hora de labor se debe contabilizar como hora y media. Por otro lado el pago de las labores realizadas en el día de descanso se establece claramente en el numeral 152 del Código de repetida cita, norma que indica en lo conducente que:

"Artículo 152.- Todo trabajador tiene derecho a disfrutar de un día de descanso absoluto (después de cada semana o de cada seis días de trabajo continuo), que sólo será con goce del salario correspondiente…

El patrono que no otorgue el día de descanso incurrirá en las sanciones legales y en la obligación de satisfacer a sus trabajadores, por esa jornada, el doble del salario que ordinariamente les pague…"

Quedando claro dicha proporción, y para lo que a la pregunta corresponde, debe señalarse que en caso que una Institución Estatal permita u obligue a que se labore los días sábado cuando el mismo no forma parte de la jornada ordinariamente pactada, deberá cancelar cada hora de manera doble, pues por praxis administrativa, y en virtud de la acumulación de jornada aplicada en la Administración Pública Central, el día sábado no se considera como día hábil dentro de la

Administración Pública[40], pues tal y como concluyera esta Asesoría Jurídica en su oficio AJ-798-2002:

"…En cuanto a la jornada que deba realizarse excepcionalmente en los días de descanso y feriados (entorno a lo que gira la consulta) los mismos deberán ser remunerados en los términos que establece el párrafo segundo del artículo 152 del Código Ibíd, sea en forma doble.

Un aspecto importante de aclarar lo es en cuanto al día sábado, ya que la jurisprudencia administrativa ha estimado que en la Administración Pública por prevalecer en la mayoría de sus instituciones la jornada acumulativa semanal, los sábados dejaron de ser días hábiles, por lo que en caso de laborarse deberán ser pagados de conformidad con lo estipulado en el artículo 152 del Código de Trabajo…"

En este sentido vale aclarar que el pago que se dé a las horas laboradas el día de descanso no califican como horas extra, no solo porque de ser así su pago sería de tiempo y medio y no doble como la norma indica, sino porque además la naturaleza misma de su uso así como los supuestos fácticos y jurídicos[41] que le son aplicables lo

[40] Sobre este tema la Procuraduría General de la República indicó en su Dictamen C-260-2005 que: *"…En diferentes ocasiones este órgano superior técnico consultivo de la Administración Pública, se ha pronunciado en el sentido de que la jornada ordinaria de los servidores públicos es de naturaleza "continua y acumulativa", lo que ha significado que se laboran determinadas horas por día, distribuidas entre los días lunes a viernes de cada semana, para tener el día sábado libre y consecuentemente de descanso. Igualmente se ha mantenido en forma reiterada por este Despacho, que el día sábado no es un día hábil…"*

[41] Respecto a la obligación o tolerancia de que los servidores trabajen en día de descanso el Artículo 149 del Código de Trabajo indica que: *"Queda absolutamente prohibido a los patronos ocupar a sus trabajadores durante los días feriados; y el que lo hiciere sufrirá la multa de ley y deberá indemnizarlos en la forma que determina el párrafo segundo del artículo 152."* El destacado es propio.

convierten en un tipo de indemnización, ya que como indicara la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-173-2000:

"…De manera que, de conformidad con dicho pronunciamiento y disposiciones de "orden público" señaladas supra, se puede precisar con meridiana claridad que, por la prohibición que tiene el patrono estatal de ocupar a los servidores en esos días de descanso y asueto para laborar[42], ciertamente, el pago de cuestión, se traduce en una especie de indemnización, en el caso de que, bajo situaciones excepcionales, se prestaran los servicios.. Circunstancia, que difiere de la forma de pago que establece el artículo 139 del Código de referencia, para la jornada extraordinaria en los días hábiles de trabajo…"

Así las cosas, debe valorar la administración si resulta procedente el permitir que sus funcionarios laboren los días de descanso pues si bien, como señala el consultante, tiene aprobado el pago de horas extra, la situación apuntada no se enmarca en dicho pago, lo cual puede traer implicaciones jurídicas a futuro, pues el artículo 152 no solo acarrea el pago doble de la jornada (lo cual ya de por si configura una carga más onerosa para la administración con respecto al pago de horas extra), sino también posibles sanciones.

Por último respecto a este tema, debe indicarse que si bien el pago que se debe dar a los servidores por los sábados laborados es doble, debe tenerse en cuenta que este día ya ha sido reconocido de manera "sencilla" en el pago de la jornada acumulativa semanal, razón por la cual para completar el doble pago solamente procede sumar a éste un "sencillo" más, o como indicara el Órgano Consultivo Estatal en el dictamen de recién cita:

"De ahí que, los numerales 152 y 149 del Código de Trabajo son categóricos en disponer, el pago repetido del salario devengado por los servidores diariamente, si éstos laboran durante los días que son prohibidos por ley; lo que, como se dijo en el Dictamen de cita, por el modo que opera en la

[42] Salvo las excepciones establecidas en los artículos 150, 151 y 152 del Código de Trabajo.

Administración Pública la cancelación de los sueldos, sólo correspondería pagarles un salario sencillo."

Superada esta fase, resulta ahora procedente referirnos a la segunda de sus consultas, recordándole que en virtud de lo expuesto en el segundo párrafo de este documento, no se entrará a analizar casos concretos como el que se expone en la consulta.

Sobre el tema aludido, hay que recordar que en torno a las distintas modificaciones que se pueden hacer en la relación laboral en aras de lograr una verdadera Carrera Administrativa, se pueden encontrar supuestos de aplicación como Ascensos Directos, Ascensos por Concurso Interno o Reasignaciones, sin embargo mediante el Oficio Circular IT-04-99-C del Área de Instrumentación Tecnológica de la Dirección General de Servicio Civil, se adicionó el mecanismo de Recalificación como una vía de ascenso.

Ahora bien, debe considerarse que el mecanismo de recalificación no establece posibilidades de ser utilizado para trasladar los puestos de un estrato a otro, como sería el pasar del estrato técnico al profesional, pues en lo tocante a la recalificación, el Oficio Circular recién citado indica que:

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

Cambio de grupo clasificatorio de un puesto dentro de una misma clase, cuando hayan variado los atestados personales del servidor regular que lo ocupa y se cumpla con el criterio de requisitos y clasificación respectiva y exista el presupuesto para el cambio…" **El destacado es suplido**.

Siendo así las cosas, no resulta procedente la aplicación de una recalificación de puesto cuando la misma se utiliza para pasar del estrato técnico al profesional. En este caso debe el consultante valorar si las reglas que se están aplicando al caso que cita, responden más a la reasignación de puesto, sin embargo la aplicación de este método no responde a simples "descripciones de funciones" y "avales de la

jefatura", pues sus reglas están claramente establecidas en los artículos 105 y siguientes del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, siendo ilegitima la posibilidad de desviar, suplir o modificar sus requisitos y procedimientos en aras de burlar el sistema estatutario establecido desde la misma Constitución Política (artículos 191 y 192).

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado f Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-510-2008
4 de setiembre del 2008

Licenciado
Giovanni Leiva Navarro
Coordinador
Departamento de Recursos Humanos
PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio de fecha 26 de agosto del 2008, recibido el 02 de setiembre del presente año, mediante el cual somete a nuestra consideración interrogantes en relación con el cálculo y pago de tiempo extraordinario que realiza esa entidad.

De previo debemos indicarle que el Estatuto de Servicio Civil en su Artículo 13 establece las atribuciones y funciones otorgadas a esta Dirección General, sean estas las relacionadas con el recurso humano nombrado dentro del Poder Ejecutivo, es por lo que en cumplimiento a ello y al no pertenecer esa Institución al Sistema de Méritos del Régimen de Servicio Civil, esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para pronunciarse.

Siendo esto así, le sugerimos presentar su consulta, si usted a bien lo tiene, ante la Autoridad Presupuestaria.

Atentamente,

Original firmado Licda. Oralia Torres Leytón
Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA

AJ-489-2008
26 de agosto de 2008

Licenciada
Ileana Perez Ávila
Directora a.i.
Área de Salarios e Incentivos

Estimada señora:

El día 21 de agosto del año en curso, recibimos su oficio número SI-147-2008 de fecha "19 de junio de 2008", por medio del cual solicita criterio jurídico sobre materia de incapacidades y subsidios que establece el artículo 34 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Considerando que este oficio tiene fecha del mes de junio y que en su último párrafo no se completó la idea, sino que se ponen puntos suspensivos en una de sus partes al decir: "…Así las cosas, solicitamos su criterio sobre el tema, en el entendido que la Asesoría Jurídica del Ministerio de trabajo(sic) **mediante…** ha establecido que la Oficina de Recursos Humanos de ese Ministerio…" (El resaltado es nuestro), la suscrita llamó por teléfono a esa Área, siendo atendida por un señor de nombre "José", a quien se le hizo la observación para que diera la información a su persona o al señor Carlos Briceño, quien indicó que mejor le decía a la secretaria que se comunicara con nosotros.

La Asistente Administrativa de dicha área, se comunicó con Vanessa Vargas, Asistente de este despacho, la cual le explicó que era lo que debían de corregir, y la Srta. Ericka Alpizar le indicó que iba a hablarlo con Carlos Briceño para que revisara el oficio que su persona le había dejado.

Como desde el día 21 de agosto estamos esperando su respuesta y la corrección de esta consulta, y al día de hoy no la hemos recibido, devolvemos sin trámite alguno el oficio SI-147-2008, no sin antes

indicarle que una vez recibido nuevamente, le estaremos dando el traslado debido.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado y Licda. Miriam Rojas González

Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA

AJ-471-2008
13 de agosto de 2008

Licenciada
Marta Porras Vega
Jefe Recursos Humanos
Imprenta Nacional

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio número RH 136-2008 de fecha 4 de agosto de 2008, en el cual nos solicita emitir criterio con respecto al siguiente caso:

"… El artículo 14 del Reglamento al (sic) Estatuto de Servicio Civil, regula lo referente al reingreso del funcionario regular dentro de la década siguiente a que el mismo hubiere prestado sus servicios dentro del Régimen de Servicio Civil.

En relación a (sic) esto, hemos recibido la solicitud de aplicación de dicho artículo de una funcionaria que estuvo nombrada en propiedad desde el 01/09/1988 hasta el 01/01/1996, por lo que de acuerdo con la normativa citada, su derecho al reingreso venció el 01/01/2006.(se adjunta copia).

Sin embargo esta funcionaria fue nombrada interinamente del 18/03/2002 al 31/07/2002 y del 19/08/2002 a la fecha, por lo cual, considera que el plazo establecido para su reingreso fue interrumpido y a la fecha no ha prescrito, se fundamenta además en el artículo 602 del Código de Trabajo.

De acuerdo con el procedimiento establecido, la Asesoría Jurídica de nuestra institución, se pronunció mediante oficio Nº AJ-093-08, del cual adjunto fotocopia."

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.

Para un mejor desarrollo del tema, procedemos a transcribir el Artículo 14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil concretamente en su párrafo tercero, el cual establece los requisitos a satisfacer para el reingreso por parte de un servidor que hubiere prestado sus servicios en alguna de las instituciones que conforman el Régimen de Méritos, el cual seguidamente se transcribe:

"Artículo 14

…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 no es del original).

De la anterior trascripción se colige, que la norma le otorga la posibilidad de reingreso a la persona que en su momento hubiere prestado servicios en un puesto dentro del Régimen de Servicio Civil por un periodo no inferior a cinco años y que además se encuentre dentro de la década siguiente.

Asimismo, en acatamiento a lo señalado y siendo un Régimen de Méritos donde el servidor ya cumplió con los requisitos de idoneidad en su momento, abre la posibilidad de que éste pueda incorporarse nuevamente al servicio público. Esto quiere decir que la posibilidad de ingreso la tiene dicho servidor siempre que sea nombrado en forma interina, para lo cual es el jerarca de la institución quien tiene esa

potestad, tal y como lo señala el artículo 140 de la nuestra Carta Magna el cual se transcribe a continuación:

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

1) Nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública, a los empleados y funcionarios que sirvan cargos de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil;

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

En ese mismo sentido, es necesario traer a colación la Resolución DG-027-98 de las diez horas el 26 de marzo de 1998, modificada por sus homólogas, DG-115-2002, DG-336-2003 y DG-247-2005, por medio de la cual se reglamentó la aplicación de este artículo 14, estableciéndose entre otras cosas que el interesado al momento de su retiro, deberá ser servidor regular y haberse desempeñado por un período no menor de cinco años.

El Artículo 1º de dicha resolución establece los requisitos que permiten el reingreso de ex funcionarios al Régimen de Servicio Civil al estipular lo siguiente:

a) "*Que al momento de su retiro haya sido un servidor regular que se desempeñó por un período no menor de cinco años amparado al Sistema de Méritos.* (el subrayado no es del original).
b) *Que reúna los requisitos que señala el artículo 9º del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, para lo cual se requiere el estudio de preingreso.*
c) *Que las calificaciones de sus servicios de los últimos cinco años que laboró, tengan un promedio de "Muy Bueno".*
d) *Cumpla con los requisitos para la clase a la que se va a reintegrar, con independencia de la especialidad de ésta, clase que debe ser igual o de inferior categoría a la que ostentaba.* (el subrayado no es del original).
e) *El reingreso puede ser a cualquier institución pública regida por el Estatuto de Servicio Civil."* (el subrayado no es del original). [43]

[43] Resolución DG-027-98

Véase que la normativa establece la concurrencia de varios requisitos como lo son un período consecutivo de tiempo, en el que el servidor debe haber prestado sus servicios y agrega la norma, la condición de que se encontrara "amparado al Sistema de Méritos", o sea nombrado de conformidad con los procedimientos que señala el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento en los Capítulos IV y V respectivamente.

Ahora bien, en relación con el plazo que establece la norma en cuestión para solicitar u otorgar el reingreso, cabe señalar que el mismo es inflexible, dado que se encuentra enmarcado dentro 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"* [44]. (El subrayado no es del original).

En igual sentido ha resuelto la jurisprudencia nacional, así por ejemplo el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera de la Corte Suprema de Justicia, indicó lo siguiente:

"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"[45]

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

[44] Vocabulario Jurídico, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, Pág. 431
[45] Tribunal Segundo Civil, Sección Primera de la Corte Suprema de Justicia sentencia N° 363 del 7 de octubre de 2005.

autor Guillermo Cabanellas *"en la caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración"* [46].

Para tener una mayor claridad de lo anteriormente expuesto, citamos el Voto N° 2005-07843 de la Sala Constitucional, el cual nos brinda un ejemplo de los alcances de la figura del reingreso "dentro de la década siguiente" regulada en el artículo 14 del Reglamento de rito:

"III.- Hechos probados. *De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:*

a) *Que de acuerdo a (sic) los archivos y registros del Ministerio recurrido el recurrente laboró para ese Ministerio en dos períodos : del 24 de junio de 1980 hasta el 01 de febrero de 1991 fecha en que renuncia de conformidad con la Ley de Equilibrio Financiero y Programa de Movibilidad Laboral.*

b) *Que el párrafo tercero del artículo 14 del Reglamento al (sic) Estatuto de Servicio Civil establece: "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. De igual derecho, y bajo las mismas condiciones antes señaladas, disfrutarán los servidores cuyos puestos hubieren sido suprimidos por ley o por reducción forzosa de servicios".*

c) *Que el recurrente presentó nota para solicitar el estudio de reingreso el 24 de marzo del 2003 , solicitud denegada mediante oficio nº 000450 del 28 de marzo del 2003 por cuanto la petitoria fue presentada posterior a la*

[46]Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Argentina, Editorial Heliasta, 1994, Pág. 15

década siguiente a su retiro que venció el 01 de febrero del 2001 (informe al folio 042)..."

"...Sobre el primer aspecto, donde se alega una errónea interpretación del artículo 14 del Reglamento al (sic) Estatuto de Servicio Civil, además de que no ha habido una mala interpretación, sino todo lo contrario, pues la interpretación que pretende el amparado no se desprende de la literalidad del artículo citado, tampoco se evidencia que se trate de un acto arbitrario, sino que la denegatoria para reingresar a la Administración Pública ha estado debidamente fundamentada en que el recurrente tenía hasta el 01 de febrero del 2001 para solicitar su reingreso. [47] (El subrayado es del original).

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

[47] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, de las quince horas con cincuenta y dos minutos del 25 de junio del 2005.

derecho, sea por no ejercerse en un plazo legal o convencional, sea por no cumplirse una "carga" impuesta por la ley o el contrato .."[48]

Al respecto, el oficio AJ-615-2007 emitido por esta Asesoría Jurídica en fecha 6 de noviembre de 2007, señala claramente la imposibilidad de suspender o interrumpir el plazo de caducidad para efectos de realizar la solicitud de reingreso al decir:

"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[49]*, 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..."

" ...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

---

[48] Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. San José, de las quince horas diez minutos del 31 de mayo del 2006.

[49] 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.

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".[50]

El oficio de marras, también concluye de la siguiente manera:

"...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 procesales 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;

[50] 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).

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)..."

Finalmente, el Tribunal de Trabajo Sección Tercera del Segundo Circuito Judicial de San José amplía los criterios supra indicados en el siguiente fundamento:

"...al no tratarse de un término de prescripción no es admisible el argumento de que el plazo se interrumpió por el ingreso del servidor en forma interina. No debemos olvidar que estamos en presencia de situaciones relativas al Sector Público, en donde rige el principio de legalidad, de manera que para sostener válidamente que esa circunstancia interrumpió el plazo decenal, debe haber norma que así lo establezca... [51](el subrayado no es del original).

Fundamentados en todo lo anterior, esta Asesoría Jurídica comparte el criterio jurídico emitido por la Asesoría Jurídica de la Imprenta Nacional en su oficio AJ-093-08, dado que efectivamente, el plazo establecido en el artículo 14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil es de caducidad, ya que tiene un momento de partida y de finalización claramente estipulado que lo torna inflexible, y que permitir que el plazo estipulado, como se dijo, sea suspendido o interrumpido, alongaría el tiempo que se tiene para poder aplicar la figura del reingreso.

Por último, el artículo 602 del Código de Trabajo, establece lo siguiente:

[51] Voto Nº103 del Tribunal de Trabajo Sección Tercera , Segundo Circuito Judicial de San José, de las ocho horas con treinta y cinco minutos del 28 de febrero de 2008.

*"**Artículo 602.-** Salvo disposición especial en contrario, todos los derechos y las acciones provenientes de contratos de trabajo, prescribirán en el término de un año, contado desde la fecha de extinción de dichos contratos."*

Como bien lo señala la norma, el plazo indicado contempla la figura de prescripción y no de caducidad, ambas son de naturaleza distinta, cabe agregar que el plazo de prescripción efectivamente puede ser interrumpido, mientras que el plazo de caducidad no, y que si bien es cierto el artículo 51 del Estatuto de Servicio Civil establece que en los casos no previstos en esta ley, reglamentos, leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con el Código de Trabajo, dicha normativa no podría ser aplicable de manera supletoria, ni recurrir a ella para otros efectos, pues como ya se dijo, estamos ante la figura de la caducidad y no de la prescripción.

Atentamente

Original firmado {Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-479-2008
19 de agosto de 2008

Señora
Kerling Hidalgo Herrera
Fax 2261-9457

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su escrito de fecha 05 de agosto del 2008, recibido el día 14 de ese mismo mes y año, mediante el cual se consulta lo siguiente:

> ***"…les pido muy respetuosamente me indiquen, si existe alguna limitante con respecto al número de familiares que puedan laborar para un mismo Ministerio, y si existe algún reglamento o decreto que ampare el criterio del señor Cordero Fernández, con respecto a que los directores de Recursos Humanos de los Ministerios tienen la potestad y la autoridad para revocar los nombramientos aún cuando se cumpla con todos los requisitos, y además decidir cuantos familiares quiere en el Ministerio, y dejar sin respuesta la nota que le hice llegar, sin tomar en cuenta el derecho de petición de respuesta pronta que me asiste, según el artículo 27 de la Constitución Política."***

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 de parentesco, 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.*"…**

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", dispone:

> **"*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.*"**

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.”…

Siguiendo esa misma línea, esta Asesoría Jurídica emitió el oficio AJ-624-2007, de fecha 14 de noviembre de 2007, que en lo que interesa señaló:

“…*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.”

También, resulta de utilidad la mención de los numerales 1) y 2) incisos a), e) y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, que señalan:

“Artículo 28.-
1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.
2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:
a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;
...
e) Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio;
...
j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes.“

En el mismo sentido, el numeral 140 inciso 2) de la Constitución Política en cuanto a las facultades de los Ministros del Poder Ejecutivo para nombrar y remover a sus servidores, señala:

“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;”

Igualmente le indicamos que el artículo 88 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil prevé la figura del reclamo administrativo, como una forma de tutelar los derechos de los servidores, si usted considera que la disposición emitida por algún jerarca, le ha causado perjuicio.

Del contenido de su consulta, se aprecia que el asunto es de resorte meramente interno, lo cual nos impide emitir algún

pronunciamiento en concreto al respecto, pues como se dijo, corresponde a la administración activa determinar lo que corresponde, con sujeción al bloque de legalidad, según se ha indicado supra.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

cc: MBA. Wilbert Cordero Fernández, Director de Recursos Humanos, Ministerio de Hacienda

AJ-545-2008
29 de setiembre de 2008

Msc.
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 su oficio MICIT-DVM-203-2008 de fecha 17 de setiembre de 2008, en el cual se pone en conocimiento de la Dirección General de Servicio Civil los antecedentes referentes a la situación presentada con un funcionario de ese Ministerio.

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.

La situación de cita radica, a grandes rasgos, en el hecho de que a un servidor se le nombró en propiedad en el Ministerio de Ciencia y Tecnología (MICIT), aun y cuando hacía menos de un año había sido despedido del puesto interino que ocupaba en el Ministerio de Seguridad Pública, situación que era desconocida por el MICIT, contraviniéndose con ello el numeral 9 inciso f) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil[52].

[52] El cual establece como un requisito obligatorio para el ingreso al Régimen de Servicio Civil que los postulantes no hayan sido destituido por infracción de las disposiciones del Estatuto, 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

Ahora bien, como parte integral de la misiva enviada se adjunta un oficio suscrito por la Asesoría Jurídica Ministerial en la cual se analiza de manera profunda el caso.

Sobre esto, debemos indicarle que compartimos las conclusiones arrojadas en el mismo, realizando eso si, una pequeña acotación respecto a la conclusión a la que se llega en el citado oficio, ya que parece existir una confusión respecto a las medidas a tomar, pues mientras inicia exponiendo la posibilidad de declarar nulo el nombramiento realizado con base en el artículo 29 del Estatuto de Servicio Civil, concluye, su fundamento en el Dictamen C-082-08 de la Procuraduría General de la República, que el Ministro de Ciencia y Tecnología se encuentra facultado para aplicar las sanciones impuestas por el Ministerio de Seguridad Pública.

Al respecto debe quedar claro que, según se desprende de los antecedentes citados en su misiva, el Ministerio de Seguridad Pública no solo se limitó a determinar en varias ocasiones la responsabilidad del servidor a través de procesos ordinarios de índole disciplinaria, sino que además aplicó las mismas al momento de despedirlo, ejecutando así las medidas sancionatorias preestablecidas, razón por la cual no puede ahora pretenderse aplicar nuevamente una sanción que ya ha sido ejecutada, pues habría una duplicidad de consecuencias de igual índole para un mismo hecho, corriéndose el riesgo de caer en violación abierta del principio de *non bis in ídem*, reconocido y protegido constitucionalmente.

Claro está que este razonamiento se aplicaría únicamente en el tanto lo que se pretenda ahora sea gestionar el despido del servidor por las faltas que sirvieron de base para el ya ejecutado, pues las otras faltas, insistimos en tanto no hayan sido sancionadas con la destitución, sí podrían ser ejecutadas por el nuevo jerarca, respetando el debido proceso y observando los plazos de prescripción, conclusiones alcanzadas por el Dictamen C-082-08 ya citado.

En este punto debe aclararse que el hecho de que un postulante haga incurrir a la Administración en un error respecto a las cualidades físicas o morales que posee, sea por manifestación expresa o por

omisión, conlleva por si mismo una actuación que puede ser sancionado disciplinariamente incluso con el despido[53], pues como ha indicado la Sala Constitucional en otras ocasiones al estudiar casos similares:

"… Resulta de importancia en el presente asunto, el hecho de que la recurrente faltó a la verdad al suscribir la Oferta de Servicios, por no aclarar su situación con respecto a sus antecedentes penales, (...)

Es evidente que el legislador en normas como las anteriores pretende, entre otras cosas, que la relación trabajador-patrono esté inserta en un ambiente de confianza y lealtad. Tal fin se frustra si el trabajador en su solicitud de trabajo incurre en una falsedad en cuanto a referencias o atestados personales, razón por la cual es lícito para el patrono despedirlo con base en ello." *(Voto 2002-01586)*

Igualmente, al haberse realizado el nombramiento en detrimento de lo dispuesto en el numeral 9 ya citado, también puede recurrirse al remedio legal estipulado en el articulo 29 del Estatuto de Servicio Civil, realizando para ello, por parte de ese Ministerio, los procedimientos de nulidad establecidos en la Ley General de la Administración Pública.

La escogencia de un proceso u otro, debe ser estudiada y realizada por la respectiva Administración Activa, sea en este caso por ese Ministerio y ejecutada a través de su Jerarca en ejercicio de las competencias otorgadas por el numeral 140 Constitucional y 28 de la Ley General de la Administración Pública.

Como corolario a lo expuesto, esta Asesoría Jurídica ha analizado el texto del Dictamen C-082-08 de la Procuraduría General

[53] Véase que el Código de Trabajo establece en el inciso g) del numeral 81 como justa causa de despido: *"Cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado"*

de la República, el cual fuera citado en el documento adjunto a su misiva, encontrando que algunas de sus conclusiones difieren con lo expuesto en el oficio AJ-428-07 emitido por esta dependencia.

Siendo que por disposición expresa del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los dictámenes y pronunciamientos emitidos por este Órgano Consultivo constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública, debe prevalecer lo ahí resuelto, por lo cual, mediante el presente documento se reconsidera el oficio AJ-428-07 y cualquier otro emitido por esta Asesoría Jurídica en cuanto se contraponga al Dictamen de repetida cita.

Sin más que agregar y en espera de haber dado respuesta a sus inquietudes, se emiten así las consideraciones del caso.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-560-2008
06 de octubre de 2008

Licenciada
Sandra María Quirós Álvarez
Directora Área
Gestión de Recursos Humanos

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico de fecha 26 de setiembre de 2008, el día 02 de octubre ese mismo año, mediante el cual se formula la siguiente consulta, del señor Róger Umaña Chávez.

> "*…la Comisión no puede evaluar la idoneidad de la servidora para el puesto y especialidad de repetida cita, porque la formación académica de ella no es, en este momento, atinente, y porque su situación no se encuentra dentro de las dos excepciones señaladas inmediatamente arriba …*"

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 esta consulta, resulta de interés reseñar las resoluciones de la Dirección General de Servicio Civil, que a continuación se detallan:

1.- De la Resolución DG-088-2008 de las ocho horas del 18 de marzo de 2008, el artículo 2:

> *"Articulo 2: Los funcionarios nombrados en propiedad en puestos con especialidad Administración de Recursos Humanos y que posean títulos o formación académica que a partir de la vigencia de la presente no se consideren atinentes, mantendrán los derechos a la carrera administrativa, inclusive a la reasignación de los puestos que ocupan en propiedad."*

2.- De la Resolución DG-246-2008 de las ocho horas del 26 de mayo de 2008, el artículo 1:

> *"Articulo 1. Adicionar al artículo 2 de la resolución DG-088-2008, el siguiente párrafo:*
>
> *Los funcionarios que, al momento de entrar en vigencia la resolución DG-088-2008, se encuentren nombrados en forma interina en puestos cuya especialidad sea Administración de Recursos Humanos y que posean títulos o formación académica distinta a las carreras señaladas conservaran el derecho de sus nombramientos hasta la fecha en que se extinga la causa que originó la ocupación interina del puesto; así como, a participar en el concurso respectivo por una única vez."*

Véase que la consulta se reduce a determinar el alcance del artículo 2 de la Resolución DG-088-2008 y sus reformas, para efectos de la aplicación del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Es criterio de esta Asesoría Jurídica que la inquietud planteada se encuentra resuelta en la misma norma, aunque quizá su apreciación no resulta tan evidente, por lo que se hace necesario realizar un breve análisis para llegar a esa conclusión.

En términos generales, el artículo 2 de la Resolución DG-088-2008 y sus reformas, aunque no utiliza esa terminología, se trata de una

norma de derecho transitorio, es decir, la supervivencia de situaciones jurídicas consolidadas y el reconocimiento de expectativas de derecho, frente a un cambio normativo que limita e incluso elimina los posibles efectos jurídicos existentes anteriores a la reforma.

Si bien la norma no lo dice en esos términos, es indiscutible que el cambio normativo en cuanto a la atinencia de la especialidad Administración en Recursos Humanos, no tiene efectos jurídicos, es decir, resulta ineficaz, respecto de los funcionarios nombrados en propiedad con anterioridad a la reforma. En otras palabras, la formación de esos funcionarios, con la cual se nombraron en propiedad, obligatoriamente se tendría que "*seguir considerando como atinente*" a esa especialidad. La norma es tan amplia en cuanto a esa situación, que expresamente señala que "*mantendrán los derechos a la carrera administrativa*."

Ese análisis nos conduce a desarrollar la situación de los funcionarios nombrados en forma interina. El artículo 2 de la Resolución DG-088-2008 les reconoció dos derechos: a.- ocupar el puesto en que se encontraren nombrados hasta la extinción de la causa de ocupación y b.- participar en el concurso respectivo por una única vez.

Precisamente en ese segundo derecho se encuentra la respuesta a su consulta. Los puestos vacantes se pueden llenar de muchas formas.

La forma más generalizada se trata del concurso externo. Sin embargo eso no impide que también se puedan llenar siguiendo el desarrollo de la carrera administrativa. Únicamente para recordar, la carrera administrativa se puede desarrollar de muy diversas formas, dentro de las que se pueden mencionar al menos dos muy comunes: los ascensos directos y los concursos internos.

La decisión de cómo llenar un puesto vacante, corresponde con una facultad unilateral y discrecional de la administración, pues nada la obliga a llenar las vacantes de determinada forma, con excepción del orden regulado por el artículo 22 del Reglamento de Concursos Internos para Promoción de Servidores Públicos, Decreto Ejecutivo Nº 24025-MP del 13 de enero de 1995.

La carrera administrativa se encuentra reservada para los servidores regulares, es decir, nombrados en propiedad. Los servidores nombrados en forma interina, aunque no se trata de carrera administrativa en sentido estricto, disponen de la utilización de dos mecanismos contemplados en los artículos 11 y 14 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que podrían denominarse como modalidades excepcionales de ingreso al Régimen de Servicio Civil.

Esas modalidades excepcionales de ingreso, además de encontrarse rigurosamente reguladas, también se encuentran limitadas en su ámbito de aplicación, pues únicamente pueden producir el ingreso en propiedad del puesto que actualmente estaría ocupando el servidor nombrado en forma interina.

De manera tal que si el artículo 2 de la Resolución DG-088-2008 otorgó la posibilidad de participar en el concurso respectivo por una única vez, lo que implícitamente está otorgando es la posibilidad de ser nombrado del registro de elegibles que el concurso externo produzca y por ende, ser nombrado en propiedad en cualquier puesto cubierto por el Régimen de Servicio Civil cuya especialidad sea Administración de Recursos Humanos, aunque ya no estuviere vigente la atinencia por la que se fue nombrado en forma interina y permite su participación en el concurso.

De lo anterior se infiere que, si la norma permite la participación en el concurso respectivo por una única vez, lo que eventualmente produciría el nombramiento en propiedad en cualquier puesto cubierto por el Régimen de Servicio Civil, resultaría contrario a esa autorización genérica impedir el nombramiento en propiedad en un puesto específico por aplicación de una modalidad excepcional de ingreso, como por ejemplo el artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. En ese sentido, se hace manifiesto el principio general de Derecho "*a maiori ad minus*" (el que puede lo más puede lo menos) o, formulada en otros términos, cuando una norma abarca algo, todo aquello que está dentro de ese algo queda a su vez abarcado por la misma.

No obstante, valga reiterar que la aplicación de las modalidades excepcionales de ingreso, al igual que la aplicación de vías de carrera administrativa, corresponde con una facultad unilateral y discrecional de la administración, pues nada la obliga a llenar las vacantes de determinada forma. En tal sentido, la administración podría aplicar una modalidad excepcional de ingreso, una vía de carrera administrativa o bien, el concurso externo.

Un comentario final sobre un aspecto no consultado pero que vale la pena aclarar con ocasión de su consulta. Una vez que eventualmente un funcionario nombrado en forma interina con formación que ya no sea atinente a la especialidad Administración de Recursos Humanos, pero que obtenga la propiedad con base en los derechos concedidos en el artículo 2 de la Resolución DG-088-2008, indudablemente podrá disfrutar de los derechos reconocidos para los servidores en propiedad con anterioridad al cambio normativo, a saber los derechos de carrera administrativa e inclusive a la reasignación de puestos. Si eso no fuera así, se estuviera creando una diferenciación entre servidores en propiedad cuya formación ya no se encuentra vigente para efectos de la atinencia con el puesto que desempeñan.

Finalmente, cabe reiterar que corresponde a la administración activa, determinar el ámbito de aplicación subjetiva establecida en el ordenamiento jurídico, análisis dentro del cual se resolvería el caso concreto.

Atentamente,

Original firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

Cc. Roger Umaña Chávez
Coodinador OSC – SINAC

AJ-610-2008
29 de octubre de 2008

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, procedemos a darle respuesta a su oficio RH-831-2008 de fecha 15 de octubre de 2008, en el cual se nos consulta qué tipo de compromiso laboral absorbería esta Institución ante el ofrecimiento de la prestación de servicios *ad honorem* para con esta 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.

Dado que la consulta gira en torno a la relación de servicio que podría devenir de la "contratación" de personal *ad honorem* (también llamado "voluntario", "meritorio", "gratuitos", "no remunerados", etc.), ha de partirse del estudio general de este tipo de servidores, para lo cual se hace necesario indicar que en el ordenamiento jurídico costarricense son sumamente pocas las normas que desarrollan o tan siquiera contienen a este tipo de funcionarios[54], razón por la cual el estudio de marras deberá realizarse integrando las normas que resulten aplicables al caso.

[54] Sobresalen al caso el numeral 139 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Nº 7333 del 5 de mayo de 1993) y el Reglamento para Policías de Tránsito Ad- Honorem (Decreto Ejecutivo Nº 29065 del 07 de octubre del 2000).

Así las cosas, para poder entender el tipo de obligaciones que devendrían de la citada "contratación" o "reclutamiento" debe aclararse primero si el funcionario *ad honorem* es, de manera amplía, un funcionario público.

Para estos efectos es dable señalar que el numeral 111 de la Ley General de la Administración Pública (Ley Nº 6227 del 2 de mayo de 1978) desarrolla de manera amplía el concepto de servidor público, indicando en lo conducente que:

*"**Artículo 111.-***
1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva…" El destacado es propio.

De la transcripción realizada se colige sin problema alguno, que la calidad de "servidor público" se da tanto si la respectiva actividad es remunerado o no, por lo cual los servidores *"ad honorem"* deben catalogarse como servidores públicos, en atención a los servicios que prestan a favor de la Administración.

Claro está que el hecho de que el prestatario *ad honorem* sea considerado funcionario público, de ninguna manera implica que su relación para con el Estado sea igual, o tan siquiera equiparada a la del resto de los servidores, pues como se dirá, existen marcadas diferencias en dicha relación, sobresaliendo ante todo, la falta de remuneración[55], característica que si bien sustrae un elemento indispensable de las relaciones de servicio (el salario), no elimina la característica de servidor público según el citado artículo 111.

[55] De hecho el voluntariado en la función pública se ha considerado como un asunto de "honor" en el servicio a la Patria, que más que traducirse en beneficios económicos para el prestatario, se basa en los más altos principios de cooperación, solidaridad y bienestar social, afirmación que ha sido sostenida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual indicó en su Voto Nº 3834-92 que: *"…Ahora un funcionario o empleado Ad Honórem significa que el cargo que ostenta obedece al honor que le confiere, al margen de cualquier beneficio económico, que por otra parte no recibe…"*

Quedando clara la naturaleza jurídica del prestatario *ad honorem*, puede ahora entrarse a valorar qué tipo de compromisos laborales se adquieren con el ingreso de un servidor de este tipo, entendiendo el término "compromisos laborales" como el cúmulo de obligaciones y derechos de los que el mismo se haría acreedor. En este caso resulta por demás ilustrativo el numeral 139 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el cual indica:

*"**Artículo 139.-** Podrá haber en cada oficina, hasta dos servidores meritorios, nombrados por los respectivos jefes de Despacho. La relación creada bajo las previsiones de este artículo no crea derechos laborales en favor del meritorio, pero sí faculta para el ejercicio del régimen disciplinario…"* El resaltado es del redactor.

Véase entonces que para el caso de los funcionarios meritorios del Poder Judicial, se estaría ante un servidor público encargado del cumplimiento de una determinada actividad pública, sin que por ello nazca derecho laboral alguno (entiéndase entre otros anualidades, carrera profesional, salario, aguinaldo, cargas sociales, salario escolar, etc.), pero atado siempre al régimen disciplinario aplicable.

Ahora, si bien esta norma no resulta de aplicación directa para los servidores *ad honorem* que presten sus servicios dentro de las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil, las reglas que la misma estipula pueden extraerse válidamente de disposiciones estatutarias y jurisprudenciales de igual validez, pues la exclusión de este grupo de servidores parece estar contemplada en el inciso e) del artículo 5 del Estatuto de Servicio Civil (Ley Nº 1581 del 30 de mayo de 1953) el cual al efecto indica que:

*"**Artículo 5º.-** Quedan también exceptuados de este Estatuto, los siguientes funcionarios y empleados: (…)*

e) Los trabajadores que presten servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos en virtud de contrato especial." El subrayado no pertenece al original.

Esta característica de "ocasionalidad" en la prestación del servicio, forma parte casi indisociable del servidor *ad honorem*, quien pocas veces se incorpora de manera permanente a la estructura organizacional del Estado, pues tal y como indicara la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-016-94[56]:

"…Ahora bien, la práctica seguida en nuestro país ha marcado una profunda y significativa diferencia entre los servidores regulares remunerados y los funcionarios ad honorem, además de la ausencia de remuneración en los segundos. Esa diferencia reside en la permanencia o habitualidad de los primeros frente a la ocasionalidad de los segundos, en lo que a la prestación del servicio se refiere.

Lo anterior -como ya hemos adelantado y veremos ahora con más detalle- es consecuencia de una deficiente organización y casi inexistente regulación de los servidores ad honorem en nuestro país… …Esa confusión o falta de definición en cuanto a los efectos que producen o debieran producir los nombramientos ad honorem en nuestro país, ocasiona a su vez, una falta de vinculación o integración de estos funcionarios a los órganos o dependencias públicas a las cuales se supone que deberían prestar sus servicios…"

Siendo así las cosas, puede asegurarse que el funcionario *ad honorem*, en tanto presta funciones de manera ocasional, no se torna acreedor de los derechos estipulados por el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, así como ninguna otra norma conexa, razón por la cual no existe obligación del patrono de reconocerle cargas salariales o sociales de ningún tipo, incluyéndose entre estas las relativas a la seguridad social, tanto por la definición misma que da el "Reglamento del Seguro de Salud" emitido por la Caja Costarricense de Seguro Social al término "Asegurado", como por la forma en la que se deben

[56] Debe llamarse la atención al hecho de que si bien este Dictamen fue reconsiderado parcialmente por el Dictamen C-045-97, donde se aseguró que existen ocasiones en las que la prestación de este tipo de servicios puede volverse permanente y habitual, esto es solo una posibilidad que no se da en la mayoría de los casos, pues pocos ciudadanos se podrían mantener perpetuamente en una relación laboral donde no exista una remuneración económica. Sin embargo la determinación de esa ocasionalidad debe ser realizada por las respectivas Unidades Administrativas previo a aceptar la oferta de prestación de servicios *ad honorem*.

realizar los aportes para poseer dicho *status*, conclusiones que se extraen de lo expuesto en los numerales 11 y 62 de ese cuerpo normativo, los cuales al efecto indican que:

"Artículo 11º
De la cobertura según modalidad de aseguramiento.
Son asegurados según su respectiva modalidad de cotización y aseguramiento las siguientes personas:

1. *Los trabajadores asalariados. (…)*

"Artículo 62º
De las contribuciones

Las contribuciones al Seguro de Salud, serán las siguientes:

1. Sector asalariado.
a. Trabajadores: 5.50% de sus salarios.
b. Patronos: 9.25% de los salarios de sus trabajadores.
c. Estado como tal: 0,25% de los salarios de todos los trabajadores del país.
La deducción debe practicarse tanto sobre el monto ordinario del salario como sobre las retribuciones extraordinarias o especiales, incluido el salario en especie.

En este supuesto se puede afirmar que resulta por demás ilógico pensar que a un funcionario que se encuentra prestando sus servicios de manera gratuita se le cobre un porcentaje sobre una base impositiva inexistente, tornando económicamente gravosa la situación del mismo.

Ahora bien, el hecho de que el servidor *ad honorem* se encuentre desligado de los derechos laborales que otorga el Régimen de Servicio Civil, no lo excluye correlativamente del régimen disciplinario existente en el ente u órgano empleador, pues la Ley General de la Administración Pública es clara al establecer en sus numerales 199 y siguientes el régimen de responsabilidades a las que se ven atados los servidores públicos, de entre los cuales se

encuentra, según dispone su mismo numeral 111, el servidor *ad honorem*, véase que el mismo Órgano Consultor Estatal ha sido claro al establecer en este sentido que:

"…*Si bien en tesis de principio, los bomberos voluntarios no tienen la consideración de personal funcionario ni de personal laboral y se rigen por la normativa establecida al efecto por vía de reglamento, lo cierto es que bajo aquél esquema organizacional que mencionamos y partiendo de que la acción voluntaria que prestan, pese a su innegable sustrato privado, actúa funciones materialmente públicas, ante la falta de regulación general o especial al efecto, estimamos que debe darse a dicho voluntariado formal y público el mismo tratamiento que al personal al servicio del Estado, ya que por desarrollar funciones públicas, están sometidos necesariamente al régimen administrativo; esto al tenor de la regla prevista por el párrafo 3º del artículo 112 de la citada Ley General, en el entendido de que se le aplicarán –en lo que les resulten aplicables- las disposiciones legales de Derecho Público, para garantizar la legalidad y moralidad administrativas, dentro de las cuales se encuentran indudablemente las relativas al denominado régimen de los deberes funcionales o incompatibilidades, los sistemas de control interno, y otras materias propias de las Administraciones Públicas, incluido el régimen general de responsabilidad administrativa (arts. 199 y ss de la Ley General de la Administración Pública), pues innegablemente quienes presten servicios voluntarios dentro de la Administración deben actuar de forma diligente y solidaria en la ejecución de las tareas que les son encomendadas, sin sobrepasar los límites de responsabilidad asignados, así como emplear adecuadamente los recursos y medios materiales puestos a su disposición para el desarrollo de la actividad voluntarias, no haciéndolo en beneficio particular o para usos distintos a los encomendados. (…)* Los subrayados son propios. **Dictamen C-114-2006.**

Por último, respecto a la necesidad de suscribir un contrato para establecer las reglas y demás circunstancias de la relación que se pretenda crear, considera esta Asesoría Jurídica que efectivamente el mismo se torna necesario, pues al no existir normas claras de aplicación directa a la situación de marras, debe crearse entonces un

marco de acción claro que permita un desenvolvimiento correcto y acorde con la necesidad institucional.

Así mismo como corolario del asunto aquí tratado debe recordarse que por ser el funcionario *ad honorem* un funcionario público a fin de cuentas, para que el mismo pueda comenzar a desempeñar las funciones que le sean encomendadas debe, según el mismo numeral 111 de repetida cita, ser investido con esa calidad.

Sin más que agregar se emite así el criterio solicitado.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

p/Original Firmado (Licda. Oralia Torres Leytón

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-619-2008
05 de noviembre de 2008

Señora
Zoila Rodríguez Tencio
Correo Electrónico: zrodriguez@fonafifo.com

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su consulta de fecha 29 de octubre del año 2008, mediante la cual indica lo siguiente:

"Actualmente estoy laborando para el Fideicomiso 544 FONAFIFO/BNCR, cuyo fideicomitente es el Fondo Nacional de Financiamiento Forestal, el cual para cumplir con el informe No DFOE-AM-38-2004 del 10 de diciembre del 2004, emitido por la Contraloría General de la República, se encuentra en un proceso de reestructuración organizacional, lo cual incluye que el personal del Fideicomiso sea contratado por medio del Régimen del Servicio Civil.

De acuerdo con lo anterior y al artículo No 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, tengo la oportunidad de concursar para una plaza, por lo que considerando lo externado por la Procuraduría General de la República en su dictamen C-118-98 del 16 de junio de 1998 y la Sentencia No 0360-Tribunal de Trabajo, Sección Tercera, Segundo Circuito Judicial San José sobre el reconocimiento de antigüedades, quisiera conocer los requisitos que debo presentar en una eventual contratación por este Régimen, ***bajo la tesis del Estado como "Patrono Único"*** *para que se me reconozca el pago de anualidades, por el tiempo laborado en el* ***Banco Cooperativo Costarricense R.L.*** *(Bancoop R.L., actualmente en proceso de liquidación por quiebra) entidad que se rige por el derecho público y forma parte del sector público por cuanto fue creado por Ley 6894 del 22 de setiembre de 1983 "Ley de Creación del Banco Cooperativo"*

mismo que se regula por las disposiciones del Sistema Bancario Nacional".(el subrayado pertenece al original)

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.

Para un mejor desarrollo del tema, se traer a colación lo que el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (Decreto Ejecutivo Nº 21 de 14 de diciembre de 1954) en su numeral 11 establece:

"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...."*

De la anterior normativa se desprende que tales servidores podrán adquirir la propiedad cuando demuestren o hayan demostrado su idoneidad, a juicio de la Dirección General de Servicio Civil, no implicando esto que por el solo hecho de que el puesto pase al Régimen de Méritos, necesariamente se va a adquirir la propiedad de pleno derecho, ya que los servidores deberán demostrar idoneidad.

Ahora bien, en relación con el Fideicomiso FONAFIFO, la Procuraduría General de la República, mediante Dictamen C-352-2007, señala lo siguiente en lo que interesa:

"A pesar de que la gestión que nos ocupa se plantea en términos muy generales (pues alude a servidores contratados "por la Administración Pública", a través de "fuentes de financiamiento específicas y estructuras financieras, como Fideicomisos, convenios u otros"), presumimos que el personal sobre el cual versan las consultas es el que ejecuta "funciones y gestiones públicas", "encomendadas por ley" a FONAFIFO, pero que fue contratado, con recursos públicos, por los fideicomisos a que se refiere el artículo 49 de la Ley Forestal (n.° 7575 de 13 de febrero de 1996).

La anterior presunción es acorde con lo señalado por la Contraloría General de la República en su informe presupuestario DFOE-AM-38/2004, remitido mediante el oficio 15775 (FOE-AM-0787 de 10 de diciembre de 2004), donde indicó lo siguiente:

"Si bien existe fundamento legal para que ese Fondo administre los recursos otorgados para dichos fines bajo la figura del fideicomiso; en la práctica se ha producido un traslado de las funciones esenciales del FONAFIFO a la administración de los fideicomisos, a tal punto que podría decirse que el FONAFIFO se ha confundido con los fideicomisos. Para llegar a la anterior conclusión vasta efectuar un repaso al presupuesto del fideicomiso y darse cuenta de que la presupuestación de las remuneraciones del personal que labora para el FONAFIFO, así como el resto de gastos administrativos, se carga al presupuesto de los fideicomisos y que el FONAFIFO, como órgano del MINAE, no somete su propio presupuesto para aprobación de este Órgano Contralor, tal como lo obliga el artículo 18 de la Ley Orgánica de esta Contraloría General, Ley N° 7428 del 7 de septiembre de 1994. Además, mediante la nota No. FONAFIFO D-267 de 2 de diciembre del presente año, el Director Ejecutivo de ese Fondo señala que el personal es contratado por el fideicomiso. Lo anterior es improcedente por cuanto, tal como se expuso, el Estado tiene entre sus funciones esenciales la administración de los recursos forestales y el pago por servicios ambientales,

derivada de la Ley Forestal, y esa función esencial no es delegable".

Partiendo entonces del supuesto indicado, debemos señalar que esta Procuraduría no encuentra diferencia significativa alguna entre la situación del personal sobre el que ahora se nos consulta, y la del que se analizó en los dictámenes reseñados en el apartado anterior, por lo que se impone reiterar que esas personas, en tanto hayan realizado y realicen funciones públicas, pueden ser catalogados como funcionarios públicos. Igualmente, consideramos que no existe razón alguna para que ese personal esté fuera del Régimen de Servicio Civil, y que para su ingreso a ese Régimen, es aplicable el artículo 11 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil.

En todo caso, conviene señalar –como ya lo habíamos hecho en nuestro dictamen C-168-2006 citado– la improcedencia de seguir acudiendo a figuras como la del fideicomiso para nombrar funcionarios públicos, pues ello implica evadir los procedimientos normales de reclutamiento y selección, y propiciar nombramientos irregulares, lo que podría justificar la imposición de sanciones administrativas, civiles, e incluso penales. Esa situación, en el caso específico de FONAFIFO, ya había sido advertida tanto por la Contraloría General de la República en su informe presupuestario DFOE-AM-38/2004 ya citado, como por esta Procuraduría en su dictamen C-246-2005 del 4 de julio de 2005. En el informe mencionado, la Contraloría expuso:
"Tal y como lo señala el Reglamento a la Ley Forestal, el FONAFIFO se compone de una estructura en la que destaca la Junta Directiva, la Dirección Ejecutiva y el personal contratado de conformidad con la facultades que le confiere ese Reglamento. Esta es la estructura definida para llevar a cabo la función establecida en la Ley Forestal y su reglamento; no obstante, el personal de dicha estructura creada para desarrollar la función esencial estatal encomendada no se ubica en el Estado, como corresponde, sino en la estructura que el Fideicomiso ha creado en forma improcedente, lo que obliga a corregir la situación."

Por otra parte, si bien debe entenderse que las personas a las cuales se refiere la consulta adquirieron la condición de "funcionarios públicos" desde el momento en que empezaron a realizar "funciones públicas", las implicaciones salariales (y laborales en general) de esa afirmación deben analizarse, detenidamente, y por aparte, cada vez que resulte necesario, a efecto de no conferirles beneficios que sean incompatibles con las condiciones bajo las cuales fueron contratados o bajo las cuales prestaron sus servicios; o bien, para no negarles derechos que bajo esas mismas condiciones sí les corresponderían"

Entre las conclusiones del citado dictamen, se señalan las siguientes:

1. Las personas contratadas por el Fondo Nacional de Financiamiento Forestal (FONAFIFO) por medio de los fideicomisos a que se refiere el artículo 49 de la Ley Forestal, para realizar funciones públicas al amparo de atribuciones y competencias encomendadas por ley a FONAFIFO, pueden ser consideradas como funcionarios públicos, por lo que deben estar sometidas a una relación de empleo público, y cubiertas por el Régimen de Servicio Civil.
2. Las personas a que se refiere el punto anterior deben ser catalogadas como funcionarios públicos desde el momento en que iniciaron el ejercicio de funciones públicas.
3. El mecanismo para incluir a ese personal dentro del Régimen de Servicio Civil, es el previsto en el artículo 11 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil. [57]

Con respecto al criterio de la Procuraduría General de la República que indica la consultante, referido al reconocimiento de anualidades, así como de la Sentencia Nº 0360-Tribunal de Trabajo, Sección Tercera del Segundo Circuito Judicial de San José (de la cual desconocemos la fecha de la misma), debe indicársele que esta Dirección General no tiene competencia para extender los alcances de

[57] Dictamen C-352-2007, del 2 de octubre de 2007.

dichos criterios y aplicarlos por analogía a otras entidades o instituciones, por estar de por medio el erario público .

Como se le indicara supra, no se atiende el caso concreto, función que debe realizar la Oficina de Recursos Humanos de la institución de que se trate y resolver lo pertinente, pudiendo sus autoridades, para esos efectos y si así lo consideran necesario, solicitar criterio ante el Órgano Estatal Consultivo Vinculante.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-614-2008
31 de octubre de 2008

Señor
José Fernando Zúñiga Villalobos
Profesional de Ingresos 1-B
Dirección General de Aduanas
Ministerio de Hacienda

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica y mediante oficio de remisión SI-185-2008 del 22 de octubre de 2008 proveniente del Área de Salarios e Incentivos de esta Dirección General, procedemos a darle respuesta a su oficio sin número de fecha 13 de octubre de 2008, por medio del cual hace la consulta acerca de la naturaleza jurídica del Centro para la Promoción de las Exportaciones y las Inversiones (CENPRO).

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.

Para un mejor desarrollo del tema, debemos aclarar que la Ley Nº 4081 de fecha 27 de febrero de 1968, la cual creó al Centro para la Promoción de las Exportaciones y de las Inversiones (CENPRO), fue derogada por Ley Nº 7638 de fecha 30 de octubre de 1996, que vino a crear el Ministerio de Comercio Exterior y la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica (PROCOMER).

En el caso de CENPRO, el artículo 1 de la Ley 4081, establecía lo siguiente:

"Artículo 1º.- Se crea el Centro para la Promoción de las Exportaciones y de las Inversiones, denominado en adelante CENPRO, como entidad de Derecho Público, de carácter no estatal, con personalidad jurídica y patrimonio propios...."

Asimismo el artículo 7 de la actual Ley Nº 7638, establece cual es la naturaleza jurídica de PROCOMER, que a continuación se transcribe en lo que interesa:

"ARTICULO 7.- Creación

Créase la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica, cuyo acrónimo será PROCOMER, como entidad pública de carácter no estatal." (el subrayado no pertenece al original).

En ese mismo sentido, la Procuraduría General de la República en el Dictamen C-102-2008 del 8 de abril de 2008, define en cuanto a la naturaleza jurídica de PROCOMER lo siguiente:

"Esta Procuraduría General de la República mediante dictamen C-047-2001 del 21 de febrero del 2001, el cual, fue ratificado por los dictámenes C-335-2001 del 5 de diciembre del 2001 y C- 235-2005 del 24 de junio del 2005, estableció que el artículo 7 de la Ley No 7638 del 30 de octubre de 1996, define la naturaleza jurídica de PROCOMER como entidad de carácter no estatal. Al respecto, este Organo Asesor señaló en el citado dictamen lo siguiente:

"A tenor de lo anterior, es importante tener en cuenta que PROCOMER fue creada mediante la Ley N° 7638 del 30 de octubre de 1996 como una entidad pública de carácter no estatal (artículo 7).

El ente público no estatal se encuentra sometido al Derecho Público, sin estar dentro del encuadramiento estatal. Por consiguiente, PROCOMER como ente público consta de una naturaleza pública, y por ende se encuentra sometido al Ordenamiento Jurídico, en virtud del principio de legalidad, y en satisfacción del interés público.

En relación con el término "Entes Públicos no Estatales" la Procuraduría General de la República ha comentado:

"Se reconoce doctrinalmente el concepto de Institución pública no estatal como aquella que, si bien se rige por el Derecho Público, no

pertenece al encuadramiento estatal. Así: Si bien es frecuente en el lenguaje común (incluso en muchos autores contemporáneos) hablar indistintamente de "entes públicos" y "entes estatales" como sinónimos, tales conceptos no son intercambiables entre sí. El mérito de haber señalado la diferencia pertenece a SAYAGUEZ LASO, quien expresa "La doctrina clásica sostenida que las personas eran del Estado por el Estado y para El Estado. Ello llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras, toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como colorario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado, no podría ser pública. En definitiva, público y estatal venía a ser la misma cosa "El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades reguladas indudablemente por el derecho público (...). "(...) personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público. (GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, Ediciones Amchi, Buenos Aires, 1977, pág. XI-8). (Dictamen N° C-039-2000 del 2 de marzo de 2000, ver en ese mismo sentido los dictámenes N° C-039-00 del 2 de marzo del 2000, C-282-00 del 13 de noviembre del 2000 y la opinión jurídica N° OJ-050-00 del 17 de mayo del 2000). (Nota: En ese mismo sentido, el jurista costarricense Mauro Murillo, en su libro de Ensayos de Derecho Público Indica: "(...) El conjunto de entes públicos forma el Sector Público. Se rige normalmente por el Derecho Público, salvo en cuanto a su actividad algunos que constituyen empresa". MURILLO (Mauro). Ensayos de Derecho Público. San José, Costa Rica, Editorial, UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA, 1988, pág.28. " (Dictamen C-047-2001 de 21 de febrero del 2001).

En relación con este punto, deben hacerse algunas consideraciones adicionales con respecto a la naturaleza jurídica de las entidades públicas no estatales para clarificar el punto. En síntesis, se trata de entes que no se enmarcan dentro del Estado, por

lo que se admite que no integran la Administración Pública, pero que están sujetos en mayor o menor medida a un régimen de derecho público en razón de las funciones que desempeñan, pues el legislador les ha confiado una serie de competencias en forma expresa.

En ese sentido, son titulares de una serie de potestades administrativas, pero se considera que sus fines son de un interés general menos intenso que el que satisface el Estado. Lo anterior se explica al tomar en cuenta que, por regla de principio, una característica propia y distintiva del ente público no estatal es que reside sobre una base asociativa, de modo que los intereses que está llamado a tutelar son de carácter grupal o gremial, en donde existe de parte del Estado un legítimo interés en su tutela aunque, por naturaleza, el ejercicio de esta tutela no la asume directamente, aunque sí la puede supervisar(...)

(...)En el caso de la Promotora de Comercio Exterior de Costa Rica, cabe destacar su competencia, organización y conformación de su patrimonio, no solo para reafirmar su naturaleza jurídica de ente público no estatal, sino para determinar la sujeción o no del ente a las directrices que emita el Poder Ejecutivo en determinados campos.

(…) En síntesis, PROCOMER es un ente público no estatal, al cual, el legislador otorgó competencias específicas con sujeción clara a las directrices que dicte el Poder Ejecutivo en cuanto a los programas relativos a exportaciones e inversiones. La mayor parte del financiamiento de PROCOMER proviene de capital estatal, y por ende de fondos públicos, los cuales, pueden ser fiscalizados facultativamente por la Contraloría General de la República. La integración de su Junta Directiva es parte de carácter representativo y parte de elección libre del Consejo de Gobierno. Todo lo anterior, reafirma su naturaleza jurídica del ente y el interés público que reviste el manejo de fondos realizados por PROCOMER."[58]

En virtud de lo anterior, se desprende tal y como lo señala la Procuraduría General de la República, que PROCOMER es un ente público no estatal al igual que lo fue CENPRO en su oportunidad.

Ahora bien, de acuerdo con lo que dispone el inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, es

[58] Dictamen C-102-2008 del 8 de abril de 2008.

procedente el reconocimiento de aumentos anuales a los servidores del sector público, en propiedad o interinos, que hubieren prestado servicios en otras entidades del Sector Público, a contrario sensu, si un funcionario no lo ha realizado, no tiene derecho a su reconocimiento.

Con respecto al criterio de la Procuraduría General de la República que aporta el consultante, referido al reconocimiento de anualidades a los ex funcionarios de la Corporación Zona Franca de Exportación S.A., debe indicársele que esta Dirección General no tiene competencia para extender los alcances de dichos criterios y aplicarlos por analogía a otras entidades o instituciones.

Como se le indicara supra, no se atiende el caso concreto, función que debe realizar la Oficina de Recursos Humanos del Ministerio de que se trate y resolver lo pertinente, pudiendo sus autoridades, para esos efectos y si así lo consideran necesario, solicitar criterio ante el Órgano Estatal Consultivo Vinculante.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Randy E. Obando Mora
Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-538-2008
24 de setiembre de 2008

Licenciado
Guillermo Barrantes Rodríguez
Jefe
Oficina Servicio Civil- Seguridad Pública

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio OSCSP-462-2008 de fecha 17 de setiembre de 2008, en el cual, ante la remisión a su dependencia del Recurso de Revisión interpuesto por una servidora del Ministerio de Seguridad Pública contra el Departamento de Análisis y Evaluación de la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Seguridad Pública, se plantea la duda sobre si la atención y resolución del mismo debe ser atendido por su Sede Administrativa.

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 poder esclarecer la cuestión planteada debe, como preámbulo, estudiarse de manera sucinta las peculiaridades del Recurso de Revisión, mismo que según nuestro ordenamiento jurídico reviste un carácter "Extraordinario" (artículo 343 de la Ley General de la Administración Pública), tutelado en los numerales 353 y 354 de la Ley General de la Administración Pública (Ley Nº 6627 del 2 de mayo de 1978), y que tiene por objeto la impugnación de aquellos actos

administrativos finales firmes que presenten (posterior a esa firmeza), dudas razonables sobre su validez.

Ahora bien, la procedencia de este recurso no es tan amplía como en los casos de revocatoria o apelación (ordinarios), pues para que el administrado pueda acceder al mismo debe cumplir con una serie de requisitos legalmente preestablecidos, tales como la necesidad de que el objeto del recurso sea susceptible a ser impugnable mediante esta vía, la necesaria observación de plazos de interposición y la existencia de competencia del órgano ante el que se plantea.

Respecto al primer punto, debe señalarse que los casos en los que pueden interponerse el Recurso en estudio no han sido dejadas al arbitrio de la Administración o de los Administrados, por el contrario han sido determinadas, "*numerus clausus*", por la misma Ley Nº 6627, la cual indica en su numeral 353 que aquél procede:

a) Cuando al dictarlos se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho que aparezca de los propios documentos incorporados al expediente;

b) Cuando aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente;

c) Cuando en el acto hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior del acto, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de falsedad; y

d) Cuando el acto se hubiera dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial.

Esta taxatividad se da como resultado directo de la naturaleza extraordinaria del recurso pues como indica el autor nacional Roberto Quiros:

"..Los recursos extraordinarios son los que sólo pueden tener lugar, motivos tasados por ley y perfectamente precisados. En términos tales que cuando no se dan esos motivos, no es posible establecer esos recursos. El recurso de revisión siempre ha sido extraordinario tanto en lo judicial como en lo administrativo porque sólo cabe, como el de Casación, por motivos taxativamente fijados por ley. Fuera de los casos previstos no hay posibilidad de recurso de revisión aún cuando pueda haber la conciencia clara de que ha habido una infracción grave. Si no encaja dentro de las hipótesis previstas no hay posibilidad de recurso de revisión…" [59] El destacado es propio.

Siendo así las cosas, el primero de los pasos necesarios para establecer la procedencia de un Recurso de Revisión es cotejar el objeto de lo impugnado con las causales preestablecidas en el numeral citado, y de ahí determinar su procedencia. En este punto parece ser[60] que lo impugnado por la funcionaria se enmarca en lo dispuesto en el primer supuesto, pues alega, entre otras cosas, que de manera incorrecta se le asignó una fecha de rige distinta a la que por derecho le correspondía la reasignación realizada en su puesto[61].

[59] QUIROS CORONADO, Roberto ; Ley General de la Administración Pública concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional ; San José, Costa Rica ; Editorial ASELEX S.A. ; 1996 ; Pág. 407.

[60] Se hace la salvedad en virtud de que la respectiva determinación dependerá del estudio de fondo que se realicen a los antecedentes presentados en el caso de marras.

[61] Aunado a lo ya expuesto, cabe aclarar que no cualquier error se basta a si mismo para satisfacer este requisito, pues como indicara la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-274-98: *"..el error de hecho, debe ser, no en los supuestos normativos aplicables sino en los supuestos de hecho; a su vez, no basta que se dé el error sino que el mismo debe ser evidente y posible de demostrar sin mayor esfuerzo. Por último, debe proceder de los documentos incorporados al expediente, no de elementos extraños a este ni de declaraciones jurisdiccionales…"*

Habiéndose determinado la procedencia del recurso planteado en razón de las causales, debe posteriormente revisarse si el mismo ha sido planteado dentro de los plazos indicados para cada situación específica, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 354 de la Ley General de la Administración Pública, y son:

"Artículo 354.- *El recurso de revisión deberá interponerse:*

a) En el caso primero del artículo anterior, dentro del año siguiente a la notificación del acto impugnado;

b) En el caso segundo, dentro de los tres meses contados desde el descubrimiento de los documentos o desde la posibilidad de aportarlos; y

c) En los demás casos, dentro del año posterior al conocimiento de la sentencia firme que los funde"

De la determinación del plazo pueden darse dos posibles resultados, que se haya planteado en tiempo lo cual amerita, si cumple con los demás requisitos, su trámite, o, que se haya planteado posterior al tiempo determinado por la norma, debiéndose entonces rechazar por extemporáneo.

Por último, resulta por demás importante que el recurso se plantee ante la respectiva autoridad administrativa, pues solo a éste le acompaña la competencia necesaria para entrar a conocerlo y resolverlo. Este requisito, si bien en principio es de fácil aplicación e interpretación, se torna complicado ante recursos de revisión en materia de clasificación y selección en el Régimen de Servicio Civil, esto por cuanto según el artículo 353 *supra* citado todo recurso de esta naturaleza debe ser planteado ante el jerarca de la respectiva Administración, siendo en este caso, en virtud de esta regla de principio, la Ministra de Seguridad Pública.

Sin embargo, debe hacerse ver que tanto el Estatuto de Servicio Civil (Ley Nº 1581 del 30 de mayo de 1953) como su Reglamento (Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954) han otorgado

una competencia especial, exclusiva y excluyente en variadas materias a la Dirección General de Servicio Civil[62], mismas que han sido manifestadas a través de varios instrumentos técnico jurídicos emitidos por esa Dirección, resaltando al caso lo dispuesto en el artículo 11 de la Resolución DG-015-98 la cual indica en lo conducente que:

*"**De los reclamos. Recursos de Revocatoria y Apelación:***
Los reclamos que surjan contra los actos que ejecuten las Oficinas de Recursos Humanos, facultados o no, se tramitaran mediante recurso de revocatoria que los interesados presentaran ante dichas oficinas, quienes deben resolver en un plazo de ocho días hábiles; correspondiendo a la Dirección General de Servicio Civil la atención de las apelaciones en subsidio y dar el agotamiento de la vía administrativa en todo aquello que tenga que ver <u>únicamente con las acciones que se regulan en los Capítulos V y XI del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil</u>" El subrayado es propio.

Ya que los capítulos mencionados en la norma corresponden a los supuestos de "Selección de Personal" y "Clasificación de Puestos", queda claro que en estos temas las fases recursivas ahí dispuestas son de conocimiento exclusivo de la Dirección General de Servicio Civil. No obstante, dicho artículo es omiso en cuanto a la atención de los Recursos de Revisión, creándose la duda que hoy es planteada.

En este sentido, pese a la carencia normativa existente, considera esta Asesoría Jurídica que el conocimiento de los recursos de revisión cuya materia verse en alguno de los supuestos indicados por el numeral 11 de la Resolución recién citada, debe ser también conocida por la Dirección General de Servicio Civil en aras de garantizar la armonía de la continuidad lógica impugnatoria, pues si la apelación como última *ratio* ordinaria es de conocimiento de esta Sede, debe entonces entrar la misma a revisar, de ser necesario y procedente, lo que resolvió ese momento.

[62] Sobre estas competencias véase entre otros el Dictamen C-159-96 de la Procuraduría General de la República.

Si bien esta afirmación rompe la regla de competencia inicialmente expuesta por el artículo 353 ya citado, (la cual ha sido otorgada inicialmente al jerarca de la respectiva administración), lo hace en virtud de la especialidad de la materia otorgada la Dirección General como Órgano Desconcentrado, posibilidad que ha sido avalada por la Procuraduría General de la República en otras ocasiones al indicar que:

"*…No obstante, en opinión de la Procuraduría General de la República, en el caso de que los citados órganos hayan incurrido, al dictar un determinado acto administrativo, en alguno de los supuestos que contempla el ordenamiento jurídico para que proceda el recurso de revisión, y a fin de no desvirtuar la desconcentración operada a su favor, el recurso en cuestión tendría que ser conocido por el mismo órgano que ha dictado el acto que se cuestiona.*

En apoyo de lo anterior cabría señalar al menos dos razones. En primer término, recordemos que, en tratándose de la desconcentración máxima, las normas de competencia son de aplicación extendida a favor del órgano desconcentrado. En consecuencia, en caso de duda respecto al órgano competente para conocer de los recursos de revisión, debemos concluir que corresponde al respectivo órgano desconcentrado.

En segundo lugar, el ordenamiento jurídico en general, y las leyes en particular, deben interpretarse armónicamente, de manera que una competencia que ha sido desconcentrada a favor de un determinado órgano técnico, para que éste resuelva lo que corresponda en definitiva, no puede dejarse sin efecto, permitiendo que el jerarca la conozca, aun en los supuestos de excepción que permiten la interposición del recurso extraordinario de revisión… Dictamen N° C-157-2003.

Siendo así las cosas debe concluirse que sí es procedente que la Dirección General de Servicio Civil, o a quien ésta designe, entre a valorar los Recursos de Revisión que sean planteados en virtud de la materia establecida en el numeral 11 de la Resolución DG-015-98 en el tanto cumpla con los supuestos establecidos en los artículos 353 y 354 de la Ley General de la Administración Pública, procedencia que, para el caso que nos ocupa, deberá ser estudiada y determinada por

su dependencia, pues parece existir confusión respecto a lo dispuesto por la Sala Constitucional en el Voto 2007-010839, pues al indicar ésta que la amparada podría solicitar *"los recursos que prevé el Estatuto de Servicio Civil"* para la *"revisión de lo resuelto"* pareciera haberse referido al proceso de Reclamo Administrativo establecido en el numeral 88 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, y no a un Recurso de Revisión propiamente dicho, sin embargo, esta conclusión ha de resolverse en el estudio respectivo que como ya se dijo, deberá ser realizado por la Sede que Usted representa.

Procedemos a devolverle todos los antecedentes aportados por usted a su consulta.

Sin más que agregar, se emite así el criterio solicitado.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Cc. Licda. Sandra Quiros Alvarez
Directora Área Gestión Recursos Humanos

AJ-591-2008
22 de octubre de 2008

Licenciado
Rafael Bejarano Naranjo
Director de Área
Reclutamiento y Selección de Recursos Humanos

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su consulta de fecha 14 de octubre del año 2008, mediante la cual solicita lo siguiente:

"En atención a su oficio número AJ-550-2008, de fecha 29 de setiembre del 2008, relacionado con la Resolución No. 2008-011393, correspondiente al Recurso de Amparo interpuesto por la señora Molina Sánchez, procedemos con la siguiente consulta.

Después de haber analizado el oficio en su totalidad, consideramos importante se nos aclare, cómo debe proceder este Despacho con respecto a lo dictaminado por la Sala, en el tanto que debe acogerse el recurso para efectos de indemnización."

De lo anterior, se desprende que la Sala Constitucional en su Resolución No. 2008-011393, al señalar que el recurso de amparo presentado por la actora debe de acogerse para efectos de indemnización, significa que se está condenando al Estado al pago de daños y perjuicios a favor de la misma.

Véase también que en el "por tanto" de la resolución de marras, el Tribunal Constitucional, ordena que los mismos deberán liquidarse en ejecución de sentencia de lo contencioso-administrativo, por lo que debe entenderse que es la parte recurrente quien debe solicitar la supra citada indemnización, en las instancias judiciales correspondientes, ya que la misma no puede ser otorgada de oficio.

Por tal motivo, ello dependerá del interés de la parte, en accionar ante dichas instancias, en caso de que decida solicitar o no el pago por daños y perjuicios.

Siendo así las cosas, como se dijo, este es un asunto de competencia propia de los órganos jurisdiccionales correspondientes y no de esta Dirección General.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-640-2008
13 de noviembre del 2008

Señor
M.Sc. Francisco Chang Vargas
Director
Área de Salarios e Incentivos

Estimado Señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio SI-219-2008 de fecha 12 de noviembre del 2008, recibido ese mismo día, mediante el cual consulta acerca de la fecha de vigencia de la declaratoria de inconstitucionalidad contenida en el Voto No. 15460-08 de la Sala Constitucional.

Al respecto, mediante oficio de esta Asesoría Jurídica número AJ-620-2008 de fecha 05 de noviembre de 2008, dirigido al Área bajo su cargo, se indicó lo siguiente:

> "Véase que el voto 15460-08 es de las 15:06 del 15 de octubre de 2008 y apareció publicado por primera vez en el Boletín Judicial No. 210 del 30 de octubre de 2008, indicándose expresamente en esa comunicación que: "*Se hace saber que de conformidad con lo establecido en el artículo 88 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que* ***la vigencia de la(s) norma(s) aquí anulada(s) rige(n) a partir de la primera publicación de este aviso***"."
> (el subrayado y resaltado no es del original)

Como se puede apreciar, su consulta se encuentra resuelta por imperio de Ley, al tenor del artículo 88 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, tal y como expresamente se indicó en la publicación contenida en el Boletín Judicial No. 210 del 30 de octubre

de 2008 y fue indicado a ustedes por esta Asesoría Jurídica mediante el oficio AJ-620-2008 supra citado.

Quizá valga aclarar, que de la revisión que hemos hecho de los Boletines Judiciales desde el día 15 de octubre de 2008 a la fecha, la publicación efectuada el día 30 de octubre de 2008 corresponde con la primera publicación del aviso del voto 15460-08.

Atentamente,

Original firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

CC. Jose Joaquin Arguedas Herrera, Director General

AJ-599-2008
23 de octubre del 2008

Señora
Xinia Madrigal Chaves
Correo Electrónico: Madrigalcx@hacienda.go.cr

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida por correo electrónico de fecha 14 de octubre del presente año, mediante la cual indica:

> *"…si entonces los funcionarios no pueden dar clase los días sábados ..."*

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.

Adjunto de su correo electrónico, se remitió el oficio DAF-AL-795-2008 de fecha 10 de junio del 2008. Una vez analizado y revisado el mismo, no se desprende que se haya hecho mención alguna al extremo consultado en su correo electrónico.
No obstante lo anterior, tal como lo desarrolla el oficio DAF-AL-795-2008 supra indicado, no se aprecia que exista limitación alguna para ejercer la docencia los días sábados. Sin embargo, siguiendo la inteligencia desarrollada en ese oficio, si el día sábado o cualquier otro día en que se ejerza la docencia se encuentra contenido en el horario

establecido para la prestación de servicios, es decir, las denominadas horas laborales, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

En otras palabras, si el día sábado no se encuentra dentro del horario de prestación de servicios u horas laborales, como normalmente sucede, toda vez que la prestación de servicios en la mayoría de las instituciones es de lunes a viernes, el día sábado no estaría sujeto a las condiciones del artículo 39 citado supra, pues no hay prestación de servicios.

Para mayor abundamiento, el día sábado se encontraría fuera de la jornada laboral, en las mismas condiciones como si un servidor ejerciera la docencia después de la finalización de su jornada, por ejemplo, en horas de la noche.

Cabe agregar que la determinación de si un servidor se encuentra sujeto o no a las condiciones del artículo 39 del cuerpo jurídico mencionado, dependerá del horario de prestación de servicios que tenga en su jornada habitual.

En espera de haber dado respuesta a su consulta, atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-486-2008
22 de agosto de 2008

MBA
Robert E. Molina Brenes
Jefe del Departamento de Recursos Humanos
Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio número DRH-332-2008 de fecha 11 de agosto del año 2008, mediante el cual nos solicita criterio sobre lo siguiente:

¿Un funcionario con el estatus de nombramiento interino puede hacer aplicación de lo estipulado en el artículo 39 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil?...”

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.

Para un mejor desarrollo del tema debemos traer a colación el concepto de servidor interino definido por la Procuraduría General de la República:

“El servidor interino es aquel que posee una designación temporal en un cargo o puesto, mientras se nombra a un titular o, en tanto dura la ausencia del titular del cargo.”[63]

De forma más puntual, evocando las características del interinato dentro de una relación de servicio estatutaria, en el dictamen C-135-

[63] Dictamen C-095-95 del 28 de abril de 1995.

98, este Órgano Asesor afirmó que la referencia que se hace a un *"servidor interino es en atención al que ocupa una plaza, dentro de las características de una relación de servicio común, contentiva de la prestación personal del trabajo, el salario, y la subordinación jurídica, siendo este último elemento el que en definitiva la define como corriente".* [64]

Claro está, precisando que esta relación de servicio es provisional en virtud de que, como se vio, la condición de interino se adquiere por la ocupación de una plaza vacante o en sustitución de un titular en la misma.

Por su parte, también la Sala Constitucional ha sido clara al precisar, además del concepto de servidor interino, las características propias de esa condición y la finalidad que tiene tal figura dentro de la Administración Pública. Sobre lo primero ha señalado que:

> *"El servidor interino puede definirse como aquel que se llama a ocupar de manera temporal un determinado puesto, durante la ausencia de su propietario o bien mientras nombra a un servidor regular. Es importante subrayar entonces que la característica más importante del nombramiento interino es su provisionalidad y ese carácter permite distinguirlo válidamente del servidor propietario, pues este último goza de estabilidad laboral lo cual le otorga ciertos derechos de los que no disfruta el sustituto"*[65]

Y en lo que se refiere a la finalidad del interinato, el Tribunal Constitucional ha insistido en señalar que esa sustitución temporal de servidores regulares busca garantizar la continuidad y eficiencia en la labor del Estado.

Ahora bien, debemos indicar que el artículo 5 inciso e) del Estatuto de Servicio Civil, excluye a aquellos funcionarios que brinden servicios como interinos, de dicho Estatuto:

[64] Dictamen C-135-98 del 14 de julio de 1998.
[65] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos del 24 de enero del 2001.

"Artículo 5º.- *Quedan también exceptuados de este Estatuto, los siguientes funcionarios y empleados:*
(...)
e) Los trabajadores que presten servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos en virtud de contrato especial."

De la norma recién transcrita se desprende con toda claridad que únicamente es aplicable para los servidores cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, es decir a los funcionarios regulares o en propiedad. Tratar de ampliar esta disposición a los servidores interinos sería modificar por la vía de la interpretación la voluntad del legislador ordinario, violentándose abiertamente el Principio de Legalidad por el cual debe regirse la Administración Pública, según lo disponen los numerales 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

En relación con el otorgamiento de permisos a los funcionarios interinos, la Sala Constitucional en su Resolución 1999-03236 se ha pronunciado acerca de la denegatoria de estos:

"...Es importante recordar que resulta irrazonable pensar que se pueda conceder este tipo de permisos a empleados interinos, ya que al estar comprometidos fondos públicos, es necesario que se justifique su gasto, de modo que generalmente se exige algún tipo de retribución al empleado beneficiado hacia la institución que dota el permiso, el cual, en la mayoría de los casos, se traduce en un compromiso de servicio; compromiso que no puede asumir, lógicamente, un empleado interino, cuya relación laboral está supeditada a un período determinado, al estar empleado en sustitución de otra persona, o en espera de que siguiendo el procedimiento establecido, se nombre alguien en propiedad en la plaza que ocupa, su estabilidad es precaria y en tal razón el empleador puede no beneficiarse con el estudio que se realiza y por ello denegar el permiso."[66]

[66] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, de las dieciséis horas con treinta y nueve minutos del 4 de mayo de 1999.

Ahora bien, del artículo 39 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, se desprende que la norma prohíbe en forma expresa trabajar menos horas de la jornada ordinaria con la salvedad que sea para fines de estudio o labores docentes en instituciones de nivel superior o de las excepciones previstas en el artículo 49 de la Ley de la Administración Financiera de la República[67], le es aplicable a los servidores propietarios, más no a los funcionarios interinos, tal y como lo analizamos supra.

De esta forma, si por alguna otra razón se otorgara permiso para laborar menos horas de la jornada para la cual fue nombrado el funcionario, se estaría violentando la normativa vigente al respecto, y consecuentemente el principio de legalidad que rige las actuaciones de los funcionarios públicos.

Atentamente,

Original firmado (Lic. Randy E. Obando Mora
Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

[67] Léase el artículo 123 de la actual Ley General de la Administración Financiera de la República Nº 8131 de fecha 18 de setiembre de 2001, la cual contempla las excepciones que establece el artículo 39 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

"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:

a) Ejercer profesiones liberales fuera del cargo, excepto en asuntos estrictamente personales, en los de su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos.

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.

c) Intervenir en el trámite o la resolución de asuntos sometidos a su competencia, en los que, directa o indirectamente, tengan interés personal o cuando los interesados sean sus parientes, por consanguinidad o afinidad, en línea directa o colateral, hasta el tercer grado inclusive."

AJ-470-2008
13 de Agosto del 2008.

Máster
Mauricio Soley Pérez
Fax: 25-20-18-52

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, hacemos referencia a su consulta de fecha 29 de Julio del 2008 por medio del cual nos solicita criterio sobre lo siguiente:

"...Soy funcionario público desde hace tres años, laborando en el Registro Nacional, en la actualidad me encuentro disfrutando de un permiso sin goce de salario, a partir del día 16 de Julio del presente año.
La razón por la que solicite (sic) este permiso fue para dedicarme al desarrollo de un proyecto personal y profesional, como consecuencia es necesario que ejerza la profesión que estudie (sic).

CONSULTA

Con vista en los antecedentes mencionados, la consulta concreta es:

- *¿Cuáles son los alcances de un permiso sin goce de sueldo en cuanto a la relación laboral existente con el Registro Nacional ?*

- *¿Si el permiso sin goce de sueldo, suspende la relación laboral, por parte del Estado, es decir no paga salarios, ni prohibiciones, ni se computa el tiempo para extremos tales como el de vacaciones, cual (sic) es el fundamento jurídico existente para prohibirle al permisionario el ejercer su profesión de manera liberal?*

Previo a emitir el criterio jurídico, es conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, 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 un mejor acrecentamiento del tema, el Artículo 33 y concordantes del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, establece en su inciso c), la posibilidad de que a juicio del Jerarca de la institución, pueda conceder este tipo de permiso sin goce de salario.

Se transcribe la citada norma en lo que interesa:

"Artículo 33.-
…

c) Las licencias sin goce de salario hasta por un mes podrán concederse mediante resolución interna firmada por el Ministro, Viceministro o el máximo jerarca de la institución respectiva mientras que las licencias mayores de un mes podrán concederse con apego estricto a las disposiciones siguiente:

1) Seis meses para asuntos personales del servidor. Esta licencia podrá ser prorrogada hasta por seis meses más en casos muy especiales a juicio del Ministro o máximo jerarca de la institución."…

Seguidamente daremos respuesta a cada una de sus consultas como sigue:

Primera pregunta:

Sobre la pregunta supra transcrita anteriormente, en cuanto a la relación laboral existente con el Registro Nacional, es importante conceptualizar el término relación laboral:

En ese sentido, la Procuraduría General de la República por Dictamen C-007-91, en cuanto al término relación laboral afirma lo siguiente:

"… Ahora bien, cuándo existe relación laboral? Nuestra legislación laboral no habla expresamente del término "relación laboral" pero la define implícitamente al referirse al "contrato individual de trabajo", que es:
"Art. 18: Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otras sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de éste, 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".

De acuerdo con esta definición y con la doctrina tradicional, dos elementos esenciales de la relación laboral son la subordinación jurídica, o dependencia jurídica, y la remuneración de los servicios.

Por subordinación se entiende:
"En lo laboral, la subordinación equivale al estado de limitación de la autonomía del trabajador, sometido a la potestad patronal, por razón de su contrato y en el desempeño de sus servicios, por autoridad que ejerce el empresario en orden al mayor rendimiento de la producción y el mejor beneficio de la empresa".[68]

La doctrina más reciente del Derecho Laboral discute el papel que corresponde a la subordinación jurídica como elemento definidor no solo de la relación laboral, sino también del objeto propio del Derecho Laboral. No obstante, se acepta que en el vínculo laboral existe esa subordinación, permitiendo a una de las partes un poder de dirección y de mando. Así, por subordinación también se entiende:
"... una especie de poder de quien da trabajo sobre quien lo presta, y que, sin quebrantar la libertad de este último, otorga una cierta potestad al primero. Esta potestad de mando equivaldría, en términos jurídicos, a la creación de una actitud o situación de

[68] CABANELLAS G. Compendio de Derecho Laboral, Buenos Aires, Bibliográfica OMEBA, 1968, página 394.

obediencia en el trabajador dependiente respecto del empresario del cual éste depende. Obediencia que se traduciría no en una postura de sumisión absoluta del trabajador pero que sí abarcaría la necesaria realización de los servicios propios con una orientación técnica, dentro de los márgenes de una dependencia económica representada por la remuneración debida por el empresario al trabajador, y desenvolviendo su actividad dentro de un régimen jurídico creador de vínculos en los que la subordinación apareciese, al mismo tiempo, como poder de dirección y como poder de mando...". [69]

La doctrina laboral (aplicable de manera supletoria a la estatutaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de Servicio Civil), en reiteradas ocasiones se ha ocupado a estudiar el tema de las suspensiones del contrato laboral. Es así como el autor nacional Juan Luis Guisti Soto en su libro *"Derecho Laboral Individual"* señala que:

"La prestación de los servicios estipulados por el Contrato de Trabajo puede verse afectada por diferentes motivos, en cuyos casos no existe una terminación del mismo, sino un lapso en el cual, pese a su vigencia, ciertos derechos u obligaciones no se dan" agrega además el autor que en estas situaciones "a efecto de computar la antigüedad de la relación laboral, todos los periodos en que el Contrato de Trabajo ha estado suspendido por motivos legales, como lo sería la enfermedad, huelga u otras causas, se contabilizan de modo que la relación legal se tiene como continua"[70] (El subrayado es nuestro)

En este sentido, esta Asesoría Jurídica mediante los Oficios números AJ-1060-2003 y AJ-804-2002 se ha manifestado al respecto, pudiéndose resaltar lo siguiente:

---

[69] M., ALONSO GARCIA: Curso de Derecho del Trabajo, Ariel, Barcelona, 1975, pp. 107-108.

[70] L., Guisti Soto. Derecho Laboral Individual, Costa Rica, Editorial Magíster, 1998, páginas 57-59.

"Prestación de servicios: Aunque en acepción general pueda significar toda actividad a favor de otra persona o subordinadamente a ella, exista remuneración o no,
(…)
En lo laboral: En esta esfera jurídica, la prestación de servicio equivale al desempeño de las funciones o tareas contratadas…¨

En virtud de lo anteriormente expuesto, considerando la doctrina y pronunciamientos jurídicos, se desprende que la relación laboral cuando media un permiso sin goce de salario, se mantiene, pues debe considerarse que una cosa es la relación de servicio y otras es la prestación de servicio.

Ante un permiso sin goce de salario, la relación de servicio continúa, y se suspende por determinado período la prestación de servicio.

Segunda pregunta:

En cuanto a la segunda pregunta transcrita anteriormente, debemos manifestar que esta Asesoría Jurídica mediante los oficios números AJ-436-05 y AJ-286-08 entró a analizar este tema, trayendo a colación la Resolución de la Sala Segunda número 2008-000155, de las nueve horas cincuenta minutos del veintisiete de febrero del dos mil ocho, que le sugerimos al consultante la tome en cuenta.

Dicha sentencia lo que interesa dispone:

> *"…De previo al análisis del recurso interpuesto se hace necesario recordar que los funcionarios públicos en general ostentan una serie de potestades otorgadas para lograr la convivencia normada entre administrados y de éstos con el Estado "función pública". Se trata de una actividad que implica derechos (facultades) y deberes (obligaciones inexcusables) que deben cumplir quienes desempeñan un cargo dentro de cualquier poder público. Los funcionarios públicos son depositarios de la confianza del Estado-patrono y de los usuarios del*

servicio, por lo que deben tener un comportamiento impecable y probo, así como una conducta intachable. ***Por eso, en tratándose de servidores públicos, independientemente de su naturaleza, función y categoría, la valoración de sus faltas debe hacerse en forma estricta y meticulosa, por estar de por medio el interés público ante el cual debe ceder el del trabajador (en cuanto a la mayor rigurosidad en la calificación de las faltas de los servidores públicos****, véase entre otros los votos números 638 de las 10:30 horas del 26 de octubre del 2001; 234 de las 9:30 horas del 22 de mayo del 2002 de esta Sala).* ***A los servidores y servidoras del Estado se les exige un especial deber de diligencia en todos aquellos asuntos que guarden relación con las labores que desempeñan -después de todo son responsables de que la función que realizan sea ejecutada conforme a criterios de objetividad, imparcialidad, eficiencia y profesionalidad, entre otros- por lo que la confianza en ellos depositada, alcanza una trascendencia particular al momento de analizar las faltas que se les atribuyen, especialmente si las mismas están relacionadas con las tareas específicas asignadas o pueden incidir en ellas*** *(en este sentido, ver entre otros los votos números 722 de las 10:30 horas del 30 de noviembre, 724 de las 9:30 horas del 5 de diciembre, ambos del 2001, de esta Sala). Lo expuesto es de vital importancia en el presente caso, al encontrarnos en presencia de una funcionaria pública que no sólo debe contar con las condiciones necesarias para laborar en el "servicio público" sino que también debe ser merecedora de la confianza en ella depositada…"*

"… ***A partir del análisis de lo expuesto, no le queda duda a esta Sala que la actora faltó a las más elementales obligaciones éticas que derivan de los principios de buena fe y lealtad que deben siempre prevalecer en toda relación de empleo; …****"*

"…situación que evidentemente empañó la transparencia con la que deben actuar todos los servidores públicos así como su compromiso para con el empleador y los administrados, siendo que esa persona intachable que no deje lugar a dudas en sus actos como funcionario se echó de menos con el comportamiento de la actora; observándose en ella un total desapego a los deberes inherentes a su cargo, mismos que por la propia investidura de servidora pública la acompañan aún cuando la relación laboral se encuentra suspendida -en virtud de las vacaciones y el permiso concedido-…"

"…De esta forma, resulta revelador su proceder en clara contravención a la normativa que regía en ese momento las actuaciones de los servidores de ese Ministerio así como el incumplimiento de los valores que componen el contenido ético de la relación de trabajo (buena fe, fidelidad, lealtad, honestidad, entre otros), actitud que irremediablemente iba a tener incidencia en la percepción de los administrados…"

en primer término y conforme se indicó con anterioridad, el ámbito de las prohibiciones por la naturaleza espacial del servicio público trasciende la prestación efectiva del servicio, alcanzando aquellos períodos en los que la relación laboral se encuentra suspendida, toda vez que el servidor debe mantener una conducta intachable obligándose a resguardar la imagen y el prestigio de la institución para la que presta servicios*. En este sentido, Cabanellas señaló "(…) Debido a esa naturaleza del vínculo laboral, el trabajador debe mantener una conducta intachable dentro y fuera del trabajo, cuando no es así, desaparece el elemento de confianza en él depositado, y puede ser despedido con justa causa,…" (Véase sentencia de esta Sala N° 1028 de las 10:20 horas, del 13 de diciembre de*

2005). En segundo término, ***no resulta procedente confundir la prohibición con el pago o compensación de la misma****.* ***La prohibición como tal supone una restricción al ejercicio liberal de una profesión, razón por la que su establecimiento se encuentra reservado a la ley****. En nuestro país, si bien es cierto ha existido, desde hace mucho tiempo prohibición para el ejercicio profesional privado de algunos grupos de servidores públicos, no fue sino a partir de la promulgación de la Ley Nº 5867 de 15 de diciembre de 1975, que se previó expresamente el pago de una compensación económica por esa prohibición.* ***Lo anterior, porque para que opere la compensación para la prohibición contemplada en el ordenamiento jurídico, se requiere la existencia de una norma que expresamente prevea la respectiva retribución económica. Así las cosas, no lleva razón la afirmación de que "…al dejar de percibirse el pago por concepto de prohibición, cesa la limitación para el funcionario de abstenerse del ejercicio liberal de la profesión", por cuanto la falta de pago no excluye la imposibilidad legal de ejercer la profesión fuera del puesto desempeñado*** *(véase los votos de la Sala Constitucional N°s 4494 de las 11:18 horas, del 30 de agosto de 1996; 3370 de las 10:30 horas, del 5 de julio de 1996 y 1396 de las 14:21 horas, del 22 de marzo de 1996 así como las sentencias de esta Sala, N°s 333 de las 10:30 horas, del 27 de octubre de 1999 y 141 de las 9:10 horas, del 26 de marzo de 2003). Por otra parte, en relación con el sustento jurídico de la figura se ha sostenido: "****Este tipo de prohibiciones tiene un indudable fundamento ético; pues, cuando se establecen lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades, en el campo privado; dado que ello se considera inconveniente, porque puede afectar la necesaria intensidad, en el ejercicio de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una***

indeseable confusión, en los intereses de uno y otro campos, dejando los públicos subordinados o hasta al servicio de los privados*. Se crea y se paga así una incompatibilidad propia y originada en la relación de empleo público, para determinados cargos de rango profesional o académico" (Sala Segunda, sentencia N° 333 de las 10:30 horas, del 27 de octubre de 1999).* ***De esta forma, se advierte que esas 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-****;…"*

"…La actora, pese a la existencia del permiso sin goce de salario conferido, se mantuvo ligada a la institución empleadora; subsistiendo, entonces las incompatibilidades éticas que ese vínculo supone. Incompatibilidades que se sustentan en reglas de carácter ético que exigen transparencia, objetividad y calidad de servicio; aspectos que pueden verse enturbiados cuando -como sucedió en este asunto- manteniéndose el vínculo, la persona atiende intereses particulares que el órgano al que aparece vinculada debe resolver. Con fundamento en todo lo expuesto, se debe concluir que *los hechos imputados a la demandante* ***-que fueron alegados en su oportunidad por la parte demandada tanto en sede administrativa como en la judicial-****, deben calificarse como graves, toda vez que ninguna seguridad y confianza puede merecerle a la entidad empleadora una persona que actúa de una forma tan gravemente contraria a derecho así como a los valores éticos que la relación de trabajo conlleva.* ***Es así como su despido***

se imponía de manera necesaria y justificada, y en consecuencia, sin responsabilidad patronal…." *(El subrayado y la negrilla no pertenecen al original)*

También es importante tomar en cuenta por parte del consultante los alcances del artículo 17 de la Ley Nº 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en lo relativo a la posibilidad de desempeñarse como asesor o consultor de un órgano o institución, nacional o extranjera, durante el disfrute de una licencia sin goce de sueldo. La norma en cuestión en lo que interesa dice lo siguiente:

"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."

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Alvaro Garita Zúñiga

Lic. Álvaro Garita Zúñiga
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-501-2008
29 de agosto del 2008

Señor
Juan Pablo Rojas Guzmán
Correo electrónico: jprojas@rnp.go.cr

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico recibido el 22 de agosto del presente año, en el cual indica: "SI ESTA ES SU POTESTAD ASESORARME SOBRE LA CANTIDAD DE DIAS REBAJADOS POR CONCEPTO DE PERMISO SIN GOCE DE SUELDO DE MENOS DE UN MES SE DEBE DE REBAJAR TODOS LOS DÍAS, INCLUYENDO SÁBADO Y DOMINGO, ASÍ COMO EL DÍA 31, Y QUE SUCEDE CON LOS FERIADOS, NECESITO POR FAVOR ALGÚN CRITERIO DONDE ASESORARME..."

Previo a emitir 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.

Al respecto debemos indicar que la figura de las licencia sin goce de salario se encuentra regulada en el artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual establece en su primer párrafo, lo siguiente:

*"Artículo 33. **Podrán disfrutar** de licencia ocasional de excepción, de conformidad con los requisitos y formalidades que en cada dependencia establezca el Reglamento Autónomo de Servicio y sujeto a los siguientes procedimientos y condiciones: ..."* (resaltado es nuestro)

Asimismo, el inciso c) del artículo de cita indica así:

"...c) Las licencias sin goce de salario hasta por un mes podrán concederse mediante resolución interna ***firmada por el Ministro, Viceministro, o el máximo jerarca de la institución*** *respectiva, mientras que las licencias mayores de un mes podrán concederse con apego estricto a las disposiciones siguientes: ..."* (resaltado es nuestro)

De la interpretación de la anterior normativa, debemos entender que los servidores tienen el derecho de solicitar un permiso sin goce de salario, al indicar el numeral 33 *"Podrán disfrutar*", sin embargo la potestad de conceder la solicitud descansa en el jerarca exclusivamente.

Por otra parte en cuanto al cuestionamiento propiamente, al solicitar un servidor un permiso sin goce de salario en virtud de la legislación transcrita que lo ampara, se dan dos supuestos importantes a considerar, como es el interés directo del funcionario para disfrutar de un permiso sin goce de salario, y 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, comprendiendo éste también el pago de los días feriados y de descanso.

Esto es así por cuanto el artículo 8 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, indica lo que se transcribe:

"Artículo 8.- Se entenderá que <u>todo salario cubre el pago mensual</u> de la respectiva jornada de trabajo. Si se conviniere en que el servidor público trabaje menos tiempo del señalado en el horario oficial, devengará el sueldo proporcional a la jornada que en tal caso hubiere autorizado el Ministro." (lo subrayado no es del original)

Atentamente,

Original firmado { *Licda. Oralia Torres Leytón*
Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA

AJ-503-2008
03 de setiembre de 2008

Señora
Marilyn Desanti Madrigal
Telefax: 2225-8596

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio de fecha 21 de agosto del año 2008, mediante el cual se nos solicita lo siguiente:

"Quien suscribe, MARILYN DESANTI MADRIGAL, mayor, con cédula de identidad número 2-334-326, funcionaria del Ministerio de Hacienda, por este medio se permite de la manera más respetuosa realizarle las siguientes consultas abiertas, en relación con el artículo 63 del Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Hacienda, decreto ejecutivo número 25271-H:

¿Si existe un procedimiento jurídicamente establecido, que regule la aprobación de licencias con goce de salario para trabajadores (sic) cubiertos por el régimen (sic) de Servicio Civil y la posible limitación a ese derecho en función de sanciones originadas por procesos disciplinario que se encuentra prescrito?

¿Si procede jurídicamente, en un oficio de acto de otorgamiento del incentivo de licencia con goce de salario por antigüedad, el señalamiento de sanciones disciplinarias previas y que no se utilizan para fundamentar la aprobación o no aprobación de la licencia?"

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.

La doctrina define el concepto de licencia aplicado en el Derecho Público de la siguiente manera:

"Autorización dada a un funcionario o empleado de una repartición, para que abandone momentánea y a veces definitivamente su servicio. Por extensión se dice también de la ausencia regular del funcionario. Ej: estar de licencia, una licencia de un mes."[71]

"Instituto por medio del cual el Estado faculta al funcionario público para que interrumpa su actividad administrativa durante un determinado lapso, por los importantes motivos previstos por la ley(...)

(...)Ni las licencias ni las vacaciones se podrán tomar por propia y exclusiva decisión del agente. Es menester la autorización del jefe del servicio, pues de lo contrario su actitud puede considerarse abandono del servicio. Esto se justifica: por las exigencias propias de la estructura orgánica de la Administración por principios de disciplina y de jerarquía".[72]

Ahora bien, teniendo clara la definición de la materia consultada y para un mejor desarrollo del tema, procedemos a transcribir el artículo 63 del Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Hacienda Decreto Ejecutivo N° 25271-H del 14 de julio de 1996:

"Artículo 63. —Los servidores (as) que cuenten con treinta y cinco años de servicios o más para el Estado, podrán disfrutar anualmente, de una licencia con goce de salario de un mes calendario; si cuentan con treinta años, la licencia será de veintidós días naturales; cumplidos los veinticinco años, la licencia será de quince días naturales y después de los veinte, disfrutará de una semana de licencia con goce de salario. La comunicación deberá presentarse ante el Departamento

[71] Vocabulario Jurídico, Henri Capitant, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.
[72] Diccionario de Derecho Público, Emilio Fernández Vázquez, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina,1981.

de Gestión del Potencial Humano con ocho días de anticipación al disfrute de la licencia respectiva."

Por su parte, el artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, establece las facultades atribuibles al Ministro de cada ramo como órgano jerárquico superior en lo que interesa:

"Artículo 28.-,

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

2. *Corresponderá exclusivamente a los Ministros:*

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

j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes."(el subrayado no es del original)."

La doctrina ha definido los conceptos de jerarquía administrativa, así como sus factores y el concepto de subordinación:

JERARQUÍA ADMINISTRATIVA

"...el Estado hace un monopolio del poder y de las fuerzas legítimas, en su aparato de autoridad. Parte de ese monopolio lo ejerce la Administración sobre sus integrantes y sobre los administrados".[73]

FACTORES DE JERARQUÍA ADMINISTRATIVA

"En la jerarquía-subordinación se da una relación compartida entre jerarca y dependiente, en el cual el primero ejerce poder jurídico sobre el segundo[74]*. Ese poder se traduce en los siguientes factores:*

[73] Derecho Administrativo, Juan Francisco Linares, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.
[74] Marienhoff, Tratado, t. I, p. 556, nº 556, nº 200.

a) *El superior está autorizado a emitir órdenes de servicio e instrucciones.*
b) *El superior está autorizado en ciertos casos a nombrar y remover al inferior.*
c) *El superior está autorizado a vigilar, fiscalizar e intervenir al inferior.*
d) *El superior está autorizado a alterar los actos del inferior por revocación o modificación.*
e) *El superior está en principio autorizado a avocarse a la competencia del inferior.*
f) *El superior está autorizado a sancionar al inferior.*

Todas estas atribuciones deben ser ejercidas según derecho."[75]

SUBORDINACIÓN

"A los poderes de superioridad del jefe administrativo corresponden deberes del subordinado de acuerdo con la ley. Esos deberes se refieren al ejercicio de la función (...)

(...) esa subordinación es limitada y consiste en la mera "tutela", que comprende el control por designación, remoción, vigilancia, inspección, intervención y revocación en recursos de alzada de actos ilegítimos que afecten a los administrados en sus derechos e intereses legítimos y otras figuras."[76]

Asimismo, traemos a colación el criterio de la Sala Constitucional en relación con la figura de la jerarquía de la autoridad y obediencia de los respectivos jefes:

> *"**III.-***
> ***-Sobre la potestad disciplinaria de la Administración Pública.** Tradicionalmente se ha sostenido que entre las potestades de las que goza la Administración, se encuentra la disciplinaria. Ésta puede ser definida de un*

[75] Derecho Administrativo, Juan Francisco Linares, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.
[76] Derecho Administrativo, Juan Francisco Linares, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.

modo muy general como el poder del que goza la Administración para sancionar a aquellos funcionarios que incumplan con las obligaciones y deberes derivados de la relación de servicio que le une con la Administración, y que se encuentran reguladas por una serie de normas jurídicas establecidas por el propio Estado. A nivel doctrinario existe una discusión acerca del fundamento de este poder sancionatorio, aunque la mayoría de los autores sostienen que las mismas encuentran su justificación en lo que se conoce como las "relaciones especiales de sujeción", que implican un sometimiento que en el caso de los funcionarios públicos se produce por su propia condición. Así, la mayoría de los autores sostienen que al ingresar al servicio del Estado, los servidores públicos se colocan en una situación jurídica objetiva, definida a nivel legal y reglamentario en donde opera el principio de jerarquía de la autoridad y obediencia de los respectivos jefes, con la consecuente potestad del órgano competente de mantener el orden y sancionar las faltas o infracciones a los deberes que son impuestas a dichos funcionarios tanto por las normas que regulan el servicio, como por las propias exigencias del derecho estatutario."[77] (el subrayado no es del original).

De igual forma, La Procuraduría General de la República ha emitido su criterio en relación con las facultades jerárquicas del ministro de ramo contempladas en la Ley General de la Administración Pública:

"Al ingresar al servicio de la Administración, el funcionario se somete, en virtud del principio de jerarquía, a la autoridad y obediencia de las correspondientes jefaturas.

Debe destacarse el carácter funcional de ese poder del jerarca. Éste ejerce el poder disciplinario en orden a corregir las faltas de los funcionarios inferiores. Se trata de un medio para asegurar el fiel y pleno cumplimiento de los deberes funcionariales. Asimismo, para fijar

[77] Sala Constitucional, Voto Nº 759-2007 de las 13:30 horas del 19 de enero de 2007.

un determinado rumbo de acción a la gestión pública. Fines distintos constituirían una suerte de desviación de poder.
Es dable afirmar además que el poder disciplinario del jerarca se limita al campo de acción directamente bajo su incumbencia...[78]

Dentro de ese mismo criterio el órgano Consultor del Estado concluye:

"La constitución de la relación de servicio entre el funcionario y la Administración, crea la obligación de servicio que constriñe al funcionario para con la Administración.

La obligación de servicio que vincula al funcionario, acarrea la imposición de deberes funcionariales, particulares y generales. El quebrantamiento de esos deberes conlleva responsabilidad disciplinaria para el funcionario.

La responsabilidad disciplinaria –salvo que haya operado su prescripción– es exigible en tanto subsista la relación de servicio.

La Sala constitucional ha acreditado la posibilidad de que los procedimientos administrativos tendientes a investigar la responsabilidad disciplinaria del funcionario, sobrevivan a la propia relación de servicio.

La potestad disciplinaria debe ser ejercida, en tesis de principio, por la misma autoridad jerárquica que tiene el poder de nombrar en el puesto al funcionario.

Sin perjuicio de lo anterior, la potestad disciplinaria es inherente a la condición de Jerarca Administrativo, salvo disposición legal en contrario.

La potestad disciplinaria tiene por fin asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales y asegurar al Jerarca el poder de dirección sobre la conducta de la Administración Pública.

El poder disciplinario del Jerarca se ejerce para corregir las faltas de los funcionarios inferiores jerárquicos subordinados a él.

[78] Dictamen C-082-2008, del 14 de marzo de 2008.

El ejercicio de la potestad sancionatoria no es discrecional. Una vez acreditada la falta, el titular de esa potestad no puede decidir si sanciona o no al funcionario. Es un deber del jerarca velar porque sus funcionarios cumplan sus obligaciones estatutarias.

Por regla general, la competencia para ordenar el inicio del procedimiento disciplinario, y para designar su órgano director, pertenece al órgano con los poderes suficientes para tomar la decisión final."

De todo lo analizado supra se desprende que el Ministro de ramo es la autoridad superior de la Institución y es a él a quien compete exclusivamente organizar su dependencia dirigiendo y coordinando sus servicios.

Por otra parte debemos indicarle que no existe un procedimiento jurídicamente establecido que regule la aprobación de licencias con goce de salario para aquellos servidores cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, dentro de lo estipulado en el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Por tal motivo, para que la Administración pueda contar con los servicios del funcionario, ésta se encuentra facultada para decidir si otorga o no la licencia, o bien hacerlo por un tiempo determinado con fundamento en la legislación vigente.

Por otra parte, tal y como se analizó, al aplicársele una sanción disciplinaria al servidor por parte del jerarca, es a éste a quien corresponde decidir si concede la licencia o no a dicho servidor, con fundamento en la normativa, doctrina y jurisprudencia de marras, siendo que es competencia de la cartera ministerial decidir, como se dijo, si otorga o deniega dichas licencias.

Finalmente y a manera de ilustración, debemos indicarle que el artículo 49 del Estatuto de Servicio Civil en relación con los impuestos de papel sellado, timbre y derechos fiscales en los actos jurídicos, solicitudes y actuaciones, establece lo siguiente:

"Artículo 49.- Quedan exentos de los impuestos de papel sellado, timbre y derechos fiscales, todos los actos jurídicos, solicitudes y actuaciones de cualquier especie que se hagan con motivo de la aplicación de esta Ley y sus reglamentos."

Lo anterior se lo indicamos para que usted considere que no es necesario ponerle timbres a las consultas solicitadas a esta Asesoría Jurídica.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-557-2008
06 de Octubre de 2008

Señor
Alfredo Erack
Correo Electrónico: alfredo@imn.ac.cr

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, hacemos referencia a su consulta vía correo electrónico recibida el 29 de Setiembre del presente año, por medio del cual se nos solicita criterio sobre lo siguiente:

"...A partir de cuando corre la licencia por muerte de un familiar directo(padre, madre.(sic), hijo, hermano o conyugue) a partir(sic) del deceso sin importar la hora, cuantos días y si son naturales o hábiles. Ejemplo, la muerte se da después de la jornada o en la madrugada, sábado o domingo, como se defimne. (sic) . Saludos y gracias…"

Previo a emitir el criterio jurídico, es conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, 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 ese sentido, esta Asesoría jurídica ya se ha pronunciado en su Oficio AJ-147-2008 del 24 de marzo del 2008, en que señala lo siguiente:

"... como debe computarse el plazo de siete días de licencia con goce de salario por defunción de un pariente cercano, en los términos del Artículo 33 inciso a) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

La duda de dicha consulta es si se computa un día después del deceso o desde el mismo día del deceso, igualmente si se computa en días hábiles o naturales."

Para mayor claridad en la respuesta, es necesario transcribir en lo pertinente el artículo 33, inciso a) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual dispone:

"Los jefes podrán conceder licencia hasta por una semana con goce de sueldo en los casos de matrimonio del servidor, el fallecimiento de cualquiera de sus padres, hijos, hermanos o cónyuge..." (Lo subrayado no es del original)

De la norma supra citada se desprenden claramente dos situaciones, las cuales resaltamos: primera, que el otorgamiento de la licencia no es obligatorio, sino una potestad de la jefatura, como lo indica el uso de la palabra "podrán"; segunda, que el término de una semana es un máximo, de manera que la licencia podría otorgarse por un lapso inferior, como lo indica el uso de la palabra "hasta". Por otra parte en jornada acumulativa, la semana se entiende de cinco días hábiles, de lo contrario se entenderá semana laboral de seis días hábiles.

Ahora bien, sobre su cuestionamiento en concreto sobre en qué momento se otorga la licencia, sea "un día después del deceso o desde el mismo día del deceso", debe indicarse que la norma de marras no distingue, por lo que deberá la administración activa, en este caso, la oficina de Recursos Humanos que usted dirige, analizar el caso de que se trate, considerando el día, la hora y otros aspectos fundados, para poder determinar el momento de rige de esta licencia…"

Atentamente

Original firmado Lic. Álvaro Garita Zúñiga

Lic. Álvaro Garita Zúñiga
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-615-2008
31 de octubre de 2008

Licenciada
Xinia Salazar Valverde
Jefa a.i. Departamento de Recursos Humanos
Ministerio de Cultura y Juventud

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio MCJ-DRH-730-08 de fecha 23 de octubre de 2008, recibido en esta dependencia el día 27 del mismo mes, en el cual se nos realizan dos consultas relativas a la aplicación del inciso c) del numeral 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública (Ley Nº 2166 del 09 de octubre de 1957).

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.

Dado que las preguntas hacen referencia directa a los supuestos establecidos por el inciso c) del numeral 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública (en adelante denominada Ley de Salarios), resulta pertinente transcribir, previo al planteamiento de las dudas, dicho numeral el cual señala que:

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

c) Las vacaciones, la enfermedad justificada, el desempeño temporal de otro 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 por comprobada necesidad nacional, no interrumpen el período de un año requerido para el aumento de sueldo"

Ante dicha redacción la consultante cuestiona:

"1. Si un servidor que haya solicitado un permiso sin goce de salario para realizar estudios académicos de grado o postgrado en alguna universidad o centro de estudio en el extranjero, se encuentra contemplado en la excepción del inciso c) con respecto a los estudios realizados en organismos internacionales donde el país sea miembro?

2. O, si dicha situación se encuentra contemplada en el último supuesto, el cual se refiere a las licencias para adiestramiento o estudios relativos a la función propia que desempeña el funcionario o en una disciplina afín, aun cuando el servidor no haya suscrito ningún contrato de estudio, y se haya acogido a un permiso sin goce de salario?

Las preguntas expuestas aun cuando se plantearon de manera separada, giran sobre una misma cuestión, la posibilidad de otorgar anualidades en un supuesto no contenido de manera expresa en el inciso citado, de ahí que su estudio se vea de manera integral y no atendiendo la forma en la que fueron planteadas.

Entrando de lleno al tema aludido, debe hacérsele saber a la consultante que la figura de la anualidad establecida mediante la Ley de Salarios, y desarrollado posteriormente por el Reglamento a dicha Ley (Decreto Ejecutivo Nº 18181-H del 14 de junio de 1988), ha sido definida por la Procuraduría General de la República de la siguiente manera:

"El complemento salarial denominado 'anualidad', es un reconocimiento otorgado por la Administración, cuya finalidad es premiar la experiencia adquirida de sus funcionarios que han permanecido en forma continua prestando sus servicios a ésta. Básicamente, este incentivo es un premio por la antigüedad del funcionario que ha dedicado su esfuerzo, experiencia y conocimiento adquirido en el transcurso de los años para ponerlo al servicio de un solo patrono, en este caso del Estado y sus instituciones." **Dictamen C -242-2005.** El destacado es del redactor.

Como puede notarse, la anualidad corresponde a un reconocimiento de tipo económico que la Administración Pública otorga a sus funcionarios, sin embargo este emolumento no se da por el simple hecho del transcurso del tiempo, sino en virtud de la experticia que el servidor acumula a través de los años en los que ha prestado, de manera continua, servicios al Estado, o dicho a *contrario sensu*, el plazo en el que no se está prestando servicios no se computa para estos efectos.

Ahora bien, no toda causal de interrupción de la prestación de servicios tiene la facultad de interrumpir correlativamente el plazo necesario para que nazca a la vida el derecho a recibir anualidades, pues el mismo inciso c) *supra* citado establece claramente supuestos de excepción, resaltando al caso:

- ✓ Los permisos sin goce de salario para realizar estudios en organismos internacionales de los cuales Costa Rica sea miembro;

- ✓ 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 por comprobada necesidad nacional.

Como puede notarse, la norma es clara en establecer las características que deben tener las licencias o permisos sin goce de salario para ser capaces de no interrumpir el cómputo del plazo necesario para que se den las anualidades, es decir, la misma norma

califica el tipo de licencias o permisos de manera que, lo que no se pueda enmarcar en ellas, no es susceptible de interrumpir plazo alguno. En este sentido puede decirse que la lista de supuestos se torna *"numerus clausus"* o taxativa, no pudiendo ampliarse por interpretación sus supuestos, posición que ha sido defendida tanto por la Procuraduría General de la República, como por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, quienes han indicado que:

"…Finalmente, debe tenerse presente, que tal y como se expuso en el acápite anterior de este estudio, el artículo 12 inciso c) de la Ley de Salarios de la Administración Pública, establece –taxativamente- que los únicos permisos sin goce de salario que no interrumpen el período para el pago de la anualidad o "méritos", son las licencias de adiestramiento o de estudios relativos o afines a la función que desempeña el servidor en su puesto de trabajo, por lo que sólo en tales hipótesis no se interrumpe el plazo para el pago del estipendio salarial en análisis…" **Opinión Jurídica OJ-055-2004.**

"…El artículo 12 de esa normativa, reformado por la Ley N° 6835 del 22 de diciembre de 1982 dispone: (…)

Lo anterior, en virtud de que, conforme a la citada disposición de la Ley de Salarios, los únicos hechos que no interrumpen el cómputo de ese plazo -dice el inciso c) transcrito- son las vacaciones, la enfermedad justificada, el desempeño temporal de otro 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/a o en una disciplina afín, en la cual regresara a trabajar por comprobada necesidad nacional. A contrario sensu, ***toda otra situación suspensiva del contrato de trabajo, suspende también el cómputo de la antigüedad requerida****…"* **Voto Nº *2008-000484*.** Los destacados no pertenecen al original.

Así las cosas debe entonces verse con detenimiento que el inciso c) del artículo 12 establece, respecto a las licencias o permisos, dos únicos supuestos independientes, a saber, el otorgamiento de un

permiso sin goce de salario para realizar estudios en organismos internacionales de los cuales Costa Rica sea miembro, o el de algún tipo de licencias para adiestramiento o estudios[79] relativos a la función propia que desempeña, nada más, de ahí que no resulte de recibo mezclar las reglas señaladas para crear un nuevo supuesto.

El hecho de que un servidor utilice el permiso sin goce de salario que se le ha otorgado, para estudiar o adiestrarse no se enmarca en los supuestos de excepción señalados, pues eventualmente dicho permiso se otorgó con base en las disposiciones del artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y las normas internas que el Ente Ministerial posea.

Respecto a esta falta de idoneidad de las licencias sin goce de salario para configurarse como excepción en los términos señalados, la Procuraduría General de la República ha indicado que:

"..Desde esa óptica, tratándose las hipótesis en consulta de situaciones que eventualmente podrían interrumpir el período necesario para tener derecho al reconocimiento al mérito o anualidad, viene a dar solución a lo planteado lo dispuesto por el numeral 12 inciso c) de la citada Ley de Salarios de la Administración Pública, reformado mediante Ley No. 6408 de 28 de febrero de 1980, al disponer que: (…)

*Como puede verse, la norma transcrita enumera, taxativamente, las situaciones en las que no se interrumpe la continuidad del servicio para computar el aumento anual; a "contrario sensu", **en cualquier otra hipótesis no enumerada allí, sí debe considerarse interrumpido el plazo para el pago de la anualidad**. (…)*

Con base en lo expuesto, corresponde dar respuesta a su consulta, acerca de si procede o no el reconocimiento de méritos a los funcionarios contemplados en las situaciones siguientes: (…)

[79] Véase que aun cuando la norma no lo establece de manera expresa, se debe entender que estas licencias para adiestramiento o estudios a las que se hace referencia, son las contenidas en la Ley Nº 3009 y su Reglamento, o en su defecto a las reglas estipuladas en el numeral 37 y siguientes del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, pues estos son los únicos cuerpos normativos existentes en el Régimen de Servicio Civil aplicables a la situación descrita.

2.- Funcionarios que se encuentren disfrutando de permiso sin goce de salario por seis meses o más."

De conformidad con el artículo 12 inciso c) de la Ley de Salarios de la Administración Pública, citado en líneas precedentes, los permisos sin goce de salario que no interrumpen el período para el pago de la "anualidad" o "méritos", son las licencias de adiestramiento o de estudios relativos o afines a la función que desempeña el servidor en su puesto de trabajo, por lo que ***sólo en tales hipótesis no se interrumpe el plazo para el pago del estipendio salarial por mérito****…"* **Dictamen C-071-2004**

Con base en todo lo expuesto debe concluirse que las licencias sin goce de salario que no se enmarquen plenamente en alguno de los supuestos establecidos en el inciso c) del artículo 12 de la Ley de Salarios, no conforman una excepción en los términos dichos, por lo cual el plazo necesario para que nazca a la vida la anualidad se verá interrumpido dependiendo de la duración de las mismas.

Sin más que agregar se dan por contestadas las consultas planteadas.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-392-2008
11 de julio de 2008

Licenciado
Rolando Bolaños Garita
Director Administrativo Financiero
Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad
Ministerio de Gobernación y Policía

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su Oficio No. 149-2008 DAF de fecha 24 de junio del año 2008, mediante el cual nos solicita lo siguiente:

"Con el fin de velar por el cumplimiento del Oficio Circular DG-010-2006, me permito realizar la siguiente consulta:

El artículo 31 inciso b) del Estatuto del Servicio Civil señala:

"b) El Ministro o Jefe autorizado podrá prescindir (sic) libremente al empleado durante el período de prueba, pero deberá informar al Director General acerca de los motivos que tuvo para hacerlo..."

¿Debe entenderse Jefe autorizado, como todo aquel que es reconocido institucionalmente como jefatura ó (sic) en su defecto es todo aquel en quien el Ministro del Ramo ha aplicado la delegación según lo establecido en los artículos 70 y 89 de la Ley General de la Administración Pública?"

Previo a emitir el criterio jurídico, es conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica,

el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, 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 un mejor desarrollo del tema, transcribimos los artículos 140 de nuestra Carta Magna, 70 y 89 de la Ley General de la Administración Pública los cuales hacen referencia tanto a la potestad de nombrar y remover a los funcionarios públicos como a la delegación de funciones:

Dicen así estas normas:

Constitución Política:

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

1) Nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública, a los empleados y funcionarios que sirvan cargos de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil;

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

Ley General de la Administración Pública

"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." (el subrayado no es del original).

"Artículo 89.-

1. *Todo servidor podrá delegar sus funciones propias en su inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza.* (el subrayado no es del original)

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."*

De lo transcrito supra podemos colegir cuál es el grado de jerarquía que se requiere para transmitir por delegación sus funciones, de igual forma nos indica la norma anterior, cuál es el requisito para que se dé la delegación en diverso grado al jerárquico, refiriendo a que el mismo debe estar contemplado en otra norma expresa.

Asimismo, la utilización de la expresión "inmediato inferior" le otorga a la delegación un carácter eminentemente subjetivo y personal, es decir, se hace a favor de un individuo concreto. Dicho carácter personal es reiterado por lo que determina el artículo 91 del cuerpo de cita:

"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 esta haya sido discrecional".

En aras a dar una visión más clara sobre el tema, se hace necesario traer a colación lo que la doctrina ha dicho sobre la figura de la Delegación:

> *"Desde el punto de vista administrativo, hay delegación de competencia cuando un funcionario confiere a sus inferiores jerárquicos alguna de las atribuciones a él asignadas por la ley, a fin de asegurar la celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites administrativos"...*

"(...) los actos emitidos por el órgano delegado se considerarán como si hubieran sido emitidos por el órgano delegante."[80]

El Dr. Ernesto Jinesta Lobo, emite su criterio sobre la importancia de esta figura, al decir lo siguiente:

> "El propósito de la delegación, es permitirle al superior jerárquico que cumpla con los fines asignados, lo cual se lo puede impedir momentáneamente el exceso de trabajo o de asuntos de escasa entidad." [81]

Debemos añadir que la delegación lleva implícitos límites que acotan y precisan el alcance de la potestad delegada. Estos límites son precisos y señalan con detalle el tiempo, la materia y la vigencia de las normas.

De tal suerte que la delegación solo es permisible de un funcionario superior a su inferior y nunca en otro grado de jerarquía salvo que exista disposición que así lo contemple.

Ahora bien, el artículo 31 inciso b) del Estatuto de Servicio Civil, Ley Nº 1581 del 30 de mayo de 1953, así como el Oficio AJ-746-2006 de esta Asesoría Jurídica del 20 de noviembre del 2006 y su homólogo Oficio Circular DG-010-2006 del 21 de diciembre del 2006, establecen la obligación tanto del Ministro de ramo como del jefe autorizado, de informar a través de oficio a esta Dirección General, acerca de los motivos que tuvo para prescindir de un servidor durante el período de prueba de tres meses contemplado en el artículo 30 del Estatuto, adjuntando la respectiva fórmula de evaluación.

[80] Diccionario de Derecho Público, Vásquez Fernández Emilio. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.

[81] Jinesta Lobo Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2002, Tomo I, pag.328.

Respondiendo su consulta concreta, debemos indicarle que "Jefe autorizado", es todo aquel funcionario público que tiene cargo asignado de jefatura formalmente.

Debe recordarse que quien realiza el trámite de calificación del período de prueba, lo es el jefe del servidor a evaluar y para estos efectos, no se requiere de delegación alguna, esta labor está dentro de las atribuciones propias de cada jefatura.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-368-2008
01 de julio de 2008

Señor
Carlos Antonio Naranjo Navarro
Correo Electrónico: cnaranjo@ministrabajo.go.cr

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su escrito de fecha 09 de junio del 2008, recibido el día 12 del mismo mes y año, mediante el cual consulta lo siguiente:

> *"... en base a la Ley de Compensación por pago de Prohibición" (sic), Ley 5867 del 15 de diciembre de 1975 y sus reformas, Artículo 1, inciso c), puede (sic) ostentar a la prohibición de un 30% por (sic) para quienes sean bachilleres universitarios o hayan aprobado el cuarto año de la respectiva carrera universitaria; al respecto yo puedo aplicar para ese porcentaje..."*

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 consulta se encuentra contenida en el artículo 9 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 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."*

Sobre el mismo tema, la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-157-91 del 27 de setiembre de 1991, expuso las siguientes 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 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.*"

A manera de síntesis, habría que señalarse en primer lugar, que para que un funcionario tenga derecho al pago de prohibición, el puesto debe estar afecto por ley a ese pago, de manera que si el puesto no se encuentra afecto, no importaría cuál es el grado académico que pudiera obtener, pues eso no lo haría acreedor del pago compensatorio.

Corresponde a la administración activa, en este caso la institución para la cual se presta servicio, 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, identificando el puesto que ocupa el servidor, la afectación del puesto al régimen de prohibición, la condición académica del servidor y su afinidad con el cargo que desempeña.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Roberto Piedra Lascarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-621-2008
05 de noviembre de 2008

Señora
Itzel Gómez Ruiz
Telf. 2272-7195

Estimada Señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su escrito de fecha 03 de noviembre de 2008, recibido ese mismo día vía fax, mediante el cual se consulta lo siguiente:

> *"… Una persona que tiene prohibición de ejercer profesiones liberales, porque recibe una compensación del 65%, él labora como Jefe de una Unidad Financiera en una institución gubernamental. Esta persona quiere ejercer el cargo de administrador de un condominio, donde tiene una propiedad. Su cargo sería AD HONOREM.*
> *…*
> *Necesito saber si este profesional se encuentra inhibido de realizar esta nueva función."*

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 que no se indica la institución gubernamental, no se puede determinar si tenemos competencia jurídica para emitir criterio, además de que la materia específica consultada, no encuentra fundamento dentro del mencionado cuerpo jurídico.

También 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, le manifestamos 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.

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).

A su vez, los numerales 1) y 2) incisos a), e) y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, señalan:

"Artículo 28.-
1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.

2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:
a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;
...
e) Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio;
...
j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes."

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-373-2008
02 de julio de 2008

MBA
Robert E. Molina Brenes
Jefe Departamento de Recursos Humanos
Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio DRH-251-2008 de fecha 18 de junio del año 2008, mediante el cual se nos solicita lo siguiente:

"En relación con el tema de Reasignaciones (Reglamento del Estatuto de Servicio Civil), el artículo 110 manifiesta:

"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."

Así las cosas:

i. Un funcionario a título personal puede solicitar el estudio de reasignación en forma discrecional?
ii. Un funcionario debe esperar la negativa de su superior para solicitar un estudio de reasignación a título personal?
iii. El estudio de reasignación deberá realizarse siempre con o sin autorización del jefe?

Previo a emitir el criterio jurídico, es conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, 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 un mejor desarrollo del tema procedemos a transcribir el numeral 105 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil el cual define Reasignación como el *"Cambio que opera en la clasificación de un puesto con motivo de variación sustancial y permanente en sus tareas y responsabilidades. "* (el subrayado no es del original).

Es decir, al hablar de cambio en la clasificación, alude no a cualquier cambio, sino como bien lo indica la norma, lo es a una variación sustancial y permanente en las tareas y responsabilidades, lo cual nos lleva a pensar que hay dos elementos importantes a considerar como lo son, por un lado la "sustancialidad" de la variación o cambio, y por otro la "consolidación" de aquellos.

En cuanto al primero, se tiene que la variación en las tareas debe ser de tal consideración, que implique estar realizando tareas o funciones, y habérsele encomendado responsabilidades de "hecho" o de "derecho" que difieren notoriamente, a las que al puesto le fueron asignadas, según el Manual de Puestos aplicable; por otro lado en cuanto a la "consolidación" de las tareas, en los términos que establece el artículo 111 inciso a) del Reglamento citado, los cambios operados en las tareas, actividades y responsabilidades, tendrían que haberse consolidado, y la forma en que ello ocurre, se visualiza en términos de tiempo, al indicar la norma aquí citada, que se requiere que entre ***la solicitud del servidor o el estudio de oficio que realiza la Oficina de Recursos Humanos***, haya transcurrido no menos de seis meses, se entiende así que las tareas o funciones se estuvieron realizando efectivamente al menos durante ese período. [82](el resaltado no pertenece al original).

Cabe mencionar que la circular de Gestión-005-2007 del 12 abril de 2007 estableció que ***"es potestad del jerarca o jefe autorizado conceder o no la anuencia al cambio de tareas en el puesto. En este sentido si se concede dicho aval, será a partir de ese***

[82] Jurídica Activa. No. 07- Julio 2007

momento que empezará a correr el tiempo de consolidación de las mismas, mínimo seis meses,...". (lo resaltado no pertenece al original.)

De lo anterior se desprende que el servidor debe solicitar a su jefe inmediato el estudio de reasignación, pues evidentemente, lo puede hacer a título personal en forma discrecional, porque si no, sería negarle un derecho. En principio no sería dable recurrir a la Oficina de Recursos Humanos, pues para solicitarlo a título personal en forma discrecional, únicamente se podría acceder a la misma ante la negativa del jefe inmediato.

Ahora bien, en caso de negativa por parte del jefe inmediato, hay que recordar que el procedimiento contempla su criterio, el cual como se dijo, existe la posibilidad de que se dé una negativa expresa o tácita de éste.

Si el jefe inmediato otorga la autorización para el estudio de reasignación, este debe realizarse, pero si el servidor lo solicitó y existe dicha negativa por parte del jefe, también debe cumplirse, porque si no, se le causaría indefensión.

Por otra parte, es importante traer a colación el artículo 109 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual establece la supervisión por parte de las oficinas de Recursos Humanos en aquellos cambios de puestos que puedan presentarse:

"Artículo 109: Las oficinas de recursos humanos de los ministerios e instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil deben estar atentas a los cambios a que se ven sometidos los puestos y proceder a su actualización siguiendo la normativa establecida por la Dirección General.

Asimismo, la Procuraduría General de la República se ha pronunciado en cuanto a la reasignación como derecho subjetivo del funcionario:

"...la competencia última para decidir en materia de reasignación de puestos, corresponde a la Dirección General de Servicio Civil, por lo que es la resolución que llegue a emitir esa Dirección el acto que declara un derecho subjetivo a favor del funcionario."[83]

Finalmente, debemos señalar que la reasignación es un instrumento con el que cuentan también las oficinas de recursos humanos e instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil, e incluso como vimos supra, **los propios servidores** tienen la posibilidad de efectuar o solicitar estudios, producto de los cambios operados o las variaciones sustanciales y permanentes en las tareas, por lo que una vez determinada esta situación se debe proceder conforme lo establecen los artículos 110 y siguientes del citado Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Si bien es cierto el jerarca o jefe autorizado se encuentra facultado para gestionar ante la Oficina de Recursos Humanos respectiva, el trámite de reasignación del puesto del servidor titular, también al funcionario a título personal se le faculta para gestionar dicho trámite ante la oficina de marras o en última instancia ante esta Dirección General en caso de que exista negativa, por parte del jerarca o jefe autorizado de avalar dicho trámite.

Llevar a cabo la reasignación de un puesto en virtud de las circunstancias que así lo permitan, se traduce en una obligación para las instancias a cargo de la ejecución de este procedimiento, por lo que una vez estudiada y aprobada la reasignación se debe proceder conforme al ordenamiento jurídico.

Atentamente,

Original firmado (Lic. Randy E. Obando Mora
Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

[83] Dictamen C-181-2008 del 29 de mayo del 2008.

AJ-460-2008
06 de agosto de 2008

Señor
Eddie Alejandro Vargas Navarrete
Correo Electrónico: eddie.vargas@conavi.go.cr.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su consulta de fecha 30 de julio del año 2008, recibida a través de correo electrónico, mediante la cual nos solicita lo siguiente:

"*ESTIMADDOS(sic) SEÑORES EN EL MOPT NOS DICEN QUE LOS MISCELÁNEOS 1 NO SE PUEDEN REASIGNAR ESTO BASADO EN UN PRONUNCIAMIENTO QUE DIO EL SERVICIO CIVIL QUISIERA QUE ME MANDARAN COPIA DE ESE PRONUNCIAMIENTO PARA PODER REASIGARME".*

En vista de lo anterior, se adjunta el oficio AJ-268-95 de 8 de mayo de 1995, emitido por esta Asesoría Jurídica, la cual considera jurídicamente improcedente, la solicitud de reasignación de puestos a nivel profesional de servidores que ingresen de acuerdo con las previsiones del artículo 15 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

No obstante, la resolución DG-278-2004 de fecha 12 de octubre de 2004 en su artículo primero, y su homóloga DG-002-2005 constituyeron en un solo cuerpo jurídico todas aquellas clases de puestos contempladas en diferentes resoluciones relacionadas con la aplicación del artículo 15, párrafo final del Reglamento del Estatuto de

Servicio Civil, incorporándose además nuevas clases de puestos debido a que por la evolución que ha tenido el sistema clasificado de puestos y por la propia naturaleza de trabajo que las caracterizan, califican para que la normativa supra les sea aplicada. Nos permitimos adjuntarle copia de las mismas.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-415-2008
21 de julio del 2008

Señora
Patricia Steiner Batres
Correo Electrónico: PSTEINER@ministrabajo.go.cr

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida por correo electrónico de fecha 11 de julio del presente año, mediante la cual indica:

> *"… me proporcione criterio legal respecto a la posición de crear un nuevo departamento en una Dirección de este Ministerio, para ayudarle a un funcionario de la Secretaría de un Consejo que ha desaparecido desde febrero de este año, fecha desde la cual el funcionario fue trasladado a la Dirección citada y ha seguido atendiendo la misma tarea que desempeñaba en ese Consejo, sea las apelaciones contra resoluciones de otra Dirección (Pensiones). Ello a pesar de que el Decreto que lo derogó, indica que las funciones serían asumidas por un departamento ya existente..."*

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.

Del contenido de su consulta, se aprecia que el asunto es de resorte meramente interno, lo cual nos impide emitir pronunciamiento alguno al respecto, por no encontrarse dentro de las competencias atribuidas a esta Dirección General en el artículo 13 del Estatuto de Servicio Civil.

Por el contrario, los numerales 1) y 2) incisos a), e) y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, señalan:

> *"Artículo 28.-*
> *1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.*
>
> *2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:*
> *a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;*
> *...*
> *e) Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio;*
> *...*
> *j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes."*

De tal forma que la situación por Usted descrita, de conformidad con las normas de la Ley General de la Administración Pública citadas supra, debe encontrar solución dentro de las competencias organizativas de la respectiva institución.

Para su consulta, 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.

Finalmente, cabe reiterar que corresponde a la administración activa, determinar el ámbito de aplicación subjetiva establecida en el ordenamiento jurídico, análisis dentro del cual se resolvería el caso concreto.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-697-2008
18 de diciembre del 2008

Señora
Ingrid Camacho Núñez
Correo electrónico icamacho@migracion.go.cr

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su escrito, de fecha 26 de noviembre de 2008, recibido por fax el día 28 de ese mismo mes y año, mediante el cual consulta lo siguiente:

"• Procede el acatamiento y observancia de ésta (sic) circular para un funcionario que por orden del Director General, ha sido trasladado a otra oficina (dentro de la misma institución) previo a la entrada en vigencia de la misma? Acaso no aplica el principio de irretroactividad?

• En virtud que dicho traslado ha sido ordenado por el jerarca de la institución y concretándose los hechos que, la naturaleza de la oficina a la cual se traslada es distinta y sustancialmente las funciones han sido modificadas. Resulta procedente que el jefe inmediato del servidor solicitante, deba solicitar al Director autorización, para efectuar un cambio de tareas y responsabilidades al subalterno, como lo pretende la circular transcrita literalmente?

• Bajo el supuesto anterior. Es correcta la interpretación realizada por el Departamento de Recursos Humanos, al considerar que el período de consolidación (6 meses) inicia a computarse a partir del momento que el Director de la institución autoriza al Jefe de departamento, a realizar el cambio de funciones de un funcionario?

• Debe la institución contar con presupuesto disponible para realizar EL ESTUDIO de reasignación? Puede el jerarca rechazar

una solicitud de reasignación fundamentado que no se están realizando por el momento estudios de puestos, debido a que el corte del presupuesto ya se realizó?

• Existe posibilidad de que el área a su cargo emita criterio legal para el "procedimiento" contemplado en la circular hasta aquí mencionada. Cuál sería el procedimiento a seguir"

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, del contenido de su escrito se aprecia que se trata de un asunto de resorte meramente interno, en los términos de los numerales 1) y 2) incisos a), y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, que señalan:

"Artículo 28.-
1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.
2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:
a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;
...
j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes."

No obstante, 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 y de una manera sucinta, pero que le permita dirigir sus inquietudes a las autoridades competentes.

1.- Una circular es un acto administrativo de carácter general que puede tener efectos jurídicos en la esfera individual. De conformidad con el deber de obediencia contenido a partir del artículo 108 de la Ley General de la Administración Pública, un servidor se encuentra sujeto a la relación de jerarquía en los términos del artículo 101 y siguientes de ese mismo cuerpo normativo.

Determinar si los efectos jurídicos de un acto general violenta el principio de irretroactividad de las normas, es un asunto que debe ser planteado directamente ante el emisor del acto, por parte de quien posea un interés legítimo protegido por el ordenamiento jurídico.

Desde esa perspectiva, esta Asesoría Jurídica no podría pronunciarse sobre los efectos de un acto general como el señalado en su escrito, por carecer de competencia para ello, en tanto, 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.

2.- Resulta ilustrativo transcribir el texto de los artículos 110 y 118 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que señalan:

"Artículo 110.- Cuando el jerarca o jefe autorizado estime que en un puesto se han dado cambios sustanciales y permanentes en sus tareas, actividades y responsabilidades, como consecuencia de modificaciones en los objetivos y/o procesos de trabajo, que impliquen la obtención de productos o servicios más eficientes, salvo casos de excepción a juicio de la instancia competente podrán gestionar ante la Oficina de Recursos Humanos respectiva, el trámite de la reasignación del puesto, o el estudio de clasificación que corresponda. Dicha Oficina ejecutará los estudios respectivos considerando para tal efecto los objetivos, estructura organizacional avalada por el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN), estructura ocupacional, funcionamiento, cobertura, procedimientos y otros aspectos básicos de organización que afecten la clasificación del puesto y que obedezcan a un

ordenamiento racional necesario para el buen cumplimiento de los objetivos de la dependencia, por lo que las Oficinas de Recursos Humanos deberán conocer la citada información, así como controlar su constante actualización, de conformidad con los cambios y modificaciones que al respecto se suceda.

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.

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."

(Así reformado por artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 27097 de 15 de mayo de 1998).

"Artículo 118.- Los jefes de las unidades o dependencias en donde ocurran cambios en las tareas y responsabilidades de los puestos debe informar de ellos al jerarca o jefe autorizado de la institución, para que decida si deben consolidarse o volver al estado original dichas tareas y responsabilidades.

Si se determina su consolidación, se debe comunicar a la oficina de recursos humanos para que analice la factibilidad de tramitar la reasignación del puesto, conforme lo dispone el inciso b) del artículo 111 de este Reglamento."

(Así reformado por el artículo 7° del Decreto Ejecutivo No. 22422 del 5 de agosto de 1993).

Como se puede apreciar, las normas son expresas respecto de la participación del jerarca o del jefe autorizado. El respectivo estudio deberá determinar esa participación como parte de los requisitos que deberán ser verificados.

3.- Esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para entrar a valorar si la interpretación de un acto general de otro órgano de la administración es correcta o no. Además, si se entra al fondo del asunto, dependiendo del criterio emitido, bien podría suceder que se infiera la decisión que adoptaría la Dirección General, si en alguna oportunidad futura, se planteara alguna acción administrativa en que sea parte este órgano rector, lo cual evidentemente podría ser violatorio del debido proceso administrativo, al adelantar criterio sobre casos que aún no han sido puestos bajo nuestra competencia exclusiva.

4.- Las razones por las cuales se podría rechazar una solicitud de reasignación deben ser analizadas en el caso concreto. Como tesis de principio, eventualmente podrían argumentarse razones presupuestarias. No obstante, una vez más, se reitera que ese es un asunto de resorte interno institucional y es dentro del respectivo estudio que deben determinarse las razones para la aprobación o para el rechazo de la solicitud.

5.- Tal como se ha señalado, esta Asesoría Jurídica tiene por política no resolver casos concretos en la atención de las consultas que son de su competencia. La circular a que se ha hecho referencia es un acto administrativo interno, por lo cual, no se tiene competencia para emitir criterio alguno. Si llegare algún caso concreto a conocimiento de la Dirección General, como podría ser un recurso de apelación o un reclamo administrativo del artículo 88 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, pudiera ocurrir que deba analizarse la regularidad de algún acto administrativo interno, pero es un asunto que sería propio del respectivo procedimiento administrativo.

En espera de haber atendido sus interrogantes, en cuanto nuestra competencia lo permita, atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-694-2008
17 de diciembre de 2008

Señor
Jorge Rodríguez
Correo Electrónico: rodríguez.r.jorge@gmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su consulta de fecha 16 de diciembre del año 2008, recibida a través de correo electrónico, mediante la cual nos solicita lo siguiente:

"Algunos funcionarios del Ministerio Tenemos(sic) la inquietud acerca de los plazos que existen para dar respuesta a un proceso de reasignación de puestos presentado ante ecusrsos(sic) humanos.

Favor indicar si exite(sic) algun(sic) tipo de legislación, reglamento o codigo(sic) donde se pueda constatar."

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 plazo que debe cumplir la Administración Pública en los estudios de reasignación, es importante señalar que el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento no establecen un plazo concreto para la elaboración de los mismos.

No obstante lo anterior, sobre el trámite de solicitudes de reasignación, conviene transcribir los Considerandos II y III de la Resolución de la Sala Constitucional Nº 3995-97, los cuales señalan lo siguiente en lo que interesa:

> *"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."*[84]

En ese mismo sentido, esta Asesoría Jurídica en su oficio AJ-184-2005, entre otros, ya se ha referido a la materia consultada y ha expuesto 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.*

[84] SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas veintiún minutos del 11 de julio de 1997.

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. ..."[85]

Atentamente,

Original firmado {Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

[85] Oficio AJ-184-2005, del 7 de marzo del 2005.

AJ-439-2008
30 de julio de 2008.

Señor:
Ricardo Ramírez.
Correo Electrónico: rramirez@senasa.go.cr

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, hacemos referencia a su consulta vía correo electrónico recibida el 22 de Julio del presente año, por medio de la cual se nos solicita información sobre lo siguiente:

"... buenas tardes, y disculpe, no se si este es el canal de comunicación (sic) , pero como funcionario público estoy regido por lo que establece el estatuto(sic) del(sic) Servicio Civil, donde ocupo un puesto en propiedad en la Institución donde laboro desde hace más de 25 años. Mi pregunta se refiere a cuantos meses tengo que esperar para que una institución pública realice un estudio de la plaza para reasignar, en el caso mío en el MAG presente documentación desde marzo, con el recibido de oficina de Recursos Humanos, autorización de mis superiores, visto bueno del Ministro, oficio del director Administrativo Financiero del MAG ordenando hacer estudio, y se dieron funciones profesionales hace mas de un año y medio por el director general. Hay algún impedimento del Servicio Civil contra estudio de plazas del MAG, y si es antojadizo o decisión de recursos humanos realizar un estudio sin que haya impedimento al respecto gracias por orientarme y pido disculpas si no procede hacerle esta consulta a UD (sic).¨

Previo a emitir el criterio jurídico, es conveniente hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, 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 un mejor acrecentamiento del tema, los Artículos 104, 109, 110,114 y 118 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, establecen que los estudios de reasignación de puestos deben contar, para su tramitación, con la autorización del Ministro o Jefe autorizado, en función de la consolidación de tareas, deberes y responsabilidades producto de las modificaciones en los objetivos, procesos de trabajo que involucran la obtención de productos o servicios más eficientes, en las distintas dependientes ministeriales.

Para mayor aclaración se transcribirán las citadas normas:

"Artículo 104.-
a) (...)
b) Reasignación: cambio que se opera en la clasificación de un puesto con motivo de variación sustancial y permanente en sus tareas y responsabilidades;"

"Artículo 109.- Las oficinas de recursos humanos de los ministerios e instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil deben estar atentas a los cambios a que se ven sometidos los puestos y proceder a su actualización siguiendo la normativa establecida por la Dirección General."(la negrita no es del original)

"Artículo 110.- Cuando el jerarca o jefe autorizado estime que en un puesto se han dado cambios sustanciales y permanentes en sus tareas, actividades y responsabilidades, como consecuencia de modificaciones en los objetivos y /o procesos de trabajo, que impliquen la obtención de productos o servicios más eficientes, salvo casos de excepción a juicio de la instancia competente podrán gestionar ante la Oficina de Recursos Humanos respectiva, el trámite de la reasignación del puesto, o el estudio de clasificación que corresponda." (la negrita no es del original).

Artículo 114.-<u>Un puesto puede ser estudiado las veces que resulte necesario, sin restricción de tiempo</u>, pero no podrá ser

reasignado a clase de mayor salarial más de una vez en un periodo de doce meses, salvo que estuviera vacante o que se acordare la reorganización de una dependencia o institución .Esta regla no opera para caso de reclasificación." (la negrita y subrayado no es del original).

"Artículo 118.- Los jefes de las unidades o dependencias en donde ocurran cambios en las tareas y responsabilidades de los puestos debe informar de ellos al jerarca o jefe autorizado de la institución, para que decida si deben consolidarse o volver al estado original dichas tareas y responsabilidades. Si se determina su consolidación, se debe comunicar a la oficina de Recursos Humanos para que analice la factibilidad de tramitar la reasignación del puesto, conforme lo dispone el inciso b)del artículo 111 de este Reglamento." (la negrita no es del original).

En ese sentido, esta Asesoría Jurídica mediante Oficios AJ–184-2005 y AJ-624-2005 respectivamente se ha manifestado al respecto y de dichos oficios cabe resaltar lo siguiente, en lo que interesa en razón que existe un antecedente jurisprudencial emitido por la Sala Constitucional en Sentencia número 3995-97 de las diez horas veintiún minutos del once de Julio de mil novecientos noventa y siete, en la cual se indicó:

"**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 (sic) se debe efectuar la determinación,… ; 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 interesa, 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 al efecto lo dispone.¨

En virtud de los análisis anteriores, se desprende que la Administración Pública debe velar porque los estudios de reasignación se realicen dentro de un plazo razonable, para evitar se le produzca al solicitante una violación a sus garantías constitucionales.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Alvaro Garita Zúñiga

Lic. Álvaro Garita Zúñiga.
ASESORÍA JURÍDICA.

AJ-695-2008
18 de diciembre de 2008

Licenciado
Guillermo Barrantes Rodríguez
Jefe
Oficina de Servicio Civil Seguridad Pública

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio OSCSP-639-2008 de fecha 15 de diciembre de 2008, en el cual se nos traslada oficio de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Seguridad Pública Nº 7552-2008-AJ-PJA de fecha 11 de diciembre del año en curso, donde se consulta si es necesario incluir en el Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Seguridad Pública un apartado que contenga el trámite de reasignaciones, o si es más factible regular tal proceso mediante otro instrumento legal, como por ejemplo un Manual.

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.

Como primer punto resulta necesario aclarar que esta Asesoría Jurídica, como ya se indicó, no atiende casos concretos, de ahí que no sea procedente que esta Sede se pronuncie sobre la "conveniencia" o la supuesta necesidad u obligatoriedad que tiene el Ministerio de Seguridad de regular de manera alguna lo relativo al tema de reasignaciones, pues esto deviene en un asunto de resorte meramente interno que deberá ser valorado por la Jerarca

Institucional, y analizado por la Unidad Jurídica que para el efecto ese Ente Ministerial posee. Siendo así las cosas, el presente estudio se limitará a ventilar la viabilidad jurídica de incluir dicha materia en el Reglamento Autónomo de cita.

Para poder dilucidar dicha viabilidad debe verse primero que las reasignaciones, cuyo sustento normativo se encuentra claramente definido a partir del artículo 105 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954), se forman como un subgénero proveniente de un tema mayor, a saber, la clasificación de puestos, afirmación que se sustenta no solo en el hecho de que sus reglas estén ubicadas en el Capitulo XI del citado Reglamento (denominado "Clasificación de Puestos"), sino de la definición misma de dicha figura, la cual según el inciso b) del artículo 105 de la norma de marras, es:

"Artículo 105.- *Para todos los efectos se entenderá por: (…)*

b) Reasignación: Cambio que se opera en la clasificación de un puesto con motivo de variación sustancial y permanente en sus tareas y responsabilidades" El destacado es propio.

Aclarada la materia sobre la cual se pretende ahora normar mediante Reglamento Autónomo, debe indicarse que, en lo que a clasificación de puestos respecta, el inciso a) del artículo 13 del Estatuto de Servicio Civil[86] (Ley Nº 1581 del 30 de mayo de 1953) otorgó dicha competencia a la Dirección General de Servicio Civil para su ejercicio único y exclusivo, pues tal y como señalara la Procuraduría General de la República:

"*…Conforme esas disposiciones, ningún otro órgano dentro del Poder Ejecutivo -ni siquiera el Presidente de la República- puede*

[86]Señala la norma que: *"Artículo 13.- Son atribuciones y funciones del Director General de Servicio Civil: a) Analizar, clasificar y valorar los puestos del Poder Ejecutivo comprendidos dentro de esta ley…"*

clasificar y valorar los puestos dentro del Régimen; así como tampoco puede el jerarca asignar una categoría salarial a un puesto del Servicio Civil. Así, se le ha encargado a este Órgano la clasificación y valoración de los puestos dentro del Régimen. Se trata de una competencia en la que no puede intervenir el Poder Ejecutivo, puesto que las decisiones técnicas de su exclusivo resorte no son impugnables ni siquiera ante el Tribunal del Servicio Civil (artículo 14, b) del Estatuto…" El subrayado no pertenece al original. **Dictamen C-159-96.**

Precisamente en respeto a estas competencias es que el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, señala en su artículo 106 que:

"Artículo 106.- *La Dirección General establecerá las normas y mecanismos correspondientes para que, con la participación de los ministerios e instituciones, se mantenga actualizada la clasificación de los puestos."* El subrayado es propio.

Entonces, dado que la clasificación de puestos, en cualquiera de sus distintas aristas, únicamente puede ser realizada por la Dirección General de Servicio Civil, esta Asesoría Jurídica considera que no resulta legalmente viable que un Ente Ministerial cree mediante instrumentos legales internos, normas relativas a la reasignación de puestos, para lo cual no solo no goza de la competencia necesaria, sino que además carece del instrumento jurídico idóneo, pues véase que las reglas trazadas para dicha figura jurídica se encuentran contenidas en un Decreto Ejecutivo, el cual por jerarquía normativa, es superior a los Reglamentos Autónomos de Servicio, afirmación que ha sido sostenida incluso por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual indicó en su Voto Nº 642-93 que:

"…No obstante, se hace necesario aclarar que si bien es cierto el artículo 7° del Reglamento Autónomo de Organización y Servicios del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (Decreto Ejecutivo # 18250-MOPT), lo habilita para utilizar a los servidores de ese órgano en las funciones que se consideren necesario asignarles, entre otras razones, cuando el "servicio público así lo demande", lo cierto es que

se trata de un reglamento autónomo y por ende, de rango inferior al ejecutivo (Reglamento del Estatuto de Servicio Civil), por lo que en consecuencia debe ceder ante el segundo, todo de conformidad con el artículo 6 incisos d) y e) de la Ley General de la Administración Pública…" El destacado es suplido.

Sin más acotaciones que hacer se emite así el criterio solicitado.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-369-2008
1º de julio del 2008

Señor
José Pizarro
Correo electrónico: jerieep@gmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico recibido el 19 de junio del presente año, en el cual solicita información sobre criterios emitidos en relación con las amonestaciones verbales y su medio de prueba.

El ordenamiento jurídico le otorga a la Administración la facultad de disciplinar o corregir a sus servidores por acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones. Esta potestad es definida como el poder de supremacía especial, derivada de la relación de empleo público, a fin de asegurar la continuidad y buen funcionamiento de los servicios públicos.

El Estatuto de Servicio Civil en su artículo 41 dispone "De las Correcciones Disciplinarias" cuatro clases de sanciones disciplinarias, a saber:

"Artículo 41.- *Para garantizar mejor el buen servicio público se establecen cuatro clases de sanciones disciplinarias:*

a) Advertencia oral, *que se aplicará por faltas leves, a juicio de las personas facultadas para imponer las sanciones, según lo determine el Reglamento Interior de Trabajo;*

b) Advertencia escrita*, que se impondrá cuando el servidor haya merecido durante un mismo mes calendario dos o más advertencias orales, o cuando las leyes del trabajo exijan que se haga un apercibimiento escrito antes de efectuar el despido y en los demás casos que determinen los reglamentos interiores de trabajo;*

***b) Suspensión del trabajo sin goce de sueldo**, que se aplicará hasta por quince días una vez oídos el interesado y los compañeros de trabajo que aquél indique, en todos aquellos casos en que conforme a los reglamentos interiores de trabajo se cometa una falta de cierta gravedad a los deberes impuestos por el contrato de trabajo, y*

***d) La suspensión del trabajo sin goce de sueldo procederá también en los casos de arresto y prisión preventiva**, durante todo el tiempo que uno y otra se mantenga, pero dará lugar al despido en cuanto excedan de tres meses. (...)"*

Así mismo la doctrina ha definido las correcciones disciplinarias como " *el poder jurídico del que está dotada la Administración Pública para investigar hechos que atentan contra la probidad administrativa, en orden a identificar a los responsables y aplicarles la sanción que legalmente sea procedente."*[87]

En términos generales, en un Estado de Derecho como el nuestro, la Administración posee una doble función: **ser represiva** para el funcionario que comete la falta, pero también, **preventiva** porque opera como medio disuasivo para el resto de los funcionarios, tanto las faltas como las sanciones pueden estar reguladas jurídicamente, en virtud del Principio de "legalidad de la falta y legalidad de la sanción" según el cual ninguna persona puede ser sancionado por ningún hecho que no haya sido definido previamente por el ordenamiento jurídico, ni sometido a sanción sin autorización legal. Empero, dada la diversidad de comportamientos que pueden suscitarse en la práctica de las relaciones de trabajo, dichos conceptos se tornan indeterminados o mejor dicho en cláusulas abiertas, sin que con ello se violente ninguna norma constitucional, en tanto se cumpla con los procedimientos de garantías que permitan comprobar la existencia o no, de una determinada falta.

Por otra parte la Sala Constitucionalidad del Poder Judicial, ha sostenido en el Voto No. 05546-95 de las 15:06 horas del 11 de octubre de 1995, lo que se transcribe:

[87] Diego Younes Moreno *"Derecho Administrativo Laborall" Editorial Temis S.A. 1993, página 273.*

"...,que las infracciones disciplinarias comprenden hechos que pueden ser calificados como violaciones de deberes funcionales que en algunas legislaciones pueden estar especificados y en otras no; que el ejercicio de la potestad discrecional, tan frecuente en materia sancionatoria disciplinaria, no exige que se detallen concretamente los hechos sancionatorios; que la potestad sancionatoria administrativa, debido a la variedad de causas que pueden generar su aplicación por la multitud de conductas que podrían configurar una falta a un deber funcional, a la frecuente imprecisión de los preceptos y a su ámbito de aplicación, puede disciplinar faltas no establecidas o definidas concretamente en la normativa, pero que se entienden (previstas) incluidas en el texto; que esa posibilidad de sancionar faltas no establecidas concretamente se produce como resultado del desarrollo de todo un procedimiento cargado de garantías que permita comprobar su existencia; que en materia disciplinaria también se admiten tipos más o menos imprecisos –que utilizan conceptos jurídicos indeterminados- o abiertos; que dada la indeterminación de los derechos profesionales y de la disciplina que se pretende garantizar, los tipos administrativos solo se pueden enunciar en términos generales"

Así las cosas en oficio AJ-276-2000 de esta Asesoría Jurídica señaló: "... el procedimiento correcto para aplicar una amonestación verbal, es por medio de un sumario que consiste en citar al funcionario por parte del Jefe respectivo para hacerle ver la falta cometida y al mismo tiempo escucharlo con el fin de que éste tenga su oportunidad de presentar la justificación o explicaciones del caso, de previo a la aplicación de la amonestación verbal, quedando a valoración del Jefe si acepta o no la defensa que argumenta el funcionario./ El anterior procedimiento es el indicado en virtud del derecho de defensa constitucional establecido para todos los ciudadanos, al cual hace referencia el artículo 39 de la Constitución Política..."

Atentamente,

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

AJ-421-2008
23 de julio de 2008

Licenciada
Ana Teresa Guillén Sánchez
Auditora Interna
Instituto Costarricense de Investigación y
Enseñanza en Nutrición y Salud
S. O.

Estimada Señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio AI-40-08 de fecha 15 de julio del 2008, recibido el 21 de ese mismo mes y año, mediante el cual se consulta lo siguiente:

> *"Atentamente le solicito indicarme si es posible suspender con goce de salario a un funcionario de alto nivel, al cual eventualmente se le iniciará un procedimiento administrativo, como consecuencia de una relación de hechos elaborada por esta Auditoría Interna.*
>
> *No omito manifestarle, que todos los niveles administrativos y técnicos responden a ese funcionario y que el mismo tiene antecedentes tales como: una suspensión de 4 meses en el año 2005, fue trasladado al Ministerio de Salud durante todo el año 2006 y por una resolución de la Sala Constitucional fue reinstalado en el INCIENSA en el presente año. Las causas que mediaron estas situaciones son totalmente diferentes a la actual."*

Este Despacho entra a conocer su consulta como una forma de colaboración, no sin antes señalar 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.

Al respecto, la suspensión de un servidor cubierto por el Régimen de Servicio Civil se encuentra regulada en la siguiente normativa estatutaria:

1.- Estatuto de Servicio Civil, Ley No. 1581 del 30 de mayo de 1953, que en el inciso d) del artículo 43 y en el inciso ch) del artículo 190, señalan:

> Artículo 43.-
> "*d) Si el cargo o cargos que se hacen al empleado o funcionario implican responsabilidad penal para él o cuando sea necesario para el buen éxito de la investigación que determina el inciso siguiente o para salvaguardia del decoro de la Administración Pública, el Ministro podrá decretar en su nota inicial, la suspensión provisional del interesado en el ejercicio del cargo, informándolo a la Dirección General de Servicio Civil …*"
>
> Artículo 190.-
>
> Son atribuciones del Tribunal conocer:
> …
>
> "*ch) Decretar, en cualquier estado de las diligencias de gestión de despido, si lo considera pertinente con vista del mérito de los autos y a solicitud del respectivo ministro autor(sic), la suspensión provisional del servidor en el ejercicio del cargo;*"

2.- Reglamento Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo No. 21 del 14 de diciembre de 1954, que en el artículo 74 y en el inciso b) del artículo 90, señalan:

> Artículo 74.-
>
> "*… Si el Ministro actor solicita la suspensión del servidor, la Dirección General remitirá de previo el expediente a dicho Tribunal, para que éste resuelva ese punto dentro del término perentorio de cinco días hábiles…"*
>
> Artículo 90.-
> …
>
> "*b) Cuando así lo crea necesario, el Ministro podrá solicitar la suspensión provisional del servidor en el ejercicio de su cargo, al tenor de los artículos 43, inciso d) y 190, inciso ch) del Estatuto de Servicio Civil.*"

Como se puede apreciar, la normativa estatutaria transcrita supra, corresponde con el trámite del procedimiento especial sumario de Gestión de Despido. Desde el ejercicio de nuestra competencia como Asesoría Jurídica y de las competencias atribuidas a esta Dirección General en el artículo 13 del Estatuto de Servicio Civil, habría que señalar que no se conoce otro fundamento jurídico que en sede administrativa permita la aplicación del tipo de medidas cautelares como la indicada.

En otra oportunidad, sobre todo por la revisión que se ha hecho de alguna jurisprudencia de la Sala Constitucional, se ha tenido noticia de la aplicación de la medida cautelar de suspensión para un servidor dentro de un procedimiento administrativo que no es el procedimiento especial sumario supra indicado, pero en ninguna de las resoluciones de las que se ha tenido conocimiento se ha indicado el fundamento jurídico que permite la aplicación de esa medida cautelar.

Más bien, a manera de ejemplo sobre ese desarrollo jurisprudencial de la Sala Constitucional, se puede reseñar el voto 1979-07, que indica:

1979-07. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. MEDIDAS CAUTELARES. *Alega el recurrente que mediante resolución Nº LA-074-2006, la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de Aprendizaje ordenó en su contra una medida cautelar de suspensión con goce de salario de su puesto como Encargado de la Unidad Regional Chorotega, sin que a la fecha de interposición del proceso de amparo y pese a la presentación de recursos administrativos se haya instruido un procedimiento administrativo ni se le hayan comunicado los avances de la investigación preliminar. Sobre el plazo de las medidas cautelares ante causam, que se han analizado bajo la condición del respeto al principio de instrumentalidad que las caracteriza, es decir, las mismas son posibles siempre que estén sujetas a un término perentorio breve para, si es procedente, incoar el respectivo procedimiento disciplinario, se citan las sentencias 9232-04 y 11395-06. Se declara con lugar el recurso. Se deja sin efecto la medida cautelar dispuesta en la resolución Nº LA-142-2006 de las 09:00 hrs. del 4 de octubre de 2006 dictada por la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de Aprendizaje. Se restituye al amparado, en el pleno goce de sus derechos. Esto, sin perjuicio de que la administración le pueda iniciar el procedimiento administrativo respectivo.* ***CL***

Como se desprende de esa cita, la aplicación de la medida cautelar de suspensión es un asunto que debe ser valorado a la luz del procedimiento administrativo particular y con sujeción al principio de instrumentalidad de la medida.

En otras palabras, resulta imposible emitir criterio alguno sobre la posibilidad de dictar una medida cautelar de ese tipo, en primer lugar, por carecer de competencia para ello y en segundo lugar, porque es el órgano competente quien debe analizar el caso particular y dictar lo que considere procedente, de lo contrario estaríamos suplantando a la administración activa, entendida ésta, como ese Instituto.

Por lo anterior, dado que la decisión de aplicar una medida cautelar es de resorte meramente interno, eso nos remite a la aplicación de los

numerales 1) y 2) incisos a) y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública.

En ese orden de ideas, corresponderá a los órganos asesores de esa Institución, sugerir y recomendar todas aquellas acciones que sean conformes y razonables para el caso concreto.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-490-2008
27 de agosto de 2008

Bachiller
Branny Rojas Villalobos
Oficial Regional Administrador a.i.
Dirección Regional Dos, Alajuela
Ministerio de Seguridad Pública

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, procedemos a darle respuesta a su oficio ORA-528-2008-RH2 de fecha 14 de agosto del año 2008, mediante el cual nos solicita lo siguiente:

"... interponer sus valiosos oficios, a fin de que se nos proporcione la información relacionada con el "DEBIDO PROCESO", que se debe seguir con el personal nombrado por el Servicio Civil, que se presenta a laborar en aparente estado etílico"

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.

Entrando al tema en cuestión, el artículo 140 de nuestra Carta Magna establece que es el respectivo ministro de ramo, a quien le corresponde nombrar y remover a los servidores públicos con fundamento en el Estatuto de Servicio Civil. Dicha norma dispone lo siguiente:

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

1) Nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública, a los empleados y funcionarios que sirvan cargos de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil;
2) Nombrar y remover, con sujeción a los requisitos prevenidos por la Ley de Servicio Civil, a los restantes servidores de su dependencia;"

Por su parte, el artículo 43 del Estatuto de Servicio Civil señala en lo que interesa que:

"ARTÍCULO 43.- Los servidores públicos sólo podrán ser removidos de sus puestos si incurrieren en las causales que determina el artículo 81 del Código de Trabajo y 41, inciso d), de esta ley, o en actos que impliquen infracción grave del presente Estatuto, de sus reglamentos, o de los Reglamentos Interiores de Trabajo respectivos. La calificación de la gravedad de las faltas la hará en detalle del Reglamento de esta ley y los Reglamentos Interiores de Trabajo. Todo despido justificado se entenderá hecho sin responsabilidad para el Estado y hará perder al servidor todos los derechos que esta ley concede, excepto los adquiridos conforme a la Ley General de Pensiones; siempre que se realice con observancia de las siguientes reglas:

a) El Ministro someterá por escrito a conocimiento de la Dirección General de Servicio Civil su decisión de despedir al trabajador con expresión de las razones legales y hechos en que la funda. (...)"

En ese mismo sentido, en relación con el principio del debido proceso aplicado en las gestiones de despido contra los servidores públicos sujetos al Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, la Sala Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades de la siguiente forma:

"… En cuanto a la impugnación del artículo 43 inciso b.) del Estatuto de Servicio Civil, no resulta cierto que las facultades otorgadas a la Administración -Ministro de cada ramo- para presentar ante la Dirección General del(sic) Servicio Civil la decisión de despedir a un funcionario público, constituyan

potestades de imperio desmedidas y arbitrarias, toda vez que el Ministro deberá presentar su gestión en forma razonada, con expresión de las razones legales y hechos en que la funde, según lo dispuesto en la parte inicial de la norma impugnada,..." ... "...es decir las causales de despido de un funcionario público están expresamente determinadas por ley, debiendo el Ministro o jerarca fundamentar debidamente la decisión de despido de uno de sus empleados, conforme lo regula la ley en cuestión. Por otro lado, la gestión ante la Dirección del(sic) Servicio Civil no constituye más que la iniciación de un proceso de investigación, que puede concretarse o no en el despido del funcionario público, dependiendo de los resultados del proceso que se inicia, en el cual se garantizan los principios que integran el debido proceso, según lo dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales."[88]

Asimismo se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia No.6076-96, la cual dispuso:

"En cuanto al procedimiento administrativo denominado por la ley "gestión de despido", cabe decir que como se inicia a solicitud del respectivo Ministro, es en esas diligencias en donde corresponde a la Administración respetar el debido proceso respecto del servidor contra quien se siguen. En ese sentido, la decisión ministerial de solicitar al Tribunal de Servicio Civil su intervención, no requiere de ningún expediente administrativo previo, en el cual se le otorgue al servidor audiencia o intervención alguna, pues será este Tribunal el que inicie el procedimiento administrativo, formalmente, y quien procure cumplir con lo mandado por el artículo 39 de la Constitución Política. En la jurisprudencia de esta Sala se ha rechazado de plano, como prematuro, todo amparo dirigido a atacar como ilegítima una decisión ministerial de ese tipo, ya que será en la sede del Tribunal donde se pueda ejercer

[88] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas seis minutos del 13 de setiembre de 1994.

plenamente la defensa, tener acceso al expediente, ofrecer y evacuar la prueba que se proponga, etc."[89]

De lo anterior se desprende, que dentro de cada una de las instituciones que se encuentran sujetas al Régimen de Servicio Civil, se tiene definido a lo interno, a quien deben informar para realizar el trámite de gestión de despido, si es lo que se pretende, siempre que dicho procedimiento se encuentre amparado al Principio del Debido Proceso, el cual tal y como lo señala la jurisprudencia y la normativa supra indicada, es al ministro de ramo, a quien corresponde iniciar la solicitud de gestión de despido del servidor contra quien se interpone.

Atentamente,

Original firmado (Lic. Randy E. Obando Mora

Lic. Randy Esteban Obando Mora
ASESORÍA JURÍDICA

[89] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las once horas treinta minutos del 8 de noviembre de 1996.

AJ-692-2008
17 de diciembre de 2008

Licenciado
Manuel Solano Rojas
solanorojas@hotmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico del día 9 de diciembre del 2008, enviado a la Contraloría de Servicios de la Dirección General de Servicio Civil y remitido a esta Sede, en el cual se exponen una serie de consultas relativas al caso de una servidora que fue despedida con base en el artículo 36 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954), norma que, según indica, fuera declarada inconstitucional mediante Voto Nº 06-11456 (*Sic* léase correctamente Voto Nº 2008-1573) de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

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.

Como preámbulo al análisis de las consultas planteadas, es importante estudiar de manera sucinta lo que, previo a su declaratoria de inconstitucionalidad, establecía el numeral 36 citado, a saber:

"No obstante lo indicado en los artículos anteriores el servidor que permaneciere enfermo por un periodo de tres meses o más, podrá a juicio del máximo jerarca de la institución respectiva, ser separado

de su puesto, mediante el pago del importe del preaviso y del auxilio de cesantía correspondientes"

Véase que la norma daba al hecho de permanecer incapacitado por un plazo de tres o más meses un claro efecto, el cese del puesto, por lo que no cabe duda que mediante ella se creaba una causal más de despido, supuesto cuya legalidad y viabilidad eran defendidas incluso por la Sala Constitucional[90].

Sin embargo ese mismo alto tribunal varió su criterio, por motivos que no ameritan ser estudiados en este momento, y mediante Voto Nº 1573-2008 señaló en lo que interesa que:

*"…**XI.- Conclusión.** Con base en los argumentos que se han expuesto hasta aquí, corresponde declarar inconstitucional la disposición impugnada, por infracción de los principios de justicia social, solidaridad y el derecho del trabajador a ser protegido en caso de enfermedad, anulando el artículo 36 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, con los efectos que con ese fin señala el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Debe entenderse que la presente declaratoria de inconstitucionalidad no afecta aquellos despidos que se hubieran consolidado por acto administrativo firme antes de la fecha de publicación del primer aviso acerca de la interposición de este proceso (Boletín Judicial #189 del 3 de octubre de 2006)..."* El destacado es propio.

Si bien resulta incontrovertible el hecho de que el citado numeral 36 ha dejado de pertenecer al mundo jurídico por cuanto sus disposiciones rozaban con la Constitución Política, debe hacerse notar que los Magistrados dimensionaron la aplicación de la norma en el tanto su declaratoria no afectaba aquellos despidos que se hubieran consolidado mediante acto administrativo firme.

[90] Así por ejemplo expresó ese Ente Jurisdiccional en su Voto 4499-94 que: *"..en criterio de la Sala no existe tal oposición, ya que si bien es cierto, el caso del artículo 36 del Reglamento no está contenido entre las causales del artículo 81 del Código de Trabajo, sí lo está en las del 80 como causa de terminación del contrato laboral, ajena a la voluntad de las partes, por lo que con base en este último artículo debe entenderse remitido a la legislación laboral…".*

Este dimensionamiento temporal se da debido a que en Costa Rica en la declaratoria de nulidad de una norma por razones de inconstitucionalidad, se utiliza un sistema mixto (ubicado entre los sistemas "Norteamericano" y "Austríaco"), en el que se le da potestad al Juez de dimensionar sus efectos temporales, con el fin de evitar que situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos de buena fe sean afectados, posibilidad que deviene de lo estipulado en los artículos 88 y 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley Nº 7135 del 11 de octubre de 1989), los cuales indican que:

*"**Articulo 88**. Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento..."*

*"**Articulo 91.-** La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales"* El subrayado es suplido.

Este mecanismo de ajuste temporal de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional ha sido ampliamente estudiado por la Procuraduría General de la República, la cual en su Dictamen C-403-2008 indicó que:

"…Puesto que los efectos de tal declaratoria implican la desaparición de la norma de nuestro ordenamiento jurídico, podría concluirse que la norma declarada inconstitucional no es susceptible de ser aplicada, ni servir como parámetro de referencia, salvo cuando se reconozcan derechos adquiridos. No obstante, esa afirmación no es absoluta (…)

Es normal que dictada la sentencia esta surta efectos en forma inmediata. Sin embargo, en aras de mantener la seguridad jurídica y el principio de equidad, el legislador puede dimensionar los efectos temporales de las sentencias. Este dimensionamiento puede concernir tanto el pasado como el futuro.

En nuestro ordenamiento el dimensionamiento temporal es hacia el pasado, puesto que, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 91 antes transcrito, se dimensiona en el tiempo el efecto retroactivo. La jurisprudencia constitucional se refiere a este dimensionamiento hacia el pasado como una forma de "preservación de actos de carácter irreversible emanados al amparo de la vigencia de normas declaradas con posterioridad inconstitucionales, so pena de causar graves conculcaciones a la justicia y seguridad jurídica del sistema en respeto de derechos adquiridos de buena fe y de situaciones de derecho jurídicamente consolidadas", preservación que encontraría fundamento "(…)

"Este debe, en el orden institucional, pronunciarse contra la vulneración de la Constitución, cuando este quebranto existe, pero, de otro lado, debe afrontar de alguna manera la situación de desventaja que la actuación destemplada del legislador haya podido crear en la realidad social. Es a este segundo extremo del dilema a lo que intenta poner remedio la disposición del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que dice que la sentencia constitucional de anulación dictará las reglas necesarias para evitar que a consecuencia del fallo se produzcan graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales. Es decir: despejada la cuestión de constitucionalidad, enseguida el tribunal afronta la cuestión de los perniciosos efectos sociales que puede aparejar el restablecimiento de la legalidad. Entran en juego, entonces, sus excepcionales facultades de moderación, adecuación o ajuste, que, si bien amplias, han de sujetarse a los principios que el mismo artículo 91 enuncia…"

Consulta el señor Solano si ante dicha declaratoria de inconstitucional puede oponerse algún derecho retroactivo, ante lo cual debe hacérsele ver que en el dictado del Voto de marras, la Sala Constitucional no dispuso ningún "derecho retroactivo", sino que se limitó a indicar que ésta no afectaría aquellos despidos que se hubieran consolidado por acto administrativo firme antes de la fecha de publicación del primer aviso acerca de la interposición del proceso (Boletín Judicial #189 del 3 de octubre de 2006), para lo cual cabe recordar que un acto administrativo se considera definitivamente firme cuando ha sido consentido, o no impugnado en tiempo y forma. En

este sentido la Procuraduría General de la República, citando al autor Cabanellas, ha indicado que:

"…la firmeza se refiere al dicho de la sentencia –agregamos nosotros del acto administrativo-, "…cuando no cabe contra ella [él] recurso alguno, salvo el extraordinario de revisión; y también cuando ha sido consentida [o] expresa o tácitamente por las partes. La sentencia [o el acto administrativo] firme causa ejecutoria y puede cumplirse desde luego." Como puede observarse, el concepto de firme es más de naturaleza procesal. Ha sido trasplantado al procedimiento administrativo teniendo, en consecuencia, similar connotación…" **Dictamen C-053-2000.**

Ya que el proceso de despido en el que se tomaba como base legal el artículo 36 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, era instruido y concluido por los distintos Entes Ministeriales, con las reglas del Proceso Sumario u Ordinario establecidos en la Ley General de la Administración Pública[91], debe entonces el consultante analizar el caso concreto para así poder determinar si el acto administrativo del que devino el despido ha adquirido firmeza, o si por el contrario puede aun ser impugnable, pues de eso dependerá la aplicación o no de la declaratoria de inconstitucional a su caso particular, y correlativamente una posible reinstalación.

Sin más acotaciones que hacer, se evacuan así las dudas planteadas.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

[91] Respecto a este tema véase el oficio AJ-301-2007 del 23 de mayo de 2007, emitido por esta Asesoría Jurídica.

AJ-696-2008
18 de diciembre del 2008

Señor
Alfonso Molina Guevara
Fax 2665-67-71 ó 2666-9258

Atención: Lic. Oscar Eduardo Juárez Carreras

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su escrito, sin indicación de fecha, presentado el 10 de diciembre de 2008, en relación con el oficio de esta Asesoría Jurídica AJ-665-2008 del 01 de diciembre de 2008 y mediante el cual hace referencia al trámite de gestión de despido establecido en su contra por el Ministerio de Educación Pública, bajo el expediente número 14521.

Como un aspecto previo, se considera conveniente transcribirle el artículo 43 del Estatuto de Servicio Civil y el artículo 90 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, normas principales que contienen el procedimiento especial sumario de gestión de despido:

> Artículo 43.- Los servidores públicos sólo podrán ser removidos de sus puestos si incurrieren en las causales que determina el artículo 81 del Código de Trabajo y 41, inciso d), de esta ley, o en actos que impliquen infracción grave del presente Estatuto, de sus reglamentos, o de los Reglamentos Interiores de Trabajo respectivos.
>
> La calificación de la gravedad de las faltas la hará en detalle del Reglamento de esta ley y los Reglamentos Interiores de Trabajo. Todo despido justificado se entenderá hecho sin

responsabilidad para el Estado y hará perder al servidor todos los derechos que esta ley concede, excepto los adquiridos conforme a la Ley General de Pensiones; siempre que se realice con observancia de las siguientes reglas:

a) El Ministro someterá por escrito a conocimiento de la Dirección General de Servicio Civil su decisión de despedir al trabajador con expresión de las razones legales y hechos en que la funda.

b) La Dirección General de Servicios Civil hará conocer al servidor la gestión de despido y le dará un plazo improrrogable de diez días, contados a partir de la fecha en que reciba la notificación, a fin de que exponga los motivos que tenga para oponerse a su despido, junto con la enumeración de pruebas que proponga en su descargo. (Interpretado por Resolución de Amparo Nº 675-91 de las 14:10 horas del 27 de marzo de 1991)

c) Si vencido el plazo que determina el inciso anterior, el servidor no hubiere presentado oposición o si expresamente hubiere manifestado su conformidad, quedará despedido en definitiva, sin más trámite, salvo que pruebe no haber sido notificado por la Dirección General de Servicio Civil o haber estado impedido por justa causa para oponerse.

d) Si el cargo o cargos que se hacen al empleado o funcionario implican responsabilidad penal para él o cuando sea necesario para el buen éxito de la investigación que determina el inciso siguiente o para salvaguardia del decoro de la Administración Pública, el Ministro podrá decretar en su nota inicial, la suspensión provisional del interesado en el ejercicio del cargo, informándolo a la Dirección General de Servicio Civil. Si se incoare proceso penal o de policía en contra del empleado o funcionario, dicha suspensión podrá decretarse en cualquier momento como consecuencia de auto de detención o de prisión preventiva o sentencia de arresto. En caso de que el

resultado de la investigación fuere favorable para el empleado o funcionario, se le pagará el sueldo correspondiente al período de suspensión, en cuanto al tiempo que haya sufrido arresto o prisión por causas ajenas al trabajo. (Interpretado por Resolución de la Sala Constitucional Nº 927-94 de las 15:30 horas del 15 de febrero de 1994)

e) Si el interesado se opusiere dentro del término legal, la Dirección General de Servicio Civil, levantará la información que proceda, a cuyo efecto podrá dictar el secreto de la misma; dará intervención a ambas partes, evacuará las pruebas que se hayan ofrecido y las demás que juzgue necesario ordenar, en un plazo improrrogable de quince días, vencidos los cuales enviará el expediente al Tribunal de Servicio Civil, que dictará el fallo del caso. A ese efecto, si el Tribunal lo estima necesario, podrá mandar ampliar la investigación, recibir nuevas pruebas y practicar todas las demás diligencias que considere convenientes para su mejor juicio, gozando de amplia facultad para la calificación y apreciación de las circunstancias de hecho que tengan relación con el caso a resolver.

Artículo 90.- Todo despido justificado de los servidores regulares se tenderá sin responsabilidad para el Estado y hará perder al servidor todos los derechos que el Estatuto y este Reglamento le confieren siempre que realice con observancia de las siguientes reglas:

a) El Ministerio deberá someter por escrito a conocimiento de la Dirección General su decisión de despedir al servidor, con expresión de los siguientes datos:

1) Nombre completo del servidor;

2) Dependencia en donde presta sus servicios, puesto que desempeña y nombre del jefe inmediato. En caso de haber

sido suspendido provisionalmente, deberá indicarse su domicilio;

3) Fecha de ingreso al trabajo y salarios ordinarios y extraordinarios devengados durante los últimos seis meses; y

4) Hechos que motivan la decisión de su despido, con enunciación de los medios de prueba que puedan ser ofrecidos y expresión de las razones legales en que se funda.

b) Cuando así lo crea necesario, el Ministro podrá solicitar la suspensión provisional del servidor en el ejercicio de su cargo, al tenor de los artículos 43, inciso d) y 190, inciso ch) del Estatuto de Servicio Civil.
(Así reformado por el artículo 2° del Decreto N° 17230 de 8 de octubre de 1986).

c) La Dirección General, una vez obtenidos los datos anteriores, hará conocer al servidor la gestión de despido, otorgándole un plazo improrrogable de diez días, contados a partir de la fecha en que reciba la notificación, que deberá hacerse por escrito, personalmente o por medio de correo certificado si su domicilio no fuere la ciudad de San José, a fin de que exponga los motivos que tuviere para oponerse al despido, junto con manifestación precisa de las pruebas que proponga en su descargo. La contestación del servidor podrá ser por escrito o en forma verbal ante la Dirección General o su delegado, en cuyo caso ésta levantará acta consignando la declaración del servidor;

d) Si vencido el plazo concedido, el servidor no hubiere presentado oposición o si expresamente hubiere manifestado su conformidad, la Dirección General pasará el expediente al Tribunal y este autorizará el despido sin más trámite, salvo que el servidor pruebe no haber sido notificado por la Dirección General o haber estado impedido por justa causa;

e) Si el servidor se opusiere dentro del término legal, la Dirección General levantará la información que proceda, pudiendo dictar el secreto de la misma, cuando así lo estime prudente para el mejor éxito de la investigación; dará intervención a ambas partes; y recibirá y evacuará las pruebas que se hayan ofrecido y las demás que juzgue necesario ordenar, el expediente al Tribunal. Este dictará el fallo que proceda pero previamente podrá mandar a ampliar la investigación, recibir nuevas pruebas y practicar todas las demás diligencias que considere convenientes para su mejor juicio;

f) Si el Tribunal se pronunciare de acuerdo con el despido, en su resolución señalará la fecha en que éste podrá hacerse efectivo, y declarará procedente la suspensión, sin responsabilidad para el Estado, caso de que el servidor hubiere sido suspendido provisionalmente;

g) Las partes tendrán un término de tres días hábiles, contados a partir del siguiente al de la notificación del fallo del Tribunal, para apelar. El recurso se concederá para ante el Tribunal Superior de Trabajo, con sujeción a lo dispuesto por el artículo 44 del Estatuto, debiendo las partes señalar casa y oficina en el centro déla ciudad de San José en donde oír notificaciones de segunda instancia; y

h) El servidor podrá renunciar en ejecución del fallo a la reinstalación -cuando ésta fuere ordenada por sentencia firme-, a cambio de la percepción inmediata del importe del preaviso y auxilio de cesantía que le pudiere corresponder y, a título de daños y perjuicios, de los sueldos que habría percibido desde la terminación del contrato hasta el momento en que, de acuerdo con los términos legales para tramitar y resolver, haya debido quedar firme la sentencia respectiva.

Como se puede apreciar, en el procedimiento especial sumario de gestión de despido contenido en el artículo 43 del Estatuto de Servicio

Civil intervienen dos órganos diferentes, sin relación de jerarquía y sin subordinación entre sí, con independencia funcional y de criterio.

Por una parte, la Dirección General de Servicio Civil instruye el procedimiento, pero no se trata de un órgano director en los términos del procedimiento ordinario del artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública, porque no existe acto de nombramiento por parte de algún órgano decisor ni tampoco se está en presencia de un procedimiento ordinario. La Dirección General de Servicio Civil únicamente ejerce la competencia a la que está llamada por Ley, según lo señalado por el artículo 43 del Estatuto de Servicio Civil.

Por otra parte, el Tribunal de Servicio Civil conoce, decide o resuelve la gestión de despido, por así estipularlo el artículo 190 del Estatuto de Servicio Civil.

Para mayor abundamiento, el artículo 185 del Estatuto de Servicio Civil señala que "En el desempeño de su cometido, el Tribunal gozará de independencia funcional y de criterio, así como de la atribución de darse su propio reglamento interior y de hacer los nombramientos y renovaciones de su personal administrativo, con sujeción al Régimen de Servicio Civil."

A propósito del tipo de procedimiento de gestión de despido, el artículo 205 del Estatuto de Servicio Civil señala que "Los asuntos que sean de competencia del Tribunal tendrán un procedimiento sumario con un término no mayor de cuarenta días para dictar el fallo y en casos especiales podrá solicitarse al Consejo de Gobierno una ampliación del plazo hasta por treinta días más."

La Dirección General de Servicio Civil, de conformidad con el inciso a) del artículo 190 del Estatuto de Servicio Civil, cuenta con sesenta días para levantar la información, que una vez finalizada debe remitirse al Tribunal de Servicio Civil, órgano encargado de la custodia y archivo de los expedientes. En el mismo sentido, el artículo 207 de ese cuerpo normativo, dispone sanciones específicas por inobservancia de los términos de cumplimiento del cometido.

Utilizar la terminología propia del procedimiento ordinario establecido en la Ley General de la Administración Público resulta inexacto y ajeno a la técnica del procedimiento especial sumario de gestión de despido. Referirse a la Dirección General de Servicio Civil como órgano director y al Tribunal de Servicio Civil como órgano decisor es abiertamente improcedente, por no existir relación de jerarquía ni de subordinación entre esos dos órganos.

Tal como se le indicó desde el oficio AJ-665-2008, todos los documentos que Usted presentó, se remitieron al Tribunal de Servicio Civil, órgano que custodia y conserva el expediente administrativo, y al que compete resolver en definitiva sobre sus pretensiones.

En el mismo sentido, se le indicó que el expediente administrativo fue remitido al Tribunal de Servicio Civil el 17 de setiembre de 2008, por haber operado la preclusión de la competencia de esta Dirección General y en estricto cumplimiento del bloque de legalidad que rige la actuación administrativa en el procedimiento especial sumario de gestión de despido.

Por no encontrarse el expediente en esta Dirección General y por no tener competencia para ello, resulta improcedente referirse a extremos o alegatos que exclusivamente pertenecen a ese expediente administrativo, en tanto corresponde al Tribunal de Servicio Civil, una vez que el expediente es trasladado bajo su competencia.

Valga reiterar también que una vez remitido el expediente al Tribunal de Servicio Civil, esta Dirección General desconoce el resultado final del mismo y las actuaciones procesales que eventualmente puedan tener lugar en ese otro órgano.

Pudiera suceder que el Tribunal de Servicio Civil devuelva un expediente a esta Dirección General para atender algún asunto que se hubiera presentado durante la instrucción. Sin embargo, en su caso, desde la fecha de la remisión, no ha tenido lugar ninguna devolución o reenvío del expediente, para atender ningún asunto.

Por tal razón, una vez más, corresponde remitir su escrito y copias adjuntas al Tribunal de Servicio Civil, a fin de que ese órgano lo integre al expediente administrativo y en uso de su competencia exclusiva, valore y decida lo que proceda conforme a Derecho.

En espera de haber satisfecho su derecho de petición, habiéndole suministrado la información en lo que respecta a esta Dirección General, dentro del plazo señalado por la jurisprudencia constitucional, atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

Cc. Lic. Augusto Orias Orias,
Actuario del Tribunal de Servicio Civil

Anexo: Escrito original de uno folio, en compañía de cinco fotocopias que fueron presentadas con el mismo.

AJ-645-2008
18 de noviembre de 2008

Licenciada
Ileana Pérez Avila
Directora a.i.
Área de Salarios e Incentivos
Dirección General de Servicio Civil

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a su oficio SI-195-2008 de fecha 3 de noviembre de 2008, en el cual se consulta sobre la posibilidad de dar efecto retroactivo a la equiparación de las escalas salariales de los médicos veterinarios con los de medicina humana de la Caja Costarricense de Seguro Social (en adelante CCSS), a partir del 01 de enero del 2002 hasta el 30 de junio del 2006, fecha en la que entró a regir (por mandato retroactivo) la valoración salarial realizada a dicho grupo mediante Resolución DG-016-2007 del 19 de enero del 2007, emitida por la Dirección General de Servicio Civil.

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.

Para poder entrar de lleno a la consulta planteada, debe necesariamente exponerse el cuadro fáctico general e inmediato que la antecede[92], mismo que inicia con la promulgación de la Ley de

[92] Se aclara que únicamente se harán las acotaciones necesarias para guiar el presente estudio, dado que es de conocimiento de esta Asesoría Jurídica que la consultante analizó sendas fuentes relativas al caso de marras para fundamentar el estudio técnico SI-001-2007, del 4 de enero del 2007.

Fomento a la Producción Agropecuaria FODEA y Orgánica del Ministerio de Agricultura y Ganadería (Ley Nº 7064 del 29 de abril de 1987), la cual en su numeral 61 indica en lo conducente que:

*"**Artículo 61.-** Se otorga a los profesionales en medicina veterinaria, todos los deberes y derechos de la ley Nº 6836 del 22 de diciembre de 1982. (…)*

Con tal objeto, cada institución pública empleadora de médicos veterinarios adaptará sus categorías, salarios y mecanismos de reconocimientos salariales a las condiciones establecidas en dicha ley, por medio de sus departamentos de personal o de recursos humanos, aplicando los porcentajes y los montos de reajuste salariales, tan pronto como lo haga en cada oportunidad la Caja Costarricense de Seguro Social para los médicos, a cuyas categorías y salarios se asimila el médico veterinario para estos efectos. Cada institución empleadora de médicos veterinarios adaptará los sistemas y hará los reajustes necesarios para que la presente norma se haga efectiva." El destacado es del redactor.

Pese a que la norma estipula de manera clara la obligación de reconocer a los médicos veterinarios los mismos derechos y obligaciones de la Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas, entre ellos la equiparación del salario base de éstos con los de los médicos de la CCSS, su cumplimiento no se dio de manera expedita, lo cual llevó a varios de los servidores que se desempeñaban como Médicos Veterinarios en el Ministerio de Agricultura y Ganadería a plantear reclamos judiciales de índole laboral, en aras de que se diera cumplimiento a lo estipulado por la norma de cita.

Uno de los pronunciamientos más importantes que se diera al respecto, fue el contenido en la Sentencia Nº 698 del 31 de octubre de 1989, emitida por el antiguo Juzgado Primero de Trabajo de San José (actual Juzgado de Trabajo del II Circuito Judicial de San José), el cual indicó entre otras cosas:

"…que el Ministerio de Agricultura y Ganadería, debía pagar a los médicos veterinarios un once por ciento sobre el salario total de dedicación administrativa u hospitalaria. El pago del zonaje en un diez por ciento, doce por ciento o catorce por ciento según sea la zona 2, 3 ó 4 en que laboren. Procede el pago del reajuste del salario base utilizando la misma escala salarial que los médicos de la Caja Costarricense de Seguro Social..." El subrayado es propio.

Dicho pronunciamiento fue posteriormente elevado mediante los recursos respectivos a la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual mediante Sentencia Nº 89 del 14 de junio de 1991 confirmó lo resuelto en primera instancia, indicando al caso que:

"…Mediante la Ley de Incentivos Médicos a los Profesionales en Ciencias Médicas, Nº 6836 del veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, además de otras cuestiones que en ella se tratan, se creó una escala de salarios con once categorías, cada una con un salario base que en la misma normativa se señala (…) Por su parte, en el artículo 61 de la Ley Nº 7064 de veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y siete, se estableció: "Se otorga a los profesionales en medicina veterinaria, todos los derechos y deberes de la Ley Nº 6836 del 22 de diciembre de 1982". Finalmente, la Ley Nº 7108 que es el Segundo Presupuesto Extraordinario para mil novecientos ochenta y siete, publicada en el Alcance Nº 35 a La Gaceta Nº 215 del once de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, vino a establecer en la norma general vigésimo cuarta una extensión de los términos del artículo sesenta y uno de la Ley Nº 7064; todos los profesionales en medicina veterinaria empleados por los Ministerios de Agricultura y Ganadería, y el de Salud, lo mismo que por otras instituciones públicas recibirán los beneficios de la Ley de Incentivos Médicos, previa equiparación salarial con los profesionales en medicina, según las categorías, los salarios y los incentivos que estuvieran rigiendo a la fecha de esa ley…" El destacado no pertenece al original.

En igual sentido la Dirección General de Servicio Civil reconoció el derecho apuntado en varias ocasiones, véase por ejemplo que en oficio DG-077-95 del 7 de febrero de 1995 se señaló que:

"... dados los fallos judiciales en los cuales a un grupo de Médicos Veterinarios del Ministerio de Agricultura y Ganadería se les reconocen los mismos deberes y derechos contenidos en la citada Ley 6836, podemos decir sin lugar a dudas que su reconocimiento conlleva un incremento salarial que esta institución deberá respetar …" El subrayado no pertenece al original.

Ahora bien, aun y cuando tanto la ley como las sentencias citadas, estipulaban de manera clara las obligaciones que tenía el Estado para con los Médicos Veterinarios de equiparar los salarios de la forma dicha y reconocer los demás incentivos que les resultaran aplicables, de manera retroactiva a la fecha de vigencia de la Ley 7064, esto, parece ser, no se dio, pues posterior a dicha sentencia los interesados acudieron nuevamente al Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, a ejecutar el fallo anteriormente citado, proceso que finalizó con el dictado de la Sentencia N° 187 de las quince horas del 27 de junio del 2005, donde se fijan de manera concreta las sumas liquidas y exigibles que debían cancelárseles a cada uno de los actores, quedando ajustada a derecho la situación apuntada.

Cabe aclarar en este punto, que si bien la situación fue enderezada a la fecha de la Sentencia Nº 187, posteriormente, y pese a los esfuerzos realizados por la Dirección General de Servicio Civil, la falencia señalada tantas veces por las autoridades judiciales respecto a la no equiparación de los incentivos determinados por la Ley Nº 6836 a este grupo de servidores, se mantuvo hasta el año 2007.

Posteriormente, mediante Resolución DG-016-2007 del 19 de enero de ese año, la Dirección General de Servicio Civil, modifica las bases salariales de las clases de puestos de los Médicos Veterinarios, equiparándolas a las de los Médicos de la CCSS, dándole a dicha revaloración un efecto retroactivo al día 1º de julio del 2006.

No obstante, si bien el problema descrito se encuentra actualmente superado, debe hacerse notar que existe un desfase temporal en el cual el mandato legal no ha sido cumplido, pues el desglose que el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito tomara en

cuenta para determinar la suma exigible *supra* citada[93], se basó en distintos períodos de tiempo durante los cuales se adeudaban diferentes sumas, períodos que coincidían en la fecha de finalización, a saber, 31 de diciembre del 2001, existiendo entonces un período de tiempo en el cual las bases salariales no han sido adecuadas a la norma, mismo que va desde el 1 de enero de 2002 al 30 de junio del 2006, radicando ahí la consulta respecto a si es jurídicamente viable retrotraer los efectos de la Resolución DG-016-2007 al día 1 de enero citado.

En este sentido, y sin que esto prejuzgue lo que se decida con el caso concreto, puede afirmarse que no existe impedimento de índole legal para que un ajuste salarial se dé de manera retroactiva, aun más allá del momento originalmente indicado, pues si el derecho nació con anterioridad a la fecha que fue determinada por la Resolución de cita, su reconocimiento debe ajustarse temporalmente a ese nacimiento. En este sentido la Procuraduría General de la República ha sostenido que:

"…De la norma indicada, interpretada desde un punto de visto histórico-lógico, (…) debemos concluir, siendo fieles a la intención del legislador expresado en el texto original del artículo de repetida cita y en los demás antecedentes, que los salarios mínimos establecidos para los servidores públicos también deben regir, luego de la reforma del texto original, a partir de la fecha de vigencia del decreto respectivo…

Como puede apreciarse, el pago retroactivo de esas diferencias de salarios mínimos a los servidores públicos, sería el mecanismo jurídico más idóneo para dar cabal cumplimiento al espíritu del precepto legal contemplado…" **Dictamen C-241-1984**. El subrayado es propio.

Y es que debe recordarse que el acto administrativo (incluyéndose las resoluciones dictadas por la Dirección General de Servicio Civil) únicamente se encuentra vetado a ser aplicado de manera retroactiva cuando perjudique al administrado, o a contrario

[93] Mismo que fuera realizado por el perito Licenciado Eduardo Piza Volio.

sensu, puede dársele perfectamente efectos retroactivos cuando el mismo beneficie a aquél, conclusión que es compartida por el Órgano Consultor Estatal, el cual indicó en su Dictamen C-058-2004 que:

"…Ahora bien, no toda situación de irretroactividad está prohibida. La Constitución prohíbe dar efecto retroactivo a las normas cuando esta retroactividad produce perjuicio a una persona, afecta sus derechos patrimoniales adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. A contrario sensu, la norma jurídica puede ser retroactiva cuando beneficia a una persona, sin perjudicar a terceros. Este es el supuesto contemplado en la Ley General de la Administración Pública:

"Artículo 140: El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado, excepto si le concede únicamente derechos, en cuyo caso lo producirá desde que se adopte".

Artículo 142.-

1. El acto administrativo producirá efecto en contra del administrado únicamente para el futuro, con las excepciones que se dirán.

2. Para que produzca efecto hacia el pasado a favor del administrado se requerirá que desde la fecha señalada para el inicio de su efecto existan los motivos para su adopción, y que la retroacción no lesione derechos o intereses de terceros de buena fe…"

Así las cosas, y siendo contestes con lo expuesto, puede afirmarse que es jurídicamente viable el darle efecto retroactivo a una Resolución de ajuste salarial como la expuesta, lo cual eventualmente puede resultar menos oneroso para el Estado, pues se evitaría tener que intervenir nuevamente en un proceso de ejecución de sentencia similar a los ya expuestos, procesos que implican un gasto tanto por costas procesales como personales.

Sin embargo la determinación de si es éste el procedimiento idóneo para paliar la situación de los médicos veterinarios, dependerá

de los elementos técnicos que se valoren en el respectivo estudio que debe ser elaborado por el Área que la consultante representa.

Sin más acotaciones que hacer se emite así el criterio solicitado.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

AJ-651-2008
21 de noviembre del 2008

Señora
Miriam L. Valerio Bolaños
Coordinadora Recursos Humanos
Sistema Nacional de Áreas de Conservación
Ministerio del Ambiente y Energía
S. O.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio SINAC-ORH-1304 de fecha 30 de octubre del 2008, recibido el 06 de noviembre del 2008, mediante el cual consulta lo siguiente:

"En concreto, la incertidumbre radica en:

1. *¿Se le aplica al funcionario únicamente la diferencia salarial entre clasificaciones en razón de un mes por cada año de servicio según la normativa citada?*

2. *¿Se le debe cancelar monto por concepto de indemnización al funcionario durante los meses del suspenso jurídico experimentado entre la asignación del puesto al Régimen (01/01/2008) y la fecha de la resolución de la Sala Constitucional (notificada a esta Oficina el 23/07/2008)? De ser así, ¿cómo se reconocería ese tiempo?*

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, le manifestamos 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.

Debe agregarse también, que tal como se señala, esta Asesoría Jurídica ya ha emitido criterio al respecto, por medio de los oficios AJ-664-2007 y AJ-398-2008.

Por otra parte, debemos manifestar que, escapa a la competencia de este centro de trabajo, interpretar decisiones de la Sala Constitucional, menos aún si se encuentran referidas a una situación concreta, que en todo caso, la Administración debe respetar en todos sus extremos, en virtud de la sujeción erga omnes y el carácter imperativo del fallo.

No obstante lo anterior, a manera de colaboración, sobre la primera interrogante se señala que desde el oficio AJ-664-2007 supra citado, se indicó 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, afirmación que unida al inciso d) del artículo 111 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, necesariamente encuentra la respuesta a la interrogante planteada.

Sobre la segunda interrogante, basta recurrir al texto de la Resolución 2008-6309 de la Sala Constitucional, en tanto expresamente señaló que se debe ***"establecer y cancelar la indemnización que corresponda el recurrente como producto de la mencionada disminución o descenso de categoría profesional y de salario."***

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-680-2008
9 de diciembre de 2008

Licenciada
Susana López Rivera
Directora Asesoría Jurídica
MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES

Estimada señora:

Damos respuesta a su oficio número 20086770 de fecha 4 de diciembre del año en curso, por medio del cual expone toda la problemática presentada con el pago salarial de una funcionaria de ese Ministerio, y el choque de criterios que existen entre la Dirección General de Recursos Humanos y la Dirección de Asesoría Jurídica.

Sobre el particular nos permitimos indicarle que como usted bien lo señala, nuestros criterios se emiten únicamente sobre situaciones genéricas, en las cuales no se aprecie la existencia de un sujeto particular , aunado que en el caso que nos ocupa, ya existe una contienda entre dos de las Áreas de ese Ministerio, por lo que de acuerdo con lo que dispone el artículo 28, numeral dos inciso e) de la Ley General de la Administración Pública: ***"…Corresponderá exclusivamente a los Ministros:… e) Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio;…"***

No obstante lo anterior, si debemos manifestar nuestra obligación de reiterar dos puntos específicos, independientemente del caso de que se trate:

PRIMERO: El contenido del artículo 117 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, no requiere de interpretación alguna por la claridad con que se expone su texto, al decir el mismo lo siguiente:

"Artículo 117º.- Para efectos del pago del salario, toda reasignación de puestos regirá a partir del primer día del siguiente mes calendario de conformidad con la fecha indicada en la resolución que dicte la Dirección General; y con sujeción a las disposiciones de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en cuanto a la disponibilidad de contenido presupuestario. En los casos de reclasificación los efectos salariales regirán bajo las mismas condiciones del acto de clasificación rectificado."

SEGUNDO: La vigencia de un acto general, como lo vendría a ser aquel que se dicta por medio de una resolución general para actualizar el sistema clasificado del Régimen de Méritos, no da eficacia a los actos concretos, sino hasta el momento en que se emiten estos, para resolver cada caso en particular, según los estudios técnicos que hayan servido de motivación para esas decisiones administrativas.

Por último debemos indicarle, que si un funcionario público cubierto por el Régimen de Servicio Civil, considera que una disposición de los jerarcas institucionales le pueda causar perjuicio, puede recurrir ante el Tribunal de Servicio Civil y presentar el reclamo respectivo, esto observando lo que dispone el artículo 88 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil que en lo que interesa dispone:

"Artículo 88º.- 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 del (sic) Servicio civil, deberá agotarse la vía administrativa a cuyos efectos deberá obtener un primer pronunciamiento del superior jerarca de la dependencia de que se trate, y un segundo pronunciamiento del Ministro respectivo. Si el reclamo se presentare contra un acto del propio Ministro, no se requiere más trámite que impugnarlo directamente ante dicho funcionario.

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

b) Cumplido el trámite anterior, si el servidor persistiere en su reclamo, podrá recurrir ante el Tribunal, llenando al efecto los requisitos establecidos en el artículo 81 de este Reglamento. …"

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original Firmado { Licda. Miriam Rojas González

Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA

AJ-530-2008
19 de setiembre de 2008

MBA Robert E. Molina Brenes
Jefe
Departamento de Recursos Humanos
Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos
S. O.

Estimado Señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio DRH-418-2008 de fecha 08 de setiembre de 2008, recibido el día 9 de ese mismo mes y año, mediante el cual se consulta lo siguiente:

> *"¿Bajo qué fundamento normativo y procedimental se sustituye a un individuo que ocupa una plaza en forma interina, por otro individuo a quien se le aplica un ascenso en propiedad?*
>
> *O sea:*
>
> *i. qué articulado del Estatuto de Servicio Civil y/o de su Reglamento se debe invocar para justificar tal situación (¿?)*
>
> *ii. cuál es el procedimiento a seguir en apego y respeto al debido proceso; qué artículos de la normativa dictada por la Direcció General de Servicio Civil enmarca tal procedimiento. (¿?)"*

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.

Valga la ocasión para señalar que la Dirección General de Servicio Civil, por medio de una investigación realizada por una colaboradora de esta Asesoría Jurídica, desarrolló el tema del nombramiento en condición de interino y en el mes de julio del año dos mil cuatro, se elaboró el documento denominado "Cese de Interinos."

A propósito de esa investigación y el desarrollo de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se puede llegar a presentar la siguiente tabla, en la cual se ubica la condición de interino en la columnas y la posible causa de cese en las filas, indicándose un SÍ o un NO, según sea aplicable o no.

	Interino Sustituto	Interino Vacante
Responsabilidad disciplinaria	SI	SI
Cambio en la clasificación	NO	SI
Cambio en la especialidad	NO	SI
Por reestructuración	NO	SI
Por reducción presupuestaria	NO	SI
Por vencimiento del plazo	SI	SI
Regreso del titular	SI	NO
Nombramiento del titular	NO	SI

La lista de causas señaladas no es taxativa y bien podrían presentarse o desarrollarse otras causas a la luz de determinado caso concreto, aunque en términos generales, en esas ha coincidido la jurisprudencia.

Su consulta se refiere básicamente a la última causa señalada en la tabla, cuando un servidor nombrado en condición de interino en una

plaza vacante debe ser cesado por el nombramiento de un servidor en condición de propiedad o titular del puesto.

Los puestos vacantes se pueden llenar siguiendo el desarrollo de la carrera administrativa de los servidores regulares y también por medio de concurso externo.

A propósito del desarrollo de la carrera administrativa de los servidores públicos, el Dictamen C-005-2000 de fecha 24 de enero de 2000, emitido por la Procuraduría General de la República, la definió de la siguiente manera:

> *"... 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.
..."

En este punto, habría que señalar que la carrera administrativa se puede desarrollar de muy diversas formas, dentro de las que se pueden mencionar al menos dos muy comunes: los concursos internos y los ascensos directos.

De manera tal que su consulta se circunscribe a la aplicación de una vía de carrera administrativa, como lo es el ascenso directo, para llenar una plaza vacante y producir el nombramiento de un servidor en condición de propiedad o titular del puesto, lo cual inexorablemente provocaría el cese del nombramiento del servidor en condición de interino que estuviera ocupando el puesto.

La vía de carrera administrativa de ascenso directo está expresamente desarrollada en el artículo 33 del Estatuto de Servicio Civil y en el artículo 20 de su Reglamento, que señalan:

"*Artículo 33.- Las promociones de un grado al inmediato superior las podrán hacer los Jefes tomando en cuenta en*

primer término las calificaciones periódicas de sus empleados; en segundo, la antigüedad y cualesquiera otros factores, siempre que a juicio de la Dirección General de Servicio Civil, los candidatos a la promoción llenen los requisitos de la clase a que van a ser promovidos."

"*Artículo 20.- Los ascensos de una clase a la inmediata superior en la misma u otra serie, los podrán hacer los jefes, según las vías de carrera administrativa que al efecto dicte la Dirección General, tomando en cuenta, en primer término, la eficiencia de sus empleados, evidenciada por las calificaciones periódicas de sus servicios, y en segundo, la antigüedad y cualesquiera otros factores, siempre que, a juicio de la Dirección General, los candidatos a la promoción llenen los requisitos de la clase a que van a ser ascendidos, así como las demás condiciones previstas en el artículo 9° de este Reglamento.*

Se establecen las siguientes excepciones:

a. No podrá acordarse ningún ascenso para el servidor que no haya cumplido el período de prueba;

b. Sólo podrá acordarse un nuevo ascenso para el mismo servidor después de transcurrido, a partir de la fecha del anterior plazo mínimo de seis meses.

c. No podrá acordarse ningún ascenso para el servidor que se encuentre disfrutando de algún tipo de licencia."

La decisión de aplicar las vías de carrera administrativa para llenar un puesto vacante, sea que esté ocupado por un servidor en condición de interino o no, corresponde con una facultad unilateral y discrecional de la administración, pues nada la obliga a llenar las vacantes de esa forma. Sin embargo, esa discrecionalidad se encuentra regulada por el artículo 22 del Reglamento de Concursos Internos para Promoción de Servidores Públicos, Decreto Ejecutivo Nº 24025-MP del 13 de enero de 1995, que señala:

> *"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)

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 la Administración optó por llenar un puesto vacante mediante concurso externo, obviando el orden establecido por el artículo 22 del Reglamento citado supra, aunque fuere de manera implícita, tuvo lugar una decisión de la administración consistente en no desarrollar la carrera administrativa de sus servidores.

Sobre las vías de carrera administrativa, en este momento histórico y ante la trascendencia de la Resolución DG-279-2007 de las ocho horas del veintinueve de noviembre de 2007, resulta importante recordar el inciso f) del artículo 40, que indica:

> *"Artículo 40: Las Oficinas de Recursos Humanos al realizar las ubicaciones por reestructuración deberán observar las siguientes normas:*
>
> *f) Proponer, en un plazo de seis meses a partir de la vigencia de la presente resolución, las vías de carrera administrativa que se aplicarán en su institución. Esta propuesta debe ser avalada por la Dirección General de Servicio Civil."*

A manera de conclusión, con base en todo lo expuesto anteriormente y para responder concretamente a su consulta, al amparo del artículo 33 del Estatuto de Servicio Civil y del artículo 20 de su Reglamento, por aplicación de una vía de carrera administrativa, se puede nombrar en propiedad a un servidor regular en un puesto que se encuentre vacante, aunque ese puesto se encuentre ocupado por un servidor en condición de interino, a quien - ante el nombramiento del titular del puesto – se le deberá cesar por esa causa, según lo ha admitido así la jurisprudencia constitucional.

En espera de haber dado respuesta a su consulta, atentamente,

Atentamente,

Original firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-554-2008
06 de octubre del 2008

Señor
Manuel García Interián
Correo Electrónico: mgi2002@hotmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta de fecha 1º de octubre de 2008, recibida ese mismo día, mediante la cual indica:

> *"…con el objetivo de poder aplicar al puesto de 'Profesional en Informática I', ocupando el cargo como interino, …"*
> …
> *"…realizar dicho nombramiento interino sin necesidad de yo tener que presentar la homologación del Bachillerato de Secundaria."*

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 su consulta, resulta de interés reseñar alguna normativa que a continuación se detalla:

1.- Del Estatuto de Servicio Civil, Ley No. 1581 del 30 de mayo de 1953, los artículos 16, 18, 19 y el inciso c) del artículo 20:

"Artículo 16.- La Dirección General de Servicio Civil elaborará y mantendrá al día un Manual Descriptivo de Empleos del Servicio Civil, que contendrá una descripción completa y sucinta, hecha a base de investigación por la misma Dirección General de Servicio Civil, de las atribuciones, deberes y ***requisitos mínimos de cada clase*** *de empleos en el Servicio del Estado a que se refiere esta ley, con el fin de que sirvan como base en la elaboración de pruebas y en la determinación de los salarios."*

"Artículo 18.- La clase comprenderá un grupo de empleos suficientemente similares con respecto a deberes, responsabilidades y autoridad, de tal manera que pueda usarse el mismo título descriptivo para designar cada empleo comprendido en la clase; ***que se exija a quienes hayan de ocuparlos los mismos requisitos de educación, experiencia, capacidad, conocimientos, eficiencia, habilidad y otros****; que pueda usarse el mismo tipo de exámenes o pruebas de aptitud para escoger a los nuevos empleados; y que pueda asignárseles con equidad el mismo nivel de remuneración bajo condiciones de trabajo similares."*

"Artículo 20.- Para ingresar al Servicio Civil, se requiere:
…
c) Satisfacer ***los requisitos mínimos*** *especiales que establezca el "Manual Descriptivo de Empleos del Servicio Civil"* ***para la clase de puesto*** *de que se trate."*

2.- Del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo No. 21 del 14 de diciembre de 1954, el inciso h) del artículo 9:

*"**Artículo 9° -** Son requisitos para ingresar al Servicio Civil, aparte de lo establecido por el artículo 20 del Estatuto, los siguientes:*
…

*h. Satisfacer **los requisitos que para la clase se establezcan**, así como los requerimientos que señalan en los perfiles de puesto y las bases de selección; ...”*

Véase que su consulta se reduce a determinar si para la clase de “*Profesional en Informática I*” el “*Bachillerato de Secundaria*” constituye un requisito de clase o no.

Al respecto, para el caso específico de la clase “*Profesional en Informática I*”, en la Resolución de la Dirección General de Servicio Civil número DG-055-97 del 5 de junio de 1997, correspondiente al Manual de Clases Anchas, expresamente se indicó:

“PROFESIONAL EN INFORMATICA 1
(G. de E.)

…
REQUISITOS

Grupo A
Bachiller universitario en una carrera atinente con las actividades de esta clase de puesto.

Grupo B
Bachiller universitario en una carrera atinente con las actividades de esta clase de puesto.
Dos años de experiencia en labores profesionales relacionadas con las actividades de esta clase de puesto.

Grupo C
Licenciatura en una carrera atinente con las actividades de esta clase de puesto.

REQUISITOS LEGALES
Incorporación al Colegio Profesional de Informáticos.
Licencia de conducir cuando el puesto lo exija

Declaración de bienes y rendición de la garantía o póliza de fidelidad cuando por ley así se indique para el ejercicio del puesto o cargo.”

Como se puede apreciar, la normativa vigente no establece como requisito de la clase “*Profesional en Informática I*” el “*Bachillerato de Secundaria*”, por lo cual resultaría contrario al bloque de legalidad, exigirlo para ocupar un puesto con esa clasificación.

No obstante lo anterior, la Administración podría realizar las fiscalizaciones que considere necesarias para comprobar todos los atestados académicos de un servidor.

Finalmente, cabe reiterar que corresponde a la administración activa, determinar el ámbito de aplicación subjetiva establecida en el ordenamiento jurídico, análisis dentro del cual se resolvería el caso concreto.

Atentamente,

Original firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-535-2008
23 de setiembre de 2008

Licenciado
Alex Gutiérrez De la O
Director
Auditoria y Control en Recursos Humanos
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 AC-136-2008 de fecha 16 de setiembre de 2008, en el cual se realizan dos consultas en torno al disfrute de vacaciones cuando han existido de por medio licencias sin goce de salario, a saber, qué debe entenderse por "proporcionalidad" en el disfrute de vacaciones cuando la licencia no supera las cincuenta semanas, y, si esa situación modifica la fecha de disfrute de las mismas.

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.

Aclarado lo anterior, puede iniciarse el estudio de la primera de las consultas planteadas, la cual se dirige a dilucidar qué debe entenderse por el término "proporcionalidad" de vacaciones en los casos en los que las licencias sin goce de salario no sobrepasan las cincuenta semanas.

Esta duda nace realmente por la contraposición de criterio existente entre lo señalado por esta Asesoría Jurídica en oficio AJ-

676-2007 del 14 de diciembre de 2007, y lo establecido en el Dictamen C-212-2006 del 26 de mayo de 2006, emitido por la Procuraduría General de la República, en torno a la proporcionalidad que debe aplicarse a las vacaciones ante la situación apuntada, pues esta Asesoría Jurídica indicó que:

"…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…"

Mientras que por su parte la Procuraduría General de la República señaló en el dictamen citado que:

"…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…" Los destacados son propios.

En este sentido debe indicarse que el criterio que en su oportunidad fuera vertido por esta Asesoría Jurídica se dio atendiendo, entre otras cosas, a las fuentes de información localizables en la base de datos que al efecto lleva la Procuraduría de marras, resultantes de

los criterios de búsqueda relacionados con el tema, sin que apareciera el C-212-2006, lo cual justifica el hecho de que, aun siendo éste anterior al oficio AJ-676-2007, dicho dictamen no haya formado parte del estudio que cada oficio implica.

Ahora bien, siendo que por disposición expresa del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Ley Nº 6815 del 27 de setiembre de 1982), los dictámenes y pronunciamientos emitidos por este Órgano Consultivo constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública, debe prevalecer lo dispuesto en el Dictamen C-212-2006 sobre el AJ-676-2007, por lo cual, mediante el presente oficio se reconsidera éste y cualquier otro emitido por esta Asesoría Jurídica en cuanto se contraponga a lo dispuesto en el Dictamen de repetida cita en torno a la proporcionalidad del otorgamiento de vacaciones, cuando han existido licencias sin goce de salario.

Siendo así las cosas el término "proporcional" deberá entenderse según lo señalado en el Dictamen aludido, debiendo entonces hacerse una relación matemática que permita determinar de manera clara la cantidad de vacaciones a las que se tiene derecho tomando como base el tiempo efectivo de prestación de servicios.

Habiéndose dado respuesta a la primer interrogante, procede ahora entrar a conocer la segunda, la cual se dirige a esclarecer si el hecho de que las vacaciones se deban dar de manera proporcional, modifica la fecha de disfrute de las mismas.

Sobre este punto ha de reiterarse la conclusión a la que se llegara en el oficio AJ-676-2007, en el tanto se indicó que:

"..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…"

Esto debido a que la proporcionalidad de vacaciones introducida por el Dictamen 212-2006 no modifica en nada lo resuelto por sus homónimos C-129-2002 y C-163-2005, en el sentido de que una licencia inferior a las cincuenta semanas no afecta el derecho a recibir vacaciones por el período respectivo.

Sin más acotaciones que hacer, se dan por resueltas las consultas planteadas.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Original firmado (Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Cc: Licda. Lys Espinoza Quesada
Jefe Gestión de Recursos Humanos
Dirección General de Migración y Extranjería

AJ-688-2008
16 de diciembre de 2008

Licenciada
Karla Martos Ramírez
Jefe Departamento Legal
Comisión Nacional de Prevención de
Riesgos y atención de Emergencias
S. O.

Estimada Licenciada:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio DL-1177-2008 de fecha 28 de noviembre de 2008, recibido el 03 de diciembre de ese mismo año, mediante el cual se consulta lo siguiente:

> *"Por tanto y para concretizar, la consulta tiene como propósito obtener el criterio de esa estimable Asesoría, a la luz de la normativa supra expuesta y de los casos institucionales mencionados, sobre la compensación económica del derecho de vacaciones dentro del marco de la última reforma al artículo ciento cincuenta y seis (156) del Código de Trabajo y de lo que se ha dimensionado al respecto, donde se establece la posibilidad de que se compensen las vacaciones de funcionarios pero bajo ciertas circunstancias especiales las cuales fueron expuestas supra y de la previsión institucional de disponer fondos específicos para el pago de vacaciones para aquellos casos que así lo ameriten dentro del marco de legalidad en el tema que nos ocupa."*

Este Despacho entra a conocer su consulta como una forma de colaboración, no sin antes señalar 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 su oficio se aprecia un análisis preciso y exhaustivo sobre la compensación económica de las vacaciones, desarrollo que además de muy ilustrativo, permite tener una visión general del tratamiento que el tema ha tenido desde sus muy diversas ópticas y que dicho sea de paso, este centro de trabajo comparte plenamente.

Ahora bien, en relación con la referencia a las potestades que tiene la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, resulta conveniente recordar que 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, establece las funciones que competen a esta Asesoría Jurídica, con base en las cuales, escaparía a ellas emitir criterio alguno sobre ese particular.

No obstante lo anterior, referido específicamente al tema de compensación de vacaciones, es criterio de este Despacho que ninguna normativa podría entrar en contradicción con el derecho inalienable, irrenunciable, indisponible, intransable de su disfrute.

Si bien la normativa aplicable a la compensación de las vacaciones prevé situaciones de excepción, no resulta admisible que esas situaciones de excepción se conviertan en la regla para una institución en particular, ni siquiera con motivo del ámbito de sus competencias.

En todo caso la organización para atender el ámbito específico de competencias de una institución es un asunto de resorte meramente interno, en los términos de los numerales 1) y 2) incisos a), y j) del

artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, que señalan:

"Artículo 28.-

1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.
2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:
a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;
...
j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes."

Aunque la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias no posee en su organización la figura Ministerial, lo que se pretende es ejemplificar que la situación por Usted descrita, de conformidad con las normas de la Ley General de la Administración Pública citadas supra, debe encontrar solución dentro de las competencias organizativas de la respectiva institución, cuyo ejercicio exclusivo reside en el jerarca.

Si existieran razones excepcionales para compensar las vacaciones, como a las que se hace referencia con gran claridad en su oficio, las mismas no pueden ser permanentes y la administración de las competencias organizativas debe encontrar la solución para que el régimen de excepción de compensación no se vuelva a presentar o al menos su presencia sea muy esporádica.
Suponer que la prestación de servicios para el Estado en una institución en particular inhiba o restrinja el derecho del disfrute de vacaciones y lo sustituya habitualmente por un régimen de compensación, evidentemente sería violatorio de derechos fundamentales, elevados incluso a la categoría de derechos humanos por diversos instrumentos internacionales.

En síntesis, es criterio de este Despacho que el ámbito de competencias de una institución no es razón suficiente para generalizar un régimen de excepción en cuanto a la compensación de vacaciones, dado que corresponde a la jerarquía institucional dirigir y coordinar los servicios, con absoluto respeto de los derechos

fundamentales de sus servidores, que ni con su anuencia, pueden obviar normas públicas imperativas.

Atentamente,

Original Firmado (Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
ASESORÍA JURÍDICA