



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

REVISTA DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Número 20

I Semestre

Enero del 2011 a Julio del 2011

ASESORÍA JURÍDICA

Directora:

Licda. Miriam Rojas González

Profesionales:

Lic. Richard Fallas Arias

Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Margarita Rodríguez Soto

Lic. César Augusto Soto Solís

Licda. Oralia Torres Leytón

Personal de Apoyo:

Sra. Rita Isabel Acuña Rodríguez. Secretaria

Sr. Jorge Vargas Quirós. Notificador

Levantado de Texto: Sra. Rita Isabel Acuña Rodríguez



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

PRESENTACION

Es la Revista de Jurisprudencia Administrativa número 20 que emite esta Asesoría Jurídica, en la cual se ofrece a nuestros usuarios, los principales pronunciamientos en materia jurídica propia del Régimen de Servicio Civil, constituido éste como un sistema jurídico-administrativo de instituciones, personas, normas y principios filosóficos y técnicos, en aras de la eficiencia de la administración pública costarricense.

Siendo la Dirección General de Servicio Civil la institución rectora del Régimen de Méritos, encargada de orientar la aplicación de las normas estatutarias en los diferentes organismos del Poder Central, así como de asesorar a las mismas, acatando el mandato expuesto en el artículo primero del Estatuto de Servicio Civil que divulga la regulación de los servidores y el Poder Ejecutivo, aportamos con este nuevo ejemplar, nuestro granito de arena, coadyuvando por ende con el establecimiento de criterios jurídicos uniformes aplicables en las distintas áreas de la administración de personal y la aplicación del mencionado Estatuto y su Reglamento.

Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

REVISTA JURISPRUDENCIA I SEMESTRE 2011	AJ NÚMERO	PÁGINA
ANUALIDADES	AJ-114-2011	4
	AJ-319-2011	8
	AJ-344-2011	15
CAPACITACION -Resolución DG-155-97 (artículo 58) -Circulares AI-CCD-009-2001, CCD-010-2007	AJ-391-2011	18
CARRERA PROFESIONAL	AJ-466-2011	22
DEDICACION EXCLUSIVA	AJ-069-2011	35
	AJ-405-2011	49
	AJ-466-2011	54
DISPENSA DE REQUISITOS	AJ-522-2011	67



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

DISCAPACITADOS	AJ-438-2011	74
DOCENTES (Antecedentes Penales, reingreso, ejecución condicional de la pena, inhabilitación etc)	AJ-343-2011	86
EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO	AJ-104-2011	92
INCORPORACIÓN AL COLEGIO PROFESIONAL	AJ-298-2011 AJ-466-2011	98 106
INTERINOS NOMBRAMIENTO	AJ-312-2011 AJ-541-2011	119 123
LICENCIAS CON GOCE DE SALARIO	AJ-318-2011	127
LICENCIAS SIN GOCE DE SALARIO A INTERINO	AJ-553-2011	133

PARENTESCO	AJ-518-2011	142
-------------------	-------------	-----



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

PRESTACIONES LEGALES (Artículo 586 del Código de Trabajo)	AJ-512-2011	149
PRUEBA DE DOMINIO DE IDIOMA FRANCES	AJ-404-2011	156
PROHIBICIÓN	AJ-298-2011	159
	AJ-390-2011	167
	AJ-440-2011	171
	AJ-536-2011	180
TRIBUNAL REGISTRAL ADMINISTRATIVO	AJ-043-2011	198
VACIONES -Licencia -Contrato de Estudios -Docentes -Fraccionamiento	AJ-157-2011	206
	AJ-240-2011	212
	AJ-484-2011	221
	AJ-555-2011	236

AJ-114-2011
1 de febrero de 2011

Licenciada



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Antonieta Víquez Villalobos
Jefe de Unidad de Recursos Humanos
Dirección de Desarrollo Humano
Ministerio de Salud

Estimada señora:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, atendemos su oficio número DDH-URH-285-2011 de fecha veinte de enero de dos mil once, en el cual se solicita a este Despacho pronunciarse jurídicamente sobre la correcta fecha de rige que debe aplicarse para efectuar el reconocimiento de anualidades de tiempo laborado en otras instituciones del sector público.

Exterioriza dentro de su misiva que requiere conocer entre la aplicación del artículo 12 inciso de la Ley N° 2166 "*Ley de Salarios de la Administración Pública*"¹ y el Decreto Ejecutivo N° 18181-H (sic dentro de la consulta consignado como 14181-H) y sus reformas "*Reglamento para el Procedimiento del Pago de Anualidades Adeudadas*"², ya que esa Unidad de Recursos Humanos utiliza el rige del artículo 12 inciso a) para el reconocimiento de otras instituciones del sector público y el rige descrito dentro del artículo 5 del decreto ejecutivo 18181-H, para los casos en que se ha dejado de reconocer ese período dentro de la misma institución.

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, el 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

¹ Ley N°2166 del 09 de octubre de 1957.

² Decreto Ejecutivo N°18181-H del 14 de junio de 1988.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

evitar suplantar a la administración activa, a quien compete aplicar lo que en derecho corresponde en el caso particular.

Atendiendo su consulta debemos de indicar que el reconocimiento de anualidades dentro del Sector Público se encuentra regulado por la Ley N° 2166 (Ley de Salarios de la Administración Pública); en donde se crea y define dentro del Artículo 5° dicho incentivo:

“Artículo 5°.- De conformidad con esta escala de sueldos, cada categoría tendrá aumentos o pasos, hasta un total de treinta, de acuerdo con los montos señalados en el artículo 4° anterior, hasta llegar al sueldo máximo, que será la suma del salario base más los treinta pasos o aumentos anuales de la correspondiente categoría.

Todo servidor comenzará devengando el mínimo de la categoría que le corresponde al puesto, salvo en casos de inopia a juicio del Ministro respectivo y de la Dirección General de Servicio Civil. Los aumentos anuales serán concedidos por méritos a aquellos servidores que hayan recibido calificación por lo menos de "bueno", en el año anterior, otorgándoseles un paso adicional, dentro de la misma categoría, hasta llegar al sueldo máximo. “

Más adelante en dicho cuerpo jurídico destaca el numeral 12, el cual regula el reconocimiento del incentivo, estableciendo cuando debe pagarse y extiende el reconocimiento al tiempo laborado en “*otras entidades del Sector Público*” por inclusión del inciso d), veamos:

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

a)...

d) *A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos anuales a que se refiere el artículo 5° anterior, el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo.”*
(Destacado no corresponde al original)



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

A modo de ahondar en la práctica del supra transcrito articulado, podemos decir que su aplicación y rige sería la siguiente:

Si el ingreso o reingreso (nombramiento) fue entre el primero y el quince de equis mes, la anualidad la cumple el primer día de ese mismo mes, si el ingreso se realizó entre el 16 y el 30 (28 o 31) de ese mes la anualidad la cumple el primer día del mes siguiente.

Ahora bien, al incluirse el inciso d) al artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, esta normativa debía de reglamentarse, situación que fue realizada mediante el Decreto Ejecutivo N° 18181-H supra citado, y para lo cual en ese momento era válido el contenido del artículo 5, el cual reza literalmente:

“Artículo 5.- Las anualidades que se reconozcan con base en este reglamento³, tendrán vigencia a partir de los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente, con excepción de las presentadas antes del primero de enero de mil novecientos ochenta y ocho que se reconocerán a partir del primero de enero citado”.

Puede apreciarse de la lectura del artículo anterior que el plazo de tres meses anteriores previstos por la norma para el reconocimiento se hace en mención de la aplicación del inciso d) incluido dentro del artículo 12 de la Ley N° 2166, sea entonces, el reconocimiento de servicios prestados en otras instituciones del Sector

Público, razón por la cual la aplicación dada a la norma según su consulta no es válida al utilizar el rige según el artículo 5 del Decreto Ejecutivo N° 18181, para *“el reconocimiento de tiempo laborado en la misma institución dejado de reconocer”*, pues en buena teoría y de conformidad con criterios externados por el órgano consultor de la República, *“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.”⁴*, por lo que el reconocimiento de anualidades

³ Sean anualidades adeudadas por servicios prestados en otras instituciones del sector público.

⁴ Dictamen C-182-2005, de la Procuraduría General de la República.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

debe otorgarse como en derecho corresponde. Siendo entonces que la fecha de rige ha de ser la dispuesta dentro de la Ley de Salarios de la Administración Pública la cual regula dicho incentivo.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORIA JURIDICA

319-2011

21 de marzo de 2011

Señor
José Alexander Monge Chaves
jmonge@meic.go.cr
Celular N° 8860-7664

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su Oficio de fecha 18 de marzo de 2011, por medio del cual solicita se atiendan varias consultas planteadas en dicha misiva, las cuales se circunscriben a lo siguiente:

- 1.) “ ... ¿Cuando los trabajadores de la Corporación Bananera Nacional (CORBANA) dejan de trabajar para esa institución y pasan a laborar a otra que esté cubierta por el régimen del servicio civil, quedan esos trabajadores sujetos a la aplicación del artículo 586 del Código de Trabajo; en el supuesto de que si recibieron el auxilio de cesantía deberán devolverlo al erario



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

público...?

- 2.) “ ... *¿Puede perder un servidor público el incentivo de reconocimiento de aumentos por antigüedad (anualidades), por el hecho de que haya recibido con anterioridad el pago de prestaciones legales? ...*”
- 3.) “ ... *¿está aún vigente el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República N° C-124-85, del 17 de junio de 1985? ...*”

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 antecedente debemos indicar que la Ley N° 4895 del 16 de noviembre de 1971 crea la Corporación Bananera Nacional (CORBANA), la cual fue reformada mediante Transitorio VIII, adicionado por la Ley N° 7147 de fecha 30 de abril de 1990, como Ley de la Corporación Bananera Nacional Sociedad Anónima.

Al respecto se establece en el Capítulo I de este cuerpo jurídico, lo siguiente:

“ ... De la creación, duración y fines

Artículo 1.- Transfórmase la Asociación Bananera Nacional, Sociedad Anónima, en una corporación que conservará la figura de una sociedad de capital mixto con participación del Estado y del Sistema Bancario Nacional, y que en adelante se denominará Corporación Bananera Nacional, cuyas siglas serán CORBANA. La Corporación



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

tendrá personalidad jurídica y patrimonio propio, estará domiciliada en la ciudad de San José y podrá establecer agencias y sucursales dentro y fuera del territorio nacional. (Así reformado por el artículo 1º de la ley Nº 7147 de 30 de abril de 1990)

Artículo 2.- La Corporación tendrá como objetivo fundamental el desarrollo bananero nacional, mediante el fortalecimiento de la participación de empresas costarricenses en la producción y, especialmente, en la comercialización del banano.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley Nº 7147 de 30 de abril de 1990)

Artículo 3.- La Corporación, cuyo cometido de desarrollo se ubica en el ámbito productivo y comercial, se constituye como un ente público no estatal, con las características de una sociedad anónima. Se regirá por las disposiciones de esta ley y, supletoriamente, por las contempladas sobre la materia en el Código de Comercio y en el Derecho Común...”

Ahora bien, como se desprende de la normativa supra transcrita, CORBANA es una corporación que conservará la figura de una sociedad de capital mixto con participación del Estado y del Sistema Bancario Nacional.

Con respecto al pago de anualidades por la prestación de servicios en esta Corporación, es un aspecto que en vieja data lo había analizado esta Asesoría Jurídica, concretamente en el criterio número AJ-616-2006 de fecha 12 de setiembre de 2006, en el cual dispuso lo siguiente:

“ ... dicha institución es 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. Lo anterior por así



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

haberlo definido la Procuraduría General de la República, en sus dictámenes C-245-95, C-093-2003 y C-246-95...”

Ahora bien, con respecto al Artículo 586 del Código de Trabajo, “... *en el supuesto de que si recibieron el auxilio de cesantía deberán devolverlo al erario público...*”, debemos traer a colación lo que dispone el inciso b) de este numeral, el cual dice:

“ ... Los servidores que se acojan a los beneficios de este artículo no podrán ocupar cargos remunerados en ninguna dependencia del Estado, durante un tiempo igual al representado por la suma recibida en calidad de auxilio de cesantía. Si dentro de ese lapso llegaren a aceptarlo, quedarán obligados a reintegrar al Tesoro Público las sumas percibidas por ese concepto deduciendo aquellas que representen los salarios que habían devengado durante el término que permanecieron cesantes ...”

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido reiteradamente, a lo que conocemos como “*Teoría del Estado como patrono único*”, y su consecuencia de que *cualquiera que sea la institución a la que se sirva, se labora para un mismo patrono que es el Estado: (S.C.Voto No. 433-90 de las 15:30 horas del día 27 de abril de 1990)”* (Dictamen C-358-2006 del 8 de setiembre del 2006)

Aunado a lo anterior, la Procuraduría General de la República en la opinión jurídica número OJ-052-2008 de fecha 23 de julio de 2008, señaló lo siguiente:

“ ... se ha sostenido que al trasladarse un funcionario de un puesto a otro dentro del Sector Público, la relación de empleo que mantiene dicho funcionario en las diferentes dependencias públicas, debe computarse como una sola, a efectos de proceder al





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

reconocimiento de los derechos laborales que le correspondan...”

Así las cosas, cuando a un funcionario se le han cancelado sus extremos legales, y posteriormente tiene la oportunidad de ser nombrado por la Administración, si no ha pasado el tiempo de la cesantía cancelada, debe devolver el dinero otorgado por el tiempo

que le falte por cumplir. Ejemplo, si le cancelaron cinco años, no puede laborar por cinco meses, salvo que lleve tres meses fuera, devuelva al Erario Público los dos meses restantes, lo anterior con el fin de evitar un enriquecimiento ilícito.

Caso contrario, si ingresa a laborar luego de que haya transcurrido todo el período legal indicado, no le correspondería devolver suma alguna.

A manera de conclusión sobre este aspecto, la Procuraduría General de la República también señala en la Opinión Jurídica citada supra, lo siguiente:

“ ... De conformidad con lo dispuesto por el artículo 586 del Código de Trabajo, el trabajador estatal tendrá derecho al auxilio de cesantía cuando sea despedido sin justa causa por el Estado, siendo que si es recontratado por el mismo patrono, por mandato legal se encuentra obligado a devolver las sumas recibidas por concepto de auxilio de cesantía, descontando de esas sumas el equivalente a los salarios que hubiera devengado durante el tiempo que estuvo cesante...”

Ahora bien, con respecto a la consulta número dos, sobre *si un servidor puede perder el incentivo de reconocimiento de*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

aumentos por antigüedad (anualidades), por el hecho de que haya recibido con anterioridad el pago de prestaciones legales, le indicamos lo siguiente:

Primeramente debemos referirnos a la Ley N° 6835 de 22 de diciembre de 1982, que vino a adicionar el inciso d) al Artículo 12 de la

Ley 2166, Ley de Salarios de la Administración Pública, el cual establece:

“... 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 servicio prestado en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo ...”

Por su parte, se hace necesario traer a colación el Decreto Ejecutivo N° 18181-H de 23 de junio de 1988, que establece el Reglamento para el procedimiento del pago de anualidades adeudadas, haciendo una referencia histórica sobre la suerte que corrió el artículo 2 numeral 4 inciso c), el cual fue declarado inconstitucional, a raíz en que en el mismo se establecía la improcedencia del pago de anualidades cuando hubiere mediado pago de prestaciones legales, ante lo cual se emitió el Decreto Ejecutivo número 22781-H del 13 de enero de 1994, eliminando ese inciso c), por ende, si es procedente el pago de aumentos anuales, ante la circunstancia descrita.

Por último, en relación con la consulta número tres, en la que indica: *¿Está aún vigente el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República N° C-124-85, del 17 de junio de 1985?*, debemos informarle que la misma no es competencia de esta Asesoría Jurídica, por lo que le recomendamos ver la página web de la Procuraduría General de la República, en link denominado SINALEVI, y determinar lo que sea de su interés.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Atentamente,

Original firmado por Licda. Margarita Rodríguez Soto

Licda. Margarita Rodríguez Soto
ASESORIA JURIDICA

AJ-344-2011
12 de marzo de 2011

Licenciado
Carlos Eduardo Briceño Villegas
cbriceno@migracion.go.cr

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su correo electrónico remitido a este centro de trabajo el día 24 de marzo del presente año, mediante



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

el cual se nos solicita aclarar lo siguiente respecto al tema del reconocimiento de anualidades:

“... no nos queda claro si el reconocimiento se hace tres meses hacia atrás de la fecha de recibida el reclamo o por el contrario a partir de ese recibo...”

Sobre este particular, y previo a los argumentos aclaratorios que se dirán al respecto, conviene comunicar al consultante, que en aras de respetar el ámbito de competencias de este centro de trabajo, el tema en discusión será abordado nuevamente desde una perspectiva jurídica general, motivo por el cual ha de advertírsele que las posteriores interpretaciones que se hagan sobre casos particulares a la luz de lo externado en las siguientes páginas, serán asumidos con entera responsabilidad por parte de la Administración Activa.

Dicho lo anterior y con el fin de no ser reiterativo en la invocación de normas aplicables a la situación consultada, y que fueran suficientemente analizadas en el oficio AJ-114-2011 traído a colación por el consultante, resulta de capital importancia enfatizar que, sin lugar a dudas, es la Ley N° 2166, denominada “Ley de Salarios de la Administración Pública”, del 9 de octubre de 1957 y sus reformas, la que viene precisamente a normar el reconocimiento de anualidades adeudadas a funcionarios, debido al tiempo laborado en otras instituciones del sector público, sustento legal que lo que encontramos concretamente en el numeral 12, párrafo primero, inciso d) de la referida ley.

En efecto, y como se indicara oportunamente en el Oficio AJ-114-2011, la mencionada Ley N° 2166 fue reglamentada mediante el Decreto Ejecutivo N° 18181 del 14 de junio de 1988, vigente a partir del 23 de junio del mismo año, en donde se detalla algunas reglas a seguir en el proceso de pago de anualidades adeudadas en la Administración Pública, (lo cual no modifica en modo alguno su fecha de reconocimiento), previa solicitud escrita del



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

interesado, aportando las constancias o certificaciones requeridas para sustentar su petición, todo de conformidad con lo estipulado en el artículo 3 del mencionado reglamento.

En términos generales, ambos cuerpos normativos integran un solo procedimiento a seguir en cuanto al tema que nos ocupa, de manera que en aplicación del referido numeral 12 de la Ley N° 2166, encontraríamos que la determinación de la fecha para el reconocimiento de los aumentos anuales, corresponde única y exclusivamente a las Oficinas de Recursos Humanos, considerando para ello la fecha de ingreso o reingreso del servidor a la institución de que se trate, así como la circunstancia de si dicho funcionario labora por primera vez para el sector público, o en su defecto, lo ha hecho en períodos de tiempo anteriores a su reingreso, que puedan efectivamente ser certificados y reconocidos como en derecho proceda.

Atentamente,

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

📁 MSc. Francisco Chang Vargas, Director Área de Salarios e Incentivos.



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-391-2010

6 de mayo del 2011

Señora
Xinia Madrigal Chaves
Directora del Centro de Investigación y
Formación Hacendaria
Ministerio de Hacienda

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta al oficio CIFIH-DFC-270-2011 del 23 de marzo del 2011, mediante el cual nos consulta sobre la posibilidad de realizar dos cambios a la normativa relacionada a los temas de capacitación.

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, el 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 suplantarse a la administración activa, a quien compete



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

aplicar lo que en derecho corresponde en el caso particular.

Se consulta sobre la posibilidad de hacer modificaciones en dos instrumentos técnicos emitidos por esta Dirección General de Servicio Civil, a saber el artículo 58 de la Resolución DG-155-97⁵ y las Circulares AI-CCD-009-2004 y CCD-010-2007⁶, ya que, según nos indica en su solicitud, el Ministerio de Hacienda realiza una fuerte inversión en la implementación de los programas de formación de sus funcionarios, para que esa administración activa sea capaz de recuperar la inversión realizada en caso de deserción del funcionario, así como examinar la posibilidad de establecer una nueva garantía o en su defecto, mitigar la rigidez de la fianza establecida en el artículo 58 supra indicado, ya que según se indica, en muchas oportunidades, esta garantía no es tan accesible por los requisitos que exige el artículo en mención.

Sobre el particular se debe indicar que luego de hacer un recuento de las diferentes figuras jurídicas⁷ para establecer una garantía, que sean aplicables a la Administración Pública Costarricense, se llegó a la conclusión que no es factible aplicar una garantía diferente a la fianza, ya que a pesar de que existen figuras similares a los certificados bancarios que son muy utilizados en otros países, el funcionario público no siempre tendría la liquidez para mantener un monto retenido a favor del Estado para estos efectos.

De tal manera, que esta sede entró a analizar la factibilidad de hacer una modificación a lo establecido en el artículo 58 de la Resolución DG-155-97 de diciembre de 1997, al estudiar hermenéuticamente la normativa, no se encontró ningún impedimento para modificar la redacción actual del artículo en estudio, y se

⁵ DG-155-97 del 11 de diciembre de 1997, En lo que nos interesa señala: “La fianza solidaria que se exige debe ser otorgada por un servidor regular del Régimen, cuyo salario se encuentre libre de embargo”.

⁶ AI-CCD-009-2004 del 6 de octubre del 2004 y la CCD-010-2007 del 21 de noviembre del 2007, estas se relacionan con las actividades de capacitación superiores a los tres meses, con un requerimiento del funcionario de al menos, ocho horas semanales o que la duración de las mismas sea proporcional es este tiempo, en el entendido que para proteger los intereses de la administración deberá el funcionario si se encuentra en estos supuestos, suscribir un contrato de adiestramiento.

⁷ Prenda, Aval, Carta Fianza, Garantías Reales entre otras.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

comparte la idea de modificar la condición de “*servidor regular del régimen*” (el resaltado es nuestro), y ampliar esta posibilidad a todos aquellos funcionarios regulares que trabajen para la administración.

En cuanto a la inquietud de suscribir contratos de capacitación independientemente de las horas de duración y fechas de ejecución, se debe indicar que precisamente la Dirección General de Servicio Civil como ente rector del empleo público, conoce sobre la materia de capacitación, y comprende que el dinamismo de los medios de capacitación, actualmente nos presentan una gama riquísima de especificidad en los diferentes campos de conocimiento, los cuales no podían ser conocidos por los legisladores de otrora, lo que ocasiona gravísimas inconsistencias entre la normativa y su aplicación.

Bajo esta inteligencia, la necesidad de modificar los instrumentos actuales en cuanto a la duración de la capacitación para la suscripción de los contratos, quizás sea necesaria, no obstante, se debe aclarar que la modificación de los oficios circulares AI-CCD-009-2004 y CCD-010-2007⁸, no basta para resolver la problemática planteada, ya que dichos instrumentos contiene el espíritu de lo establecido en el artículo 9⁹ del Reglamento a la Ley de Licencias para Adiestramiento de Servidores Públicos, y al ser una norma de grado superior requeriría la realización de una modificación de un Decreto Ejecutivo.

Ahora bien, a pesar que no se encuentra viable, al menos de momento, la modificación a la normativa reglamentaria expuesta, no implica directamente, que la administración activa no pueda generar los lineamientos que consideren necesarios para regular la relación de

⁸ Del 06 de octubre del 2004 y del 21 de noviembre del 2007 respectivamente.

⁹ Reglamento a la Ley de Licencias para Adiestramiento de Servidores Públicos

Artículo 9:

*“Las licencias para que los funcionarios públicos aprovechen becas o facilidades para la capacitación se concederán mediante contrato que suscribirán la máxima autoridad del organismo correspondiente y el beneficiario cuando estos **excedan de tres meses**.*

En el caso de funcionarios cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, dichos contratos serán suscritos ante el Centro de Capacitación y Desarrollo (CECADES) de la Dirección General, el cual llevará un registro de los mismos y supervigilará su fiel cumplimiento.” (el resaltado es nuestro)





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

trabajo entre el servidor y esa administración específica con lo cual se podría solventar de momento la necesidad que se presenta.

Así las cosas, siendo que el Área encargada de estudiar las posibles modificaciones sobre aspectos de capacitación es el CECADES, esta Asesoría Jurídica remite su inquietud a ese centro de trabajo para que analice de acuerdo con lo planteado en el presente análisis, la factibilidad de modificar la Resolución DG-155-97 y si corresponde, elevar al Jerarca la propuesta de modificación al artículo 9 del Reglamento a la Ley de Licencias para Adiestramiento de Servidores Públicos.

Atentamente,

Original firmado{ Lic. César Soto Solís

Lic. César A. Soto Solís
Asesoría Jurídica

C.c. CECADES

AJ-466-2011
8 de junio del 2011

Ingeniera



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Laura Ureña Naranjo
lurena@inciensa.sa.cr

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su consulta remitida a este despacho por medio de correo electrónico el día 25 de mayo del presente año, en el cual se plantean las siguientes interrogantes:

1.- *“Según el Manual de Clases Anchas (...), los requisitos legales para un profesional 1-A y 1-B son: (...) Incorporación al Colegio Profesional respectivo, en los casos en que dicha entidad lo exija para el ejercicio del correspondiente grado profesional”. Se requiere aclaración sobre este requisito en particular.*

2.- En relación con los requisitos para el pago del incentivo por concepto de carrera profesional, señala la consultante que: *“En ningún momento se solicita el estar colegiado, es éste un requisito implícito por los requisitos (sic) legales del puesto?”*

3.- De conformidad con el artículo 3 de la Resolución DG-254-2009, se pregunta: *“Si un bachiller saca una maestría y cumple con los requisitos se le puede conceder el pago de un 55% en lugar del 20%? Conforme los requisitos que se exigen para la aplicación del régimen de dedicación exclusiva (Artículo 4, Resolución N° DG-254-2009), en donde se señala “...d) Poseer la incorporación al Colegio Profesional respectivo, cuando exista esta entidad en el área correspondiente...”, se consulta: “...a qué se refiere la frase cuando exista esta entidad en el área correspondiente? (...)Qué sucede cuando un colegio profesional no existe para poder inscribir una maestría en específico? Quién me puede indicar a qué colegio debe afiliarse una maestría? (sic) o esto es una interpretación de cada Unidad de Recursos Humanos?...”*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Sobre los temas traídos a estudio, y previo a los argumentos que esta Asesoría Jurídica considera importante señalar al respecto, conviene indicar a la consultante, que en aras de respetar el ámbito de competencias de las diferentes sedes administrativas, los puntos en discusión serán abordados desde una perspectiva jurídica general, analizando la normativa que le pudiera ser aplicable, de manera que se constituya en marco orientador para la búsqueda de una respuesta adecuada a los mismos, correspondiéndole a la administración activa, la atención del caso concreto.

Con este preámbulo, abordamos la primera interrogante, indicando que, efectivamente, el Manual de Clases Anchas y sus modificaciones parciales, entre ellas la establecida mediante la Resolución DG-279-2007 de las 8:00 horas del 29 de noviembre del año 2007, señala como parte de los requisitos exigidos en las clases de puesto Profesional de Servicio Civil 1 Grupo A y Profesional de Servicio Civil 1 Grupo B, la “incorporación al Colegio Profesional respectivo, en los casos en que dicha entidad lo exija para el ejercicio del correspondiente grado profesional”.

Con base en el anterior requisito, encontramos que la Ley Orgánica o de creación de los Colegios Profesionales establecen taxativamente, la obligatoriedad o no de incorporación a dichos entes como requisito “sine qua non” del ejercicio profesional en el área respectiva y para el grado profesional que así se indique. De esta forma, se entendería que si la ley constitutiva del Colegio Profesional de que se trate, exige este requisito para el ejercicio de la profesión, según el grado que, precisamente, se establece como requisito en el Manual de Clases Anchas de la Dirección General de Servicio Civil, tendríamos como consecuencia inevitable, el cumplimiento de dicho requisito a fin de ocupar el puesto a que se aspira y por el cual se está ofertando.

En cuanto a su segunda pregunta, evidentemente su respuesta es consecuencia de la anterior, en el sentido de que a todas luces se puede concluir que si el puesto al cual se aspira ocupar exige un grado profesional mínimo, mismo que a su vez requiere,





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

obligatoriamente, estar debidamente incorporado al Colegio Profesional respectivo a efectos de poder ejercerlo, dicha colegiatura se encuentra contemplada dentro de los requisitos, en este caso, para ocupar un puesto a través del cual, posteriormente, se le va a reconocer el incentivo por carrera profesional. Así las cosas, si para ocupar un puesto profesional dentro de la Administración Pública, no se requiere el cumplimiento de estar incorporado a un Colegio Profesional como exigencia para el ejercicio de esa determinada profesión, consecuentemente, no tiene por qué exigirse la presentación de dicha colegiatura a efectos de que se reconozca el plus salarial correspondiente al otorgamiento de puntos por concepto de carrera profesional; es decir, se supone que el requisito es inherente al puesto para el cual se está solicitando el reconocimiento del mencionado incentivo salarial.

Sobre este particular, esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado¹⁰ en casos anteriores señalando que:

“... Si bien es cierto, dichos requisitos se encuentran contemplados para el ingreso de servidores al Régimen de Méritos, que valga agregar, son exigidos también para efectos de carrera administrativa, según lo dispone el párrafo final del artículo 9 del Reglamento citado, es más cierto aún que ello puede también ser exigido para efectos del otorgamiento de pluses salariales a puestos profesionales en los que se exija la colegiatura, afirmación que deviene en primer lugar, de la concatenación de requisitos legales relativos al puesto, que crean una relación de accesoriedad entre ellos¹¹, pues si por ejemplo, para el pago de Carrera Profesional se requiere ser profesional, y el puesto de profesional que “x” funcionario ocupa requiere a su vez, por mandato del respectivo Manual Clasificador y posiblemente de una ley, el estar colegiado, el incumplimiento de este requisito implicaría, entre otras cosas, el no pago del citado plus.

¹⁰ Refiérase al Oficio AJ-553-2009 del 15 de octubre del 2009.

¹¹ A grandes rasgos, la relación existente entre la relación de empleo y el pago de pluses salariales es, sin lugar a dudas, claro ejemplo de la accesoriedad, en donde el segundo depende de la existencia del primero.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Esta tesis también puede sustentarse en el principio básico de legalidad administrativa estatuido por el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública y su homónimo constitucional, mediante el cual la Administración únicamente puede actuar dentro del marco que le fija la ley (entiéndase este criterio de manera amplia a fin de abarcar todas las disposiciones normativas que forman el bloque de legalidad costarricense).

En este sentido debe hacerse notar que la gran mayoría de las normas que crean los sobresueldos establecen claramente los requisitos que deben ser cubiertos por el servidor, incluyéndose, de manera directa o indirecta, la necesidad de encontrarse colegiado cuando así sea exigido, para este caso sirva de ejemplo lo dictaminado por el artículos 4 inciso d) de la Resolución DG-254-2009 de la Dirección General de Servicio Civil, la cual regula lo referente a la Dedicación Exclusiva, (...).

Esta misma posición, en tanto afecta la relación de empleo misma y el cumplimiento de requisitos para el desempeño del puesto, podría hacerse extensiva a otro tipo de pluses salariales, destacando al caso el de Carrera Profesional, supuesto sobre el cual ya esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado al indicar en lo atinente que:

“...Entrando en la materia consultada hemos de referir en primer término que el incentivo por Carrera Profesional, surte sus efectos desde que se obtiene el grado académico de Bachiller Universitario, y avanza paulatinamente según el grado académico que vaya obteniendo el servidor en procura de mejorar la excelencia en su formación y capacitación, de conformidad con lo que dispone en el numeral 1° de la Resolución DG-080-96, de las ocho horas del tres de octubre de mil novecientos noventa y seis.

Es de mérito traer a colación en lo que respecta a la consulta, que para ser acreedor del reconocimiento o incentivo de marras, es de imperativo obligatorio cumplir con una serie de requisitos previamente dispuestos en el ordenamiento jurídico, en el numeral 3 de la Resolución de cita, los cuales son los siguientes (...)



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Si el servidor no cumple con los requisitos supra citados, no es jurídica ni técnicamente procedente el reconocimiento del incentivo por Carrera Profesional; de igual forma para tener opción al pago de la compensación económica, debe presentarse el título o la respectiva certificación de la Universidad que le acredite como tal...”

Su tercera y última interrogante contempla varias vertientes de análisis, que en resumen se encuentran orientadas a parte de lo contenido en el artículo 3 y numeral 4, inciso d) de la Resolución DG-254-2009, emitida por la Dirección General de Servicio Civil a las trece horas del doce de agosto de dos mil nueve, mismas que pasamos a transcribir en lo que interesa para el presente caso:

“...Artículo 3.- (...) Para tales efectos se otorgarán porcentajes, sobre el salario base, de un 20% para los que poseen el grado académico de Bachiller Universitario y un 55% para los que ostenten el grado de licenciatura u otro superior.

Artículo 4.- Para acogerse y continuar disfrutando del Régimen de Dedicación Exclusiva, el servidor debe cumplir con los siguientes requisitos:

(...)

d) Poseer la incorporación al Colegio Profesional respectivo, cuando exista esta entidad en el área correspondiente...”

Bajo los preceptos normativos supra transcritos, podríamos decir que, como bien lo manifiesta la consultante, si una persona que ostenta el grado académico de bachiller universitario y obtiene posteriormente el grado académico de máster en una disciplina o área determinada del conocimiento científico, puede, una vez cumplidos los requisitos legales correspondientes, hacerse acreedora al pago de dedicación exclusiva, si así lo ha acordado con la Administración, para cuyos efectos, resultaría procedente el reconocimiento del 55% sobre el salario base, siempre y cuando lo determine de esta manera el estudio correspondiente que deberá realizar la Oficina de Recursos Humanos respectiva, en relación con las condiciones y



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

verificación de requisitos, según sea el caso particular de que se trate.

En esta línea y siempre sobre el mismo tema, se puede entender con meridiana claridad que, al exigir la norma “...Poseer la incorporación al Colegio Profesional respectivo, cuando exista esta entidad en el área correspondiente...”, deviene en un requisito indispensable e insoslayable de cumplir, en el sentido de que mientras se pueda determinar, fehacientemente, la existencia de un Órgano Colegiado que regule el ejercicio profesional del servidor conforme a su formación académica, deberá, necesariamente, aportarse las certificaciones que correspondan, a fin de acreditar la debida incorporación a esta forma de organización gremial; de manera tal que, como bien reza la norma, en tanto no exista la entidad mencionada, que al amparo de su ley constitutiva pueda incorporar profesionales en cualesquier área profesional y bajo distintos grados académicos, no podrá, ante dicha imposibilidad material, hacerse exigible el cumplimiento de dicho requisito para efectos de reconocimiento del régimen de dedicación exclusiva.

Conforme lo dicho anteriormente, es responsabilidad exclusiva del servidor interesado, el revisar toda la información atinente a las áreas de formación académica universitaria, una vez tomada la decisión de iniciar o continuar estudios a nivel superior, como por ejemplo planes de estudio, mercado para el ejercicio profesional, existencia de colegios profesionales que regulen el quehacer de personas formadas en las distintas disciplinas científicas, entre otras; de esta manera, la consulta sobre la eventual posibilidad de acreditar un grado profesional de maestría ante un Colegio de Profesionales llamado a regularla, deberá ser formulada directamente a dicha organización profesional, basado en lo que establezca su propia ley constitutiva.

Finalmente, y para mayor abundamiento sobre el tema de las incorporaciones a Colegios Profesionales, según los grados académicos que ostenten los oferentes, así como la procedencia o no de reconocer los pluses salariales de dedicación exclusiva o prohibición, hemos de indicarle que esta sede



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

administrativa ha vertido recientemente criterio técnico jurídico mediante el Oficio AJ-869-2010, fechado 25 de octubre del año 2010, donde se señaló, en lo que interesa, lo siguiente:

“... Dentro del Manual de Clases propuesto por la Dirección General de Servicio Civil se encuentra para el estrato profesional que se cuente para los puestos allí detallados con el requisito legal de “incorporación al Colegio Profesional respectivo, en los casos en que dicha entidad lo exija para el ejercicio legal del correspondiente grado profesional”, de modo que debemos aclarar que en aras de no promover el ejercicio ilegal de la profesión, si el puesto establece como requisito la incorporación a un Colegio Profesional, éste no podrá ser obviado, salvo que no exista Colegio Profesional al cual pueda incorporarse el servidor.

Sobre la materia en consulta, esta Asesoría Jurídica ha emitido criterio, señalando mediante el oficio número AJ-187-2003, lo siguiente:

“... Del análisis que antecede, se desprende que todo servidor que ocupe un puesto dentro de la Administración Pública de clase profesional que exija el grado académico de Licenciatura, debe de contar con la incorporación al respectivo Colegio Profesional, si éste existe, toda vez que dicho acto responde a un requisito de legalidad para el ejercicio de la profesión tanto en el sector público como privado.”

*Como puede apreciarse, ha sido criterio sostenido por esta Asesoría Jurídica, que el requisito de incorporación a un Colegio Profesional debe ser posible, es decir, que exista posibilidad objetiva de cumplimiento por parte del sujeto, pues de lo anterior se infiere que ante la inexistencia de Colegio Profesional, el requisito de incorporación se torna imposible de ser cumplido y en ese sentido, se hace manifiesta la regla *impossibilium nulla obligatio est* (no hay obligación de lo imposible) o, formulada en otros términos *ad impossibilia nemo patitur* (Nadie está obligado a lo imposible).*

Así las cosas, la exigencia de incorporación a un Colegio Profesional deberá determinarse de conformidad con los



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

requisitos indicados para el puesto en el Manual de Clases o bien Manual de Puestos Institucional, cuando éste exista en el área correspondiente.

Ahora bien, referido a si el agremiado ha de incorporarse de acuerdo al status respectivo con el que cuente, es un asunto meramente de trámite interno que le corresponde al Colegio Profesional respectivo si existen directrices o políticas internas que así lo requieran, sobre este tipo de disposiciones internas ha señalado la Procuraduría General de la República en su opinión jurídica N° OJ-045-2003 del 18 de marzo del 2003, en donde concluyen lo siguiente:

“... el grado académico que ostente el servidor no es el relevante para el pago de la compensación, siempre que ese grado académico le permita, de acuerdo a(sic) la profesión que ostente, y a las reglas que rigen su ejercicio profesional, ejercer liberalmente su profesión. Habrá Colegios Profesionales cuyas normas admitan el ejercicio de la profesión con el grado académico de bachiller universitario, otros con el de licenciatura, etc. Por ello, lo que realmente interesa, es que el servidor que realice funciones de auditoría, esté habilitado para el ejercicio liberal de su profesión, y que se vea impedido para hacerlo por la prohibición que se analiza, en cuyo caso, se hará acreedor al pago de la compensación del 65% sobre su salario base.”

Esto por cuanto las competencias atribuibles a dichos organismos al igual que por ejemplo las asignadas a esta Dirección General son únicas, exclusivas y excluyentes unas de otras, de modo que por un lado es deber y compromiso de las Áreas de Recursos Humanos encargadas de realizar los trámites de nombramientos, el verificar si el oferente que pretende laborar en un puesto de la Administración Pública, cuenta a la hora de su ingreso con todos los requisitos técnicos y legales que se disponen en el Manual de Clases elaborado a tal efecto, correspondiéndole por otro lado al Colegio Profesional, identificar si el mismo se encuentra o no incorporado con el correspondiente grado académico que ostente, si existe alguna disposición interna de la institución que haga obligatorio o que requiera



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

que los agremiados a éste deban de actualizar su nivel académico ante esta instancia, como se cito supra.

Según lo ha sostenido anteriormente la Procuraduría General de la República¹², al Estado le corresponde velar por el derecho fundamental al ejercicio de la profesión¹³, y además el ejercer el control sobre determinadas profesiones tituladas, facultad ésta última que ha sido delegada, conforme a la Ley, en organizaciones corporativas: los Colegios Profesionales. El Estado delega en los Colegios Profesionales el cumplimiento de determinadas funciones públicas, relacionadas con la vigilancia, disciplina y fomento de la actividad de

los agremiados, a la par de las tareas dirigidas al puro interés particular de sus miembros, tomados tanto singularmente como la colectividad sectorial.

Cada institución -sea el Colegio Profesional respectivo y la Unidad de Recursos Humanos- con respecto al área específica de su competencia, están llamados a analizar el cumplimiento de los requisitos académicos necesarios y obligatorios para incorporación de los nuevos profesionales, no solo desde el punto de vista formal sino también de manera sustancial, lo cual supone, en aras del estricto cumplimiento de la ley, una imprescindible colaboración y coordinación entre ambos, lo que además admite una nueva visión del principio de legalidad, complementado con la exigencia de eficiencia, de manera que toda actividad administrativa que se requiera en ejercicio de atribuciones públicas, para que sea legítima y admisible, además de

¹² En su pronunciamiento número C-055-2001 del 27 de febrero de 2001.

¹³ Si bien es cierto que la Constitución Política costarricense no consagra expresamente la libertad profesional, según lo ha estimado la Procuraduría General, esa libertad puede deducirse de la conjunción de varios derechos constitucionales, tal como sucede con la libertad de contratación, y tiene como contenido esencial el derecho de elección de la profesión y el derecho de ejercicio de la actividad profesional escogida. (Véase al respecto el dictamen C- 054-2000 de 17 de marzo de 2000). Y cabe advertir, que ese carácter de libertad fundamental ha sido reconocido por la Sala Constitucional, en sus resoluciones N^os. 1626-97 de 15:21 hrs. del 18 de marzo de 1997 y 7123-98 de 16:33 hrs. del 6 de octubre de 1998.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

coincidir con la ley, deberá ser eficaz para alcanzar los objetivos que le hayan sido fijados por el ordenamiento, redundando así positivamente en la obtención del bienestar general.

Con respecto al requisito de incorporación para el pago de los pluses salariales de Dedicación Exclusiva y Prohibición resolvió la Procuraduría General de la República en su dictamen número C-144-2007:

“...En fin, se extrae de lo expuesto, que el pago de la compensación económica en favor de determinados servidores públicos, solamente se justifica en los casos en que la prohibición a la que estén sujetos, les irroque un perjuicio económico, y además, que ese pago esté claramente autorizado por una norma legal.”

Así las cosas, debe tenerse presente que el pago de la compensación económica a favor de determinados servidores públicos se justificará en aquellos casos en que la prohibición que se impone lleve consigo la posibilidad de generar un perjuicio, ya que la misma es de carácter indemnizatorio.

Es menester de esta Procuraduría aclarar que se entiende como profesiones liberales “... aquellas que, además de poderse ejercer en el mercado de servicio en forma libre, es necesario contar con un grado académico universitario y estar debidamente incorporado al respectivo colegio profesional, en el caso de que exista. En otras palabras, las profesiones liberales serían aquellas que desarrolla un sujeto en el mercado de servicios, el cual cuenta con un grado académico universitario, acreditando su capacidad y competencia para prestarla en forma eficaz, responsable y ética, y que está incorporado a un colegio profesional¹⁴”.

Sobre el tema y retomando la supra citada opinión jurídica N° OJ-045-2003 del órgano consultor del Estado del 18 de marzo del 2003 además se expone:

¹⁴Procuraduría General de la República oficio OJ-076-2003 del 22 de mayo del 2003





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

“Como se advierte, este régimen de prohibición está concebido única y exclusivamente para el ejercicio de profesiones liberales, mas no para cualquier otra ocupación respecto de la que puede ostentarse un grado profesional, pero que no conlleva una actividad susceptible de ser ejercida en forma liberal (...)

En vista de lo expuesto, lleva razón el criterio legal aportado en su consulta, cuando concluye que para los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la Ley N° 8422¹⁵, el grado académico –así como su incorporación al colegio profesional, cuando así corresponda, agregamos nosotros– es un requisito indispensable para la aplicación del régimen de prohibición, de ahí que no es posible jurídicamente extender este régimen a los funcionarios que no estén habilitados para el ejercicio liberal de una profesión (...)”

Bajo los supuestos anteriormente señalados se desprende que es requisito para el reconocimiento del pago por concepto de prohibición y dedicación exclusiva que el oferente o servidor cuente con su respectiva incorporación al Colegio Profesional según sea su especialidad si existiera órgano para hacerlo y que en definitiva es requisito que quienes ocupen o sean candidatos para ocupar un puesto profesional dentro de la Administración Pública cuenten con dicha incorporación si así lo requiere el Manual de Clases y siempre en acato de los requisitos legales ahí entablados y bajo las disposiciones contempladas dentro del mismo. Las demás implicaciones y supuestos deberán entenderse sobre los argumentos señalados...”

Con estas consideraciones finales, damos por emitido el criterio jurídico solicitado.

Atentamente,

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

¹⁵ Ley 8422. Contra el Enriquecimiento Ilícito y la Corrupción en la Función Pública.





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-069-2011

21 de enero de 2011

Licenciada
Miriam Rojas González
Directora Asesoría Jurídica

Estimada señora:

De acuerdo con sus instrucciones se pasa a analizar la procedencia de pagarles a los médicos veterinarios cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, el sobresueldo denominado “Dedicación Exclusiva”.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Previo a entrar de lleno en dicho estudio, resulta conveniente señalar que la duda planteada nace a raíz de lo resuelto por la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-240-2010 de fecha 29 de noviembre del año 2010, en el cual se indica, en lo conducente, que:

“...Por último, corresponde referirnos a la situación de los profesionales en medicina veterinaria, que aunque originalmente no formaban parte de la Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas, posteriormente, al amparo del artículo 61 de la Ley FODEA (Nº 7064 de 29 de abril de 1987), se les otorgó el derecho a recibir los incentivos salariales previstos en dicha legislación, de manera tal que desde la vigencia de la citada ley se encuentran amparados a ella.

En cuanto a la posibilidad de que dichos profesionales puedan acogerse a la compensación por Dedicación Exclusiva, es claro que no existe impedimento legal alguno para el reconocimiento del citado beneficio. El hecho de encontrarse dentro de la normativa de la Ley 6836, no inhibe para que los profesionales en ciencias de la salud en ella cobijados, puedan optar por someterse al régimen de la dedicación exclusiva, si la Administración así lo determina, en razón de la naturaleza y responsabilidades del puesto. En consecuencia, los profesionales en medicina veterinaria están en posibilidad de percibir los incentivos de la Ley 6836, que en su caso les son aplicables, así como la compensación económica por dedicación exclusiva, establecida para los profesionales del Poder Ejecutivo, derivada del régimen general establecido por la Dirección General de Servicio Civil (Resolución DG-070-94 de 9:00 hrs. del 3 de agosto de 1994).

CONCLUSIÓN: (...)

5) *En cuanto a los profesionales en medicina veterinaria, incluidos en la Ley 6836 mediante el artículo 61 de la Ley Nº 7064 de*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

29 de abril de 1987 (Ley FODEA), se encuentran también en la posibilidad legal de acogerse al régimen de dedicación exclusiva, derivada del régimen general establecido por la Dirección General de Servicio Civil, para los profesionales del Poder Ejecutivo...”

Dicha duda se acrecienta si se denota que el tratamiento del tema no ha sido pacífico ni simétrico en el transcurso del tiempo, pues tanto instancias judiciales como administrativas han tenido posiciones contrapuestas en distintos momentos, aceptando dicho pago, o bien denegándolo, siendo que no es sino hasta el año 2005 cuando la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia acepta la legitimidad de otorgar dicho estipendio a los profesionales médicos, que ese Órgano Consultivo Estatal se adhiere a las conclusiones emanadas por el alto estrado judicial, y crean una línea de criterio unificada.

No obstante, aun cuando la línea marcada recientemente se encamina al efectivo pago de dicha dedicación, lo cierto es que subsisten en algunos sectores administrativos, dudas respecto de si efectivamente debe darse o no el pago referido, mismas que tienen asidero en consideraciones que deben traerse ahora a colación.

La primera, y quizás más importante duda de la posibilidad legal de reconocer el sobresueldo en estudio, radica en una afirmación muy sencilla, cual es que *“si los médicos veterinarios poseen los mismos derechos que se les otorgan a los médicos de la Caja Costarricense de Seguro Social, y a estos últimos no se les cancela el rubro de dedicación exclusiva, aquéllos tampoco tendrán derecho a este plus”*.

La afirmación recién hecha no es arbitraria, y deriva del estudio de varias normas, siendo la primera la misma Ley N° 6836 del 22 de diciembre de 1982 y sus reformas (Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas), canon que solamente posee dos



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

apartados que mencionan y otorgan específicamente la dedicación exclusiva, sean los numerales 18 (a los microbiólogos, farmacéuticos y psicólogos clínicos) y el 25 (para las personas profesionales en Enfermería), por lo cual, con base en el principio de legalidad establecido por el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública y su homólogo constitucional, no podría la Administración Activa otorgar beneficios a profesionales médicos distintos a los ya dichos, tomando como base la citada ley.

Ahora bien, cabe resaltar que los veterinarios no poseen, como sí lo hacen otros grupos profesionales, un apartado especial de derechos o bien una lista exclusiva de beneficios, pues la norma que han traído a este gremio a la Ley N° 6836, sea la homóloga N° 7064 del 29 de abril de 1987 (Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria FODEA y Orgánica del Ministerio de Agricultura y Ganadería) ha sido general, al estipular que:

“Artículo 61.- Se otorga a los profesionales en medicina veterinaria, todos los deberes y derechos de la ley N° 6836 del 22 de diciembre de 1982.

Para esos efectos, se entenderá que los profesionales en Medicina Veterinaria, del Ministerio de Agricultura y Ganadería, del Ministerio de Salud y de otras instituciones públicas empleadoras de médicos veterinarios, recibirán los reconocimientos por incentivos que establece la ley N° 6836 del 22 de diciembre 1982, previa equiparación salarial con los profesionales en Medicina, según las categorías, los salarios básicos y los incentivos, tal y como son reconocidos a esta fecha.

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,



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

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 propio.

Siendo que la obtención de derechos derivados de la Ley N° 6836 por parte de los médicos veterinarios, nace de una equiparación, o bien si se quiere decir, de una homologación con respecto a los profesionales en medicina de la Caja Costarricense de Seguro Social, resulta importante para los efectos de esta consulta el analizar qué marco normativo se aplica en dicha institución con respecto al plus salarial en estudio, ya que como se dijo, éste no aparece contemplado en la Ley de Incentivos Médicos de repetida cita.

Para estos efectos debe traerse a colación en primer lugar, las disposiciones establecidas en el Decreto Ejecutivo N° 23669-H del 18 de octubre de 1994 (Normas Aplicación Dedicación Exclusiva Instituciones Empresas Públicas Cubiertas por Ámbito Autoridad Presupuestaria), el cual señala tajantemente en su artículo 17 que:

“Artículo 17.-Ningún servidor podrá acogerse a la Dedicación Exclusiva si se encuentra regido por la ley de incentivos a los profesionales en ciencias médicas...”

En el mismo sentido el numeral 15 del Instructivo para la Aplicación del Régimen de Dedicación Exclusiva en la Caja Costarricense de Seguro Social señala claramente que:

“Artículo 15.- Ningún servidor podrá acogerse al Incentivo de la Dedicación Exclusiva si se encuentra regido por la Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas, Ley N° 6836, por lo cual



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

continuarán rigiéndose según los términos de ésta, en cuanto al beneficio específico de Dedicación Exclusiva.”

Tal y como puede notarse, las autoridades administrativas jerárquicamente responsables de la implementación del sobresueldo de dedicación exclusiva en la Caja Costarricense de Seguro Social han decidido, y plasmado claramente en distintas normas, el que no se le pague a sus funcionarios médicos dicho plus, por lo que, con base en la correlación u homologación que como se dijo supra, hizo el numeral 61 de la Ley N° 7064 de los médicos veterinarios con los profesionales médicos, se puede afirmar que los galenos veterinarios que laboren dentro del Régimen de Servicio Civil, no podrían recibir dicho pago.

Ahora, dicha conclusión sería completamente válida y serviría como fundamento para denegar el pago citado, si no existiera el numeral 20 de la misma Ley N° 6836, el cual indica que:

“Artículo 20.- *Los aumentos e incentivos que se establecen por esta ley se fijan sin perjuicio de los derechos laborales adquiridos por los profesionales en ciencias médicas, ya sea mediante leyes y reglamentos laborales o convenios y arreglos laborales colectivos, o contratos individuales de trabajo.”*

Sobre esta disposición, y desde antigua data, la Procuraduría General de la República señaló mediante su Dictamen 256 del 23 de diciembre de 1987¹⁶ en relación con la dedicación exclusiva que:

“...Queda sin embargo por cuestionarse la posibilidad planteada en la consulta, de que ellos sí puedan optar por el régimen de la dedicación exclusiva otorgado por la Dirección General de Servicio

¹⁶ El cual si bien fuera reconsiderado parcialmente, cobró de cierta manera alguna vigencia al haber sido reconsiderado el dictamen que lo reconsiderara.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Civil por vía de resolución. En ese sentido, debemos señalar que dicho sistema, además de que es absolutamente compatible con las funciones que desempeñan esos servidores, sí debe reconocérseles, no sólo por eso, sino también porque la misma Ley 6836, en su numeral 20, en forma expresa establece que: "Los aumentos e incentivos que se establecen por esta ley se fijan sin perjuicio de los derechos laborales adquiridos por los profesionales en ciencias médicas, ya sea mediante leyes y reglamentos laborales o convenios y arreglos laborales colectivos o contratos individuales de trabajo..."

Siendo importante lo señalado por el Órgano Consultivo Estatal, debe traerse el asunto a la normativa especial que al efecto ha creado la Dirección General de Servicio Civil respecto de la figura de marras, siendo que al caso el numeral 17 de la Resolución DG-254-2009 (Normas para la aplicación del Régimen de Dedicación Exclusiva) señala que:

“Artículo 17.- Ningún servidor podrá acogerse a la Dedicación Exclusiva si se encuentra regido por la Ley de Incentivos Profesionales en Ciencias Médicas, con excepción del caso de los médicos que son retribuidos mediante la Ley No 6836 del 22 de diciembre de 1982; si está gozando de la compensación económica por prohibición del ejercicio liberal de la profesión u otra que, a juicio de la Dirección General de Servicio Civil, resulta incompatible con la Dedicación Exclusiva.”

La norma estatutaria, como puede fácilmente verse, sigue de alguna forma la misma doctrina que han establecido las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social, y la Autoridad Presupuestaria, que sigue nuestros dictados, ajustándolos a las necesidades de las instituciones que se rigen por su ámbito, exceptuando el caso de los médicos propiamente dichos, norma que, deja de lado a los servidores veterinarios que laboran en el Régimen





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

de Servicio Civil, pues si bien la Ley N° 7064 obliga a que exista una similitud entre los profesionales médicos y los profesionales en medicina veterinaria, lo hace con referencia a las ventajas que da la Ley N° 6836, solamente, por lo que bien puede crearse un sistema diferenciado de dedicación exclusiva entre los médicos y los veterinarios.

Esta conclusión resulta válida si se recuerda, aunque sea de manera superflua, la figura de la dedicación exclusiva, la cual, a diferencia de la prohibición nace como una expresión de la voluntad de las partes, sean funcionario y Administración, y no como una obligación legalmente interpuesta, hecho diferenciador que la misma Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha señalado, cuando mediante sentencia N° 33 de 1997 cuando indicó que:

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

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

Esta discrecionalidad es perfectamente aplicable respecto al grupo profesional al que la Administración considera, se debe otorgar



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

el plus de marras, y cuál considera que no, sin que por ello se esté dando algún tipo de discriminación, hecho que la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia indicara en su Voto N° 14680-2003, cuando al atender un recurso de amparo resolvió:

“III.-Sobre la dedicación exclusiva. *El criterio sostenido por la Sala en cuanto al pago del plus salarial por dedicación exclusiva ha sido que, a diferencia del pago por "prohibición" que hace la Administración a algunos servidores por mandato legal y por lo tanto es inherente a la relación de servicio, aquél no tiene a la ley como base para su otorgamiento sino que resulta del acuerdo entre la Administración y el servidor, es decir, implica la concesión de un beneficio que puede ser pactado o no por las partes, pudiendo subsistir la relación de servicio con o sin ella, por ser ese extremo un elemento ajeno a las prestaciones esenciales que conforman la contratación laboral. En consecuencia, el pago por "dedicación exclusiva" constituye una modalidad de contratación en virtud de la cual el servidor opta por no ejercer su profesión fuera del puesto desempeñado, a cambio de una retribución patrimonial adicional al salario.*

Así las cosas, se trata de un régimen de naturaleza consensual que amerita la suscripción de un contrato, a través del cual la Administración manifiesta su voluntad de contar con los servicios del servidor de forma exclusiva y el servidor su anuencia en aceptar esa situación a cambio de una contraprestación económica adicional a su salario. Este régimen especial de beneficio, que se traduce en un plus salarial en el empleo público, se justifica en aquellos casos en los cuales la Administración pretende, por razones de interés público, contar con un personal dedicado exclusiva y permanentemente a la función estatal que lo convierta en una fuerza de trabajo idónea y más eficiente, por lo que es requisito indispensable la existencia de ese





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

interés público, sin el cual no puede llegarse al concurso de voluntades que requiere un contrato de cualquier naturaleza.

IV.-Caso concreto. *La autoridad recurrida informa bajo fe de juramento, con las consecuencias de ley, que a la amparada no se le concedió el plus salarial por dedicación exclusiva en vista su improcedencia, a tenor de lo que dispone al efecto el “Instructivo para la aplicación del régimen de dedicación exclusiva en la Caja Costarricense de Seguro Social” , ya que ella, en su condición de Directora de Enfermería del Hospital Dr. Enrique Baltodano Briceño, estima que no existe justificación para contratar sus servicios en forma exclusiva “...dada la oferta de servicios profesionales en Enfermería que existe en la actualidad” y así se lo informó mediante oficio del 27 de mayo de 2003 (folio 08).*

En esa inteligencia, estima la Sala que a la señora Ramírez Ortega (amparada) no se ha lesionado derecho fundamental alguno como consecuencia de la decisión administrativa que cuestiona en esta sede, habida cuenta que según se desprende de lo expuesto en el considerando anterior, no existe un derecho fundamental a disfrutar del plus salarial por dedicación exclusiva y tampoco se constata la alegada violación al principio de igualdad consagrado en el ordinal 33 de la Constitución Política, puesto que la autoridad recurrida también afirma que aunque existan funcionarios que laboran en el servicio de enfermería y que sí disfrutaban del régimen de dedicación exclusiva, eso no involucra un deber para la Caja Costarricense de Seguro Social de otorgar igual plus salarial a todos los profesionales que ostenten igual grado profesional, pues para tal fin se atiende a condiciones temporales particulares que no admiten una generalización.

Con ello tampoco se provoca una discriminación reprochable, considerando que tal y como ha dicho la Sala reiteradamente, el principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos se deba dar un tratamiento



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, puesto que la igualdad sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, que no es lo que acaece en el caso en estudio. Debe indicarse además que tal y como se explicó supra, el régimen de dedicación exclusiva se traduce en un plus salarial dentro de la relación de empleo público que se justifica, solamente, en aquellos casos en los cuales la Administración requiere, por razones de interés público, que el servidor dedique toda su energía laboral a las funciones asignadas, pero en caso de que no exista ese requerimiento se haría un mal uso de fondos públicos, a todas luces reprochable.

V.- En mérito de lo expuesto procede la desestimatoria de este recurso, sin perjuicio de que acuda la recurrente ante la jurisdicción ordinaria, una vez agotada la vía administrativa, a ventilar el diferendo de mera legalidad que involucra la determinación acerca de la procedencia o no del pago del plus salarial por dedicación exclusiva...”
El destacado no aparece en el original.

Siendo así las cosas, debe concluirse que no existe norma jurídica que autorice el pago de dedicación exclusiva a los funcionarios que ejercen la profesión de médico veterinario dentro del Régimen de Servicio Civil, mas por el contrario, las normas llamadas a ser marco de referencia dentro de la Caja Costarricense de Seguro Social, deniegan dicha posibilidad, al igual que lo hace expresamente el numeral 17 de la Resolución DG-254-2009, por lo que también dentro del régimen de empleo público central existe carencia de normativa al respecto, de ahí que no se comparta lo dicho por el estimable Órgano Consultor cuando indica que:

“...no existe impedimento legal alguno para el reconocimiento del



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

citado beneficio (...) En consecuencia, los profesionales en medicina veterinaria están en posibilidad de percibir los incentivos de la Ley 6836, que en su caso les son aplicables, así como la compensación económica por dedicación exclusiva, establecida para los profesionales del Poder Ejecutivo, derivada del régimen general establecido por la Dirección General de Servicio Civil (Resolución DG-070-94 de 9:00 hrs. del 3 de agosto de 1994)...”

En primer lugar por cuanto sí existe norma (si bien no de rango legal) que crea un impedimento para proceder de la manera en que concluye el Dictamen, ya sea en el ámbito del marco referencial (la CCSS) o bien dentro del mismo Régimen de Servicio Civil (DG-254-2009), y en segundo porque se basa para hacer dicha afirmación en una resolución que desde el año 2009 feneció.

Entonces, los dictámenes que ha emitido la Procuraduría General de la República sobre la materia, especialmente el recién C-240-2010, deben entenderse en el sentido de que si bien es derecho de los médicos veterinarios el poder suscribir con la Administración contratos de dedicación exclusiva, dicho derecho solamente puede ser ejercido en el tanto la contraparte, sea la Administración, así decida hacerlo, siendo que para el caso se ha determinado, de manera general y por un instrumento jurídicamente válido (sea la Resolución DG-254-2010), el desinterés de realizar dicho contrato con el sector profesional ahora aludido.

En este tanto puede asimilarse la situación con los permisos con o sin goce de salario, los cuales si bien son considerados derechos de los servidores en los términos del numeral del Estatuto de Servicio Civil, solamente pueden ser ejercidos en el tanto la Administración así lo considere prudente, sin que pueda ser obligada a actuar de una u otra manera.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Como corolario al asunto debe llamarse la atención, y reiterar la idea, de que el otorgamiento Dedicación Exclusiva es un acto discrecional de la Administración Pública, no un derecho que pueda ser opuesto por los servidores de manera amplia, el hecho de que durante años se haya actuado de manera casi automática por parte de ciertas autoridades administrativas a la hora de decidir el dar o no el citado estipendio, es, sin lugar a duda, una mera actuación material que constituye costumbre administrativa, la cual nunca puede ir contra las normas existentes en el bloque de legalidad costarricense, pues como tajantemente indicara la Procuraduría General de la República:

“...En nuestro medio, por disposición expresa del artículo 129 de la Constitución Política y del artículo 8 del Código Civil, no es admisible la costumbre contra legem. Solo son permitidas las costumbre praeter legem y secundum legem. En el caso del Derecho Administrativo, nos expresa don Eduardo Ortiz Ortiz que, más que en ninguna otra rama del Derecho, la costumbre contra legem es imposible. “En ningún campo como en éste es necesario proteger la libertad y la seguridad del individuo, ante el poder público. El Estado desvirtuaría su propia función de mantenedor y garante de la seguridad jurídica si diera preferencia a la costumbre, sobre la ley, que es mucho más clara y precisa. Es el fundamento mismo de la costumbre el que determina la imposibilidad en que ésta se halla para derogar o modificar la ley...” OJ-030-2005. El subrayado es suplido.

Sin más acotaciones que hacer, se rinde el criterio solicitado.

Atentamente,

Original firmado { Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

ASESORÍA JURÍDICA

AJ-405-2011

10 de mayo del 2011

Señor

Rolando Bolaños Garita

Director

Dirección Administrativo Financiera

Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad (DINADECO)

Estimado señor:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos dirigimos en atención de su oficio DAF-037-11 de fecha 2 de mayo del 2011 en el cual nos consulta sobre el desarrollo que deben tener las siguientes situaciones:

“...Si un funcionario ingresa a esta institución con motivo de ascenso o traslado horizontal procedente de otra que igualmente se encuentra cubierta por el Régimen del Servicio Civil, ¿es dable que opere un addendum al contrato original de Dedicación Exclusiva a fin de hacer extensivo al incentivo tal y como lo disfruta en su institución de procedencia?”

Si un funcionario ingresa a esta institución con motivo de un traslado horizontal procedente de otra que no se encuentra cubierta por el Régimen de Servicio Civil, pero si por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria, ¿es dable que opere un addendum al contrato tal y como lo disfrutaba en su institución de procedencia?”



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, el 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 relación con la misiva anteriormente expuesta se hace de conocimiento del consultante que hace pocos días, el señor Director General de esta Institución, emitió el oficio número DG-767-2011 de fecha de 3 de mayo de 2011, en el cual se atendieron consultas referentes a la hoy presentada y en el que se dispuso entre otros puntos que:

“(...) referida a la contención del gasto público y en relación con uno de sus articulados el cual dispone:

“Artículo 5º—A partir de la entrada en vigencia de esta Directriz, no se suscribirán nuevos contratos de dedicación exclusiva con los profesionales del Sector Público. Esta regulación no aplica para las prórrogas de los contratos que se encuentren vigentes al momento de la publicación de esta Directriz.”¹⁷

Se nos consulta sobre la situación en que quedarían los funcionarios que tienen un contrato de dedicación exclusiva cuando los mismos ejecuten un movimiento de puesto sea un ascenso o descenso del mismo, se cuestiona si se continua o se pierde el pago en virtud de ese plus salarial.

Para determinar un resultado efectivo sobre los cuestionamientos solicitados, debe comprenderse y tenerse clara la naturaleza jurídica en la que se envuelven los

¹⁷ Directriz Ejecutiva N° 013-H, de los dieciséis días del mes de febrero del dos mil once y publicado en el diario oficial “La Gaceta” el día 04 de marzo de dos mil once.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

contratos de Dedicación Exclusiva con los servidores cubiertos por el Régimen de Méritos.

Indica el artículo 2 de la Resolución DG-254-2009 de las trece horas del doce de agosto de dos mil nueve:

*“**Artículo 2.-** La Dedicación Exclusiva bajo el Régimen de Servicio Civil, por su carácter contractual, requiere que sea pactada por un plazo determinado y obliga al servidor al ejercicio profesional únicamente a favor del órgano público con el cual labora y donde éste lo destaque. No podrá el servidor ejercer de manera particular, en forma remunerada o ad honorem, la profesión que ostenta y que constituye requisito para desempeñar el puesto que ocupe, ni otra actividad relacionada con ésta, con las excepciones que se indicarán. El Régimen de Dedicación Exclusiva permite una retribución económica a favor del servidor, convenida y en acuerdo con la Administración, por lo que ésta deberá procurar que se cuente con la disponibilidad presupuestaria que le da sustento, por el plazo expresamente previsto dentro del contrato o prórroga respectiva.” (Destacado no es original)*

Bajo esta normativa y refiriéndonos al termino jurídico de contratos tenemos que éste es un acuerdo de voluntades, en este caso particular escrito, manifestado en común entre personas con capacidad (partes del contrato), que se han obligado en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, que en ese tipo de contrato sería el ejercicio profesional del funcionario únicamente para el órgano público que contrata sus servicios, lo cual demanda del mismo ostentar una carrera universitaria con el correspondiente grado académico y que se encuentre debidamente acreditada, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca por tratarse de un contrato es bilateral.

El contrato, en general, tiene una connotación patrimonial y es parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. Es función elemental del contrato originar efectos jurídicos (es decir, obligaciones exigibles), de modo que a aquella relación de sujetos que no derive en efectos jurídicos no se le puede atribuir cualidad contractual.

El contrato de Dedicación Exclusiva podrá ser otorgado por los ministerios y demás entes pertenecientes al Poder Ejecutivo cubiertos por el Régimen de Servicio Civil concediendo la compensación económica correspondiente a cada caso y ya establecida por medio del artículo 3 párrafo segundo de la resolución DG-234-2009 ya citada, a favor de aquellos servidores cuya naturaleza del puesto que desempeñen corresponda al estrato profesional, gerencial o sus homólogos y siempre que a juicio de la Administración así lo amerite.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Bajo este panorama tenemos que la relación contractual debe cumplir con ciertos requisitos tanto de nivel académico y legales para el puesto, como requisitos de validez del contrato en si, pues ambas partes deberán ser responsables de vigilar el término de los contratos suscritos y previo a su vencimiento, deberá efectuarse una comprobación de que persisten las causas que motivaron a la Administración a la contratación exclusiva de la profesión comprometida en ese acto y si dicha condición se mantiene, así como el interés de que el ocupante continúe afecto al Régimen de Dedicación Exclusiva¹⁸, si todos estos elementos se encontrasen conformes se podrá tramitar la prórroga del mismo estableciendo un nuevo plazo, o en su defecto, una vez vencido el término, efectuar el trámite correspondiente para eliminar el porcentaje por dicho concepto, o bien, la firma de un nuevo contrato.

Ahora bien bajo la anterior inteligencia y claros los puntos que intervienen en la contratación por Dedicación Exclusiva, debe considerarse el aspecto de la motivación y fondo por el cual fue emitida la Directriz Ejecutiva N° 013-H del dieciséis de febrero de dos mil once, la cual consiste en la contención del gasto público, siendo esto así y de acuerdo con el lineamiento sobre la materia establecida en dicha directriz debemos de entender que si un funcionario posee un contrato de dedicación exclusiva y esta cercano el vencimiento del mismo siempre que permanezca en el puesto puede llevarse a cabo una prórroga del mismo. Distinto sería el caso de quién al ascender o descender del puesto que esta ocupando, y en cual cuenta con un contrato a su favor y que se encuentre vigente aun, ejemplo la siguiente situación:

El servidor A cuenta con un contrato de dedicación exclusiva que va desde el 10 de febrero de 2009 al 10 de de junio de 2011 y es ascendido a un puesto en abril de 2011, al trasladarse A mantendría su contrato de dedicación exclusiva pues el mismo se encuentra aún vigente, pero al finalizar éste el 10 de junio de 2011 y si de encontrar la Administración que se modificó algún elemento que motivó que se realizara el contrato como objeto de la contratación (sea que en el contrato original era la dedicación de una especialidad x para la realización de un determinado acto propio de las labores del puesto), partes, etc., ya no cabría una prórroga para el mismo; sino un nuevo contrato lo cual y por la disposición de la Directriz que nos tiene en estudio no puede ser permitido. “

Adicionalmente debemos indicar que en la Directriz emitida por los Ministerios de la Presidencia y Hacienda, van dirigidos a todo el sector público por lo que debe de atender la Administración activa los

¹⁸ Artículo 6, Resolución DG-2034-2009



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

casos concretos que se presenten y que mantengan relación con las argumentaciones supra citadas para la debida determinación de la procedencia de llevar a cabo una prorroga¹⁹ a los contratos de dedicación exclusiva existentes o de la suspensión del mismo, atendiendo la normativa indicada tanto en la Resolución DG-234-2009, como en el interés real que se contiene en la Directriz N° 013-H, además deben de ser fiscalizadores y analizar si los aspectos contenidos en los contratos iniciales se mantienen al ser trasladados los puestos a otra institución, pues si de no comprender los mismos motivos que dieron inicio al contrato en la nueva dependencia, se requeriría un nuevo contrato y ante esto debe ser atendido el contenido de la Directriz ya citada.

Atentamente,

Original firmado{ Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-466-2011
8 de junio del 2011

Ingeniera
Laura Ureña Naranjo
lurena@inciensa.sa.cr

Estimada señora:

¹⁹ Mediante addendum



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su consulta remitida a este despacho por medio de correo electrónico el día 25 de mayo del presente año, en el cual se plantean las siguientes interrogantes:

1.- *“Según el Manual de Clases Anchas (...), los requisitos legales para un profesional 1-A y 1-B son: (...) Incorporación al Colegio Profesional respectivo, en los casos en que dicha entidad lo exija para el ejercicio del correspondiente grado profesional”. Se requiere aclaración sobre este requisito en particular.*

2.- En relación con los requisitos para el pago del incentivo por concepto de carrera profesional, señala la consultante que: *“En ningún momento se solicita el estar colegiado, es éste un requisito implícito por los requisitos (sic) legales del puesto?”*

3.- De conformidad con el artículo 3 de la Resolución DG-254-2009, se pregunta: *“Si un bachiller saca una maestría y cumple con los requisitos se le puede conceder el pago de un 55% en lugar del 20%? Conforme los requisitos que se exigen para la aplicación del régimen de dedicación exclusiva (Artículo 4, Resolución N° DG-254-2009), en donde se señala “...d) Poseer la incorporación al Colegio Profesional respectivo, cuando exista esta entidad en el área correspondiente...”, se consulta: “...a qué se refiere la frase cuando exista esta entidad en el área correspondiente? (...)Qué sucede cuando un colegio profesional no existe para poder inscribir una maestría en específico? Quién me puede indicar a qué colegio debe afiliarse una maestría? (sic) o esto es una interpretación de cada Unidad de Recursos Humanos?...”*

Sobre los temas traídos a estudio, y previo a los argumentos que esta Asesoría Jurídica considera importante señalar al respecto, conviene indicar a la consultante, que en aras de respetar el ámbito de competencias de las diferentes sedes administrativas, los puntos en discusión serán abordados desde una perspectiva jurídica general, analizando la normativa que le pudiera ser aplicable, de manera que se constituya en marco orientador para la búsqueda de una



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

respuesta adecuada a los mismos, correspondiéndole a la administración activa, la atención del caso concreto.

Con este preámbulo, abordamos la primera interrogante, indicando que, efectivamente, el Manual de Clases Anchas y sus modificaciones parciales, entre ellas la establecida mediante la Resolución DG-279-2007 de las 8:00 horas del 29 de noviembre del año 2007, señala como parte de los requisitos exigidos en las clases de puesto Profesional de Servicio Civil 1 Grupo A y Profesional de Servicio Civil 1 Grupo B, la “incorporación al Colegio Profesional respectivo, en los casos en que dicha entidad lo exija para el ejercicio del correspondiente grado profesional”.

Con base en el anterior requisito, encontramos que la Ley Orgánica o de creación de los Colegios Profesionales establecen taxativamente, la obligatoriedad o no de incorporación a dichos entes como requisito “sine qua non” del ejercicio profesional en el área respectiva y para el grado profesional que así se indique. De esta forma, se entendería que si la ley constitutiva del Colegio Profesional de que se trate, exige este requisito para el ejercicio de la profesión, según el grado que, precisamente, se establece como requisito en el Manual de Clases Anchas de la Dirección General de Servicio Civil, tendríamos como consecuencia inevitable, el cumplimiento de dicho requisito a fin de ocupar el puesto a que se aspira y por el cual se está ofertando.

En cuanto a su segunda pregunta, evidentemente su respuesta es consecuencia de la anterior, en el sentido de que a todas luces se puede concluir que si el puesto al cual se aspira ocupar exige un grado profesional mínimo, mismo que a su vez requiere, obligatoriamente, estar debidamente incorporado al Colegio Profesional respectivo a efectos de poder ejercerlo, dicha colegiatura se encuentra contemplada dentro de los requisitos, en este caso, para ocupar un puesto a través del cual, posteriormente, se le va a reconocer el incentivo por carrera profesional. Así las cosas, si para ocupar un puesto profesional dentro de la Administración Pública, no se requiere el cumplimiento de estar incorporado a un Colegio





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Profesional como exigencia para el ejercicio de esa determinada profesión, consecuentemente, no tiene por qué exigirse la presentación de dicha colegiatura a efectos de que se reconozca el plus salarial correspondiente al otorgamiento de puntos por concepto de carrera profesional; es decir, se supone que el requisito es inherente al puesto para el cual se está solicitando el reconocimiento del mencionado incentivo salarial.

Sobre este particular, esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado²⁰ en casos anteriores señalando que:

“... Si bien es cierto, dichos requisitos se encuentran contemplados para el ingreso de servidores al Régimen de Méritos, que valga agregar, son exigidos también para efectos de carrera administrativa, según lo dispone el párrafo final del artículo 9 del Reglamento citado, es más cierto aún que ello puede también ser exigido para efectos del otorgamiento de pluses salariales a puestos profesionales en los que se exija la colegiatura, afirmación que deviene en primer lugar, de la concatenación de requisitos legales relativos al puesto, que crean una relación de accesoriedad entre ellos²¹, pues si por ejemplo, para el pago de Carrera Profesional se requiere ser profesional, y el puesto de profesional que “x” funcionario ocupa requiere a su vez, por mandato del respectivo Manual Clasificador y posiblemente de una ley, el estar colegiado, el incumplimiento de este requisito implicaría, entre otras cosas, el no pago del citado plus.

Esta tesis también puede sustentarse en el principio básico de legalidad administrativa estatuido por el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública y su homónimo constitucional, mediante el cual la Administración únicamente puede actuar dentro del marco que le fija la ley (entiéndase este criterio de manera amplia a fin de

²⁰ Refiérase al Oficio AJ-553-2009 del 15 de octubre del 2009.

²¹ A grandes rasgos, la relación existente entre la relación de empleo y el pago de pluses salariales es, sin lugar a dudas, claro ejemplo de la accesoriedad, en donde el segundo depende de la existencia del primero.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

abarcando todas las disposiciones normativas que forman el bloque de legalidad costarricense).

En este sentido debe hacerse notar que la gran mayoría de las normas que crean los sobresueldos establecen claramente los requisitos que deben ser cubiertos por el servidor, incluyéndose, de manera directa o indirecta, la necesidad de encontrarse colegiado cuando así sea exigido, para este caso sirva de ejemplo lo dictaminado por el artículo 4 inciso d) de la Resolución DG-254-2009 de la Dirección General de Servicio Civil, la cual regula lo referente a la Dedicación Exclusiva, (...).

Esta misma posición, en tanto afecta la relación de empleo misma y el cumplimiento de requisitos para el desempeño del puesto, podría hacerse extensiva a otro tipo de pluses salariales, destacando al caso el de Carrera Profesional, supuesto sobre el cual ya esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado al indicar en lo atinente que:

“...Entrando en la materia consultada hemos de referir en primer término que el incentivo por Carrera Profesional, surte sus efectos desde que se obtiene el grado académico de Bachiller Universitario, y avanza paulatinamente según el grado académico que vaya obteniendo el servidor en procura de mejorar la excelencia en su formación y capacitación, de conformidad con lo que dispone en el numeral 1° de la Resolución DG-080-96, de las ocho horas del tres de octubre de mil novecientos noventa y seis.

Es de mérito traer a colación en lo que respecta a la consulta, que para ser acreedor del reconocimiento o incentivo de carreras, es de imperativo obligatorio cumplir con una serie de requisitos previamente dispuestos en el ordenamiento jurídico, en el numeral 3 de la Resolución de cita, los cuales son los siguientes (...)

Si el servidor no cumple con los requisitos supra citados, no es jurídica ni técnicamente procedente el reconocimiento del incentivo por Carrera Profesional; de igual forma para tener opción al pago de la compensación económica, debe presentarse el título o la respectiva certificación de la Universidad que le acredite como tal...”



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Su tercera y última interrogante contempla varias vertientes de análisis, que en resumen se encuentran orientadas a parte de lo contenido en el artículo 3 y numeral 4, inciso d) de la Resolución DG-254-2009, emitida por la Dirección General de Servicio Civil a las trece horas del doce de agosto de dos mil nueve, mismas que pasamos a transcribir en lo que interesa para el presente caso:

“...Artículo 3.- (...) Para tales efectos se otorgarán porcentajes, sobre el salario base, de un 20% para los que poseen el grado académico de Bachiller Universitario y un 55% para los que ostenten el grado de licenciatura u otro superior.

Artículo 4.- Para acogerse y continuar disfrutando del Régimen de Dedicación Exclusiva, el servidor debe cumplir con los siguientes requisitos:

(...)

d) Poseer la incorporación al Colegio Profesional respectivo, cuando exista esta entidad en el área correspondiente...”

Bajo los preceptos normativos supra transcritos, podríamos decir que, como bien lo manifiesta la consultante, si una persona que ostenta el grado académico de bachiller universitario y obtiene posteriormente el grado académico de máster en una disciplina o área determinada del conocimiento científico, puede, una vez cumplidos los requisitos legales correspondientes, hacerse acreedora al pago de dedicación exclusiva, si así lo ha acordado con la Administración, para cuyos efectos, resultaría procedente el reconocimiento del 55% sobre el salario base, siempre y cuando lo determine de esta manera el estudio correspondiente que deberá realizar la Oficina de Recursos Humanos respectiva, en relación con las condiciones y verificación de requisitos, según sea el caso particular de que se trate.

En esta línea y siempre sobre el mismo tema, se puede entender con meridiana claridad que, al exigir la norma *“...Poseer la incorporación al Colegio Profesional respectivo, cuando exista esta entidad en el área correspondiente...”*, deviene en un requisito



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

indispensable e insoslayable de cumplir, en el sentido de que mientras se pueda determinar, fehacientemente, la existencia de un Órgano Colegiado que regule el ejercicio profesional del servidor conforme a su formación académica, deberá, necesariamente, aportarse las certificaciones que correspondan, a fin de acreditar la debida incorporación a esta forma de organización gremial; de manera tal que, como bien reza la norma, en tanto no exista la entidad mencionada, que al amparo de su ley constitutiva pueda incorporar profesionales en cualesquier área profesional y bajo distintos grados académicos, no podrá, ante dicha imposibilidad material, hacerse exigible el cumplimiento de dicho requisito para efectos de reconocimiento del régimen de dedicación exclusiva.

Conforme lo dicho anteriormente, es responsabilidad exclusiva del servidor interesado, el revisar toda la información atinente a las áreas de formación académica universitaria, una vez tomada la decisión de iniciar o continuar estudios a nivel superior, como por ejemplo planes de estudio, mercado para el ejercicio profesional, existencia de colegios profesionales que regulen el quehacer de personas formadas en las distintas disciplinas científicas, entre otras; de esta manera, la consulta sobre la eventual posibilidad de acreditar un grado profesional de maestría ante un Colegio de Profesionales llamado a regularla, deberá ser formulada directamente a dicha organización profesional, basado en lo que establezca su propia ley constitutiva.

Finalmente, y para mayor abundamiento sobre el tema de las incorporaciones a Colegios Profesionales, según los grados académicos que ostenten los oferentes, así como la procedencia o no de reconocer los pluses salariales de dedicación exclusiva o prohibición, hemos de indicarle que esta sede administrativa ha vertido recientemente criterio técnico jurídico mediante el Oficio AJ-869-2010, fechado 25 de octubre del año 2010, donde se señaló, en lo que interesa, lo siguiente:

“... Dentro del Manual de Clases propuesto por la Dirección General de Servicio Civil se encuentra para el estrato profesional que se cuente para los puestos allí detallados con el requisito legal de



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

“incorporación al Colegio Profesional respectivo, en los casos en que dicha entidad lo exija para el ejercicio legal del correspondiente grado profesional”, de modo que debemos aclarar que en aras de no promover el ejercicio ilegal de la profesión, si el puesto establece como requisito la incorporación a un Colegio Profesional, éste no podrá ser obviado, salvo que no exista Colegio Profesional al cual pueda incorporarse el servidor.

Sobre la materia en consulta, esta Asesoría Jurídica ha emitido criterio, señalando mediante el oficio número AJ-187-2003, lo siguiente:

“... Del análisis que antecede, se desprende que todo servidor que ocupe un puesto dentro de la Administración Pública de clase profesional que exija el grado académico de Licenciatura, debe de contar con la incorporación al respectivo Colegio Profesional, si éste existe, toda vez que dicho acto responde a un requisito de legalidad para el ejercicio de la profesión tanto en el sector público como privado.”

*Como puede apreciarse, ha sido criterio sostenido por esta Asesoría Jurídica, que el requisito de incorporación a un Colegio Profesional debe ser posible, es decir, que exista posibilidad objetiva de cumplimiento por parte del sujeto, pues de lo anterior se infiere que ante la inexistencia de Colegio Profesional, el requisito de incorporación se torna imposible de ser cumplido y en ese sentido, se hace manifiesta la regla *impossibilium nulla obligatio est* (no hay obligación de lo imposible) o, formulada en otros términos *ad impossibilia nemo patitur* (Nadie está obligado a lo imposible).*

Así las cosas, la exigencia de incorporación a un Colegio Profesional deberá determinarse de conformidad con los requisitos indicados para el puesto en el Manual de Clases o bien Manual de Puestos Institucional, cuando éste exista en el área correspondiente.

Ahora bien, referido a si el agremiado ha de incorporarse de acuerdo al status respectivo con el que cuente, es un asunto meramente de trámite interno que le corresponde al Colegio



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Profesional respectivo si existen directrices o políticas internas que así lo requieran, sobre este tipo de disposiciones internas ha señalado la Procuraduría General de la República en su opinión jurídica N° OJ-045-2003 del 18 de marzo del 2003, en donde concluyen lo siguiente:

“... el grado académico que ostente el servidor no es el relevante para el pago de la compensación, siempre que ese grado académico le permita, de acuerdo a(sic) la profesión que ostente, y a las reglas que rigen su ejercicio profesional, ejercer liberalmente su profesión. Habrá Colegios Profesionales cuyas normas admitan el ejercicio de la profesión con el grado académico de bachiller universitario, otros con el de licenciatura, etc. Por ello, lo que realmente interesa, es que el servidor que realice funciones de auditoría, esté habilitado para el ejercicio liberal de su profesión, y que se vea impedido para hacerlo por la prohibición que se analiza, en cuyo caso, se hará acreedor al pago de la compensación del 65% sobre su salario base.”

Esto por cuanto las competencias atribuibles a dichos organismos al igual que por ejemplo las asignadas a esta Dirección General son únicas, exclusivas y excluyentes unas de otras, de modo que por un lado es deber y compromiso de las Áreas de Recursos Humanos encargadas de realizar los trámites de nombramientos, el verificar si el oferente que pretende laborar en un puesto de la Administración Pública, cuenta a la hora de su ingreso con todos los requisitos técnicos y legales que se disponen en el Manual de Clases elaborado a tal efecto, correspondiéndole por otro lado al Colegio Profesional, identificar si el mismo se encuentra o no incorporado con el correspondiente grado académico que ostente, si existe alguna disposición interna de la institución que haga obligatorio o que requiera que los agremiados a éste deban de actualizar su nivel académico ante esta instancia, como se cito supra.

Según lo ha sostenido anteriormente la Procuraduría General de la República²², al Estado le corresponde velar por el derecho

²² En su pronunciamiento número C-055-2001 del 27 de febrero de 2001. |





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

fundamental al ejercicio de la profesión²³, y además el ejercer el control sobre determinadas profesiones tituladas, facultad ésta última que ha sido delegada, conforme a la Ley, en organizaciones corporativas: los Colegios Profesionales. El Estado delega en los Colegios Profesionales el cumplimiento de determinadas funciones públicas, relacionadas con la vigilancia, disciplina y fomento de la actividad de

los agremiados, a la par de las tareas dirigidas al puro interés particular de sus miembros, tomados tanto singularmente como la colectividad sectorial.

Cada institución -sea el Colegio Profesional respectivo y la Unidad de Recursos Humanos- con respecto al área específica de su competencia, están llamados a analizar el cumplimiento de los requisitos académicos necesarios y obligatorios para incorporación de los nuevos profesionales, no solo desde el punto de vista formal sino también de manera sustancial, lo cual supone, en aras del estricto cumplimiento de la ley, una imprescindible colaboración y coordinación entre ambos, lo que además admite una nueva visión del principio de legalidad, complementado con la exigencia de eficiencia, de manera que toda actividad administrativa que se requiera en ejercicio de atribuciones públicas, para que sea legítima y admisible, además de coincidir con la ley, deberá ser eficaz para alcanzar los objetivos que le hayan sido fijados por el ordenamiento, redundando así positivamente en la obtención del bienestar general.

²³ Si bien es cierto que la Constitución Política costarricense no consagra expresamente la libertad profesional, según lo ha estimado la Procuraduría General, esa libertad puede deducirse de la conjunción de varios derechos constitucionales, tal como sucede con la libertad de contratación, y tiene como contenido esencial el derecho de elección de la profesión y el derecho de ejercicio de la actividad profesional escogida. (Véase al respecto el dictamen C- 054-2000 de 17 de marzo de 2000). Y cabe advertir, que ese carácter de libertad fundamental ha sido reconocido por la Sala Constitucional, en sus resoluciones N^os. 1626-97 de 15:21 hrs. del 18 de marzo de 1997 y 7123-98 de 16:33 hrs. del 6 de octubre de 1998.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Con respecto al requisito de incorporación para el pago de los pluses salariales de Dedicación Exclusiva y Prohibición resolvió la Procuraduría General de la República en su dictamen número C-144-2007:

“...En fin, se extrae de lo expuesto, que el pago de la compensación económica en favor de determinados servidores públicos, solamente se justifica en los casos en que la prohibición a la que estén sujetos, les irroque un perjuicio económico, y además, que ese pago esté claramente autorizado por una norma legal.”

Así las cosas, debe tenerse presente que el pago de la compensación económica a favor de determinados servidores públicos se justificará en aquellos casos en que la prohibición que se impone lleve consigo la posibilidad de generar un perjuicio, ya que la misma es de carácter indemnizatorio.

Es menester de esta Procuraduría aclarar que se entiende como profesiones liberales “... aquellas que, además de poderse ejercer en el mercado de servicio en forma libre, es necesario contar con un grado académico universitario y estar debidamente incorporado al respectivo colegio profesional, en el caso de que exista. En otras palabras, las profesiones liberales serían aquellas que desarrolla un sujeto en el mercado de servicios, el cual cuenta con un grado académico universitario, acreditando su capacidad y competencia para prestarla en forma eficaz, responsable y ética, y que está incorporado a un colegio profesional²⁴”.

Sobre el tema y retomando la supra citada opinión jurídica N° OJ-045-2003 del órgano consultor del Estado del 18 de marzo del 2003 además se expone:

“Como se advierte, este régimen de prohibición está concebido única y exclusivamente para el ejercicio de profesiones liberales, mas no para cualquier otra ocupación respecto de la que puede ostentarse

²⁴Procuraduría General de la República oficio OJ-076-2003 del 22 de mayo del 2003





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

un grado profesional, pero que no conlleva una actividad susceptible de ser ejercida en forma liberal (...)

En vista de lo expuesto, lleva razón el criterio legal aportado en su consulta, cuando concluye que para los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la Ley N° 8422²⁵, el grado académico –así como su incorporación al colegio profesional, cuando así corresponda, agregamos nosotros– es un requisito indispensable para la aplicación del régimen de prohibición, de ahí que no es posible jurídicamente extender este régimen a los funcionarios que no estén habilitados para el ejercicio liberal de una profesión (...)”

Bajo los supuestos anteriormente señalados se desprende que es requisito para el reconocimiento del pago por concepto de prohibición y dedicación exclusiva que el oferente o servidor cuente con su respectiva incorporación al Colegio Profesional según sea su especialidad si existiera órgano para hacerlo y que en definitiva es requisito que quienes ocupen o sean candidatos para ocupar un puesto profesional dentro de la Administración Pública cuenten con dicha incorporación si así lo requiere el Manual de Clases y siempre en acato de los requisitos legales ahí entablados y bajo las disposiciones contempladas dentro del mismo. Las demás implicaciones y supuestos deberán entenderse sobre los argumentos señalados...”

Con estas consideraciones finales, damos por emitido el criterio jurídico solicitado.

Atentamente,

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

²⁵ Ley 8422. Contra el Enriquecimiento Ilícito y la Corrupción en la Función Pública.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-522-2011
06 de julio de 2011

Licenciada
Kattia Zamora Campos
Área Auditoría de Servicios de Seguridad Ciudadana
Ministerio de Seguridad Pública
S. O.

Estimada Licenciada:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio sin número de fecha 23 de junio del 2011, recibido en este Despacho el 28 de junio del año en curso, por medio del cual solicita se le indique si por derecho podría solicitar a la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Seguridad Pública, se le aplique lo mencionado en el Oficio de Gestión N° 05-2009 emitido por esta Dirección General, referido a Dispensa de



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Requisitos, en razón de que le faltan seis meses para cumplirlos para que el puesto sea reasignado de Profesional de Servicio Civil 2 a Profesional de Servicio Civil 3, especialidad Auditoría.

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, de ahí que no resulte procedente atender estos casos hipotéticos planteados. Sin embargo, 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 lo que respecta al funcionamiento y organización de las Auditorías Internas, tal y como se indicó en el Oficio AJ-832-2004, emitido por este Despacho, “... las auditorías internas están conformadas por el auditor y subauditor por un lado, quienes están al amparo de un régimen distinto al Régimen de los demás servidores de la auditoría, que son los que integran la otra parte de la estructura de la oficina en cuestión. Los primeros están bajo las disposiciones que demande el máximo jerarca al amparo de lo dispuesto para esos efectos por parte de la Contraloría General de la República, los segundos se encuentran en lo que respecta al funcionamiento, sujetos a las disposiciones legales y generales que emita el auditor interno en cuanto a la organización y funcionamiento, y al amparo del Régimen de Servicio Civil, en la materia propia de este Sistema especial...”²⁶

Ahora bien, los Auditores Internos, son los responsables de asignar las funciones y responsabilidades distintas a las que venía desarrollando un funcionario de esa Unidad, pero deben velar porque se cumpla con las condiciones y requisitos establecidos en el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, tal es el caso de la

²⁶ Queda claro que de acuerdo con lo que dispone la ley número 8292, publicada en el Diario Oficial La Gaceta 169 del 4 de setiembre del 2002, denominada Ley General de Control Interno, los auditores y subauditores internos de los ministerios y organismos adscritos, quedan exceptuados del Estatuto de Servicio Civil





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

aplicación del Artículo 118 del citado cuerpo jurídico, que establece lo siguiente:

“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 que, los Auditores Internos deben informar al jerarca o jefe autorizado de la institución, para que determine si las funciones a cargo del titular del puesto se van a consolidar o si por el contrario, se devuelve al estado original.²⁷ En caso de autorizarse la consolidación, debe mediar al menos seis meses desde el inicio de estas nuevas funciones y responsabilidades a la solicitud de reasignación respectiva, debiendo informarlo así a la Oficina de Recursos Humanos para que ésta determine la factibilidad de tramitar la reasignación del puesto cuando corresponda.

Según lo dispuesto en el artículo supra indicado, antes de que el jefe de una unidad decida cambiar las funciones y responsabilidades a un determinado puesto, debe contar con el visto bueno del jerarca o jefe autorizado para determinar si resulta factible realizar la consolidación de los cambios que se proponen, los cuales deben estar sustentados también en lo dispuesto por el artículo 110 del citado Reglamento, de manera tal que obedezcan más a un asunto de ajuste en los objetivos y/o procesos de trabajo que impliquen la obtención de

²⁷ Así fue indicado por esta Asesoría Jurídica mediante el oficio número AJ-832-2004.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

productos o servicios más eficientes, por parte de la unidad administrativa de que se trate.

Por su parte, el jefe autorizado de avalar los cambios podrá solicitar de previo, el criterio de la Oficina de Recursos Humanos, quien con base en el estudio de los componentes básicos de análisis ocupacional, tales como comprobar el cambio de objetivos y/o procesos de trabajo, el estrato ocupacional en que supuestamente se ubicaría el puesto objeto de análisis, claro está, en caso de aprobarse el cambio en sus tareas, así como el cumplimiento de los requisitos que señala el Manual Descriptivo de Clases y por último, una certificación extendida por la Unidad de Recursos Humanos, en que se indique que existe el contenido presupuestario para solventar la reasignación pretendida, y si está dentro de las proyecciones establecidas, con el fin de no comprometer recursos públicos. Cumplido el plazo de consolidación, deberán solicitar a la Unidad de Recursos Humanos, el formulario de análisis ocupacional para el estudio del puesto.

Ahora bien, en relación con algunas normas sobre reasignaciones, el Artículo 111, inciso c) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, establece entre otras cosas lo siguiente:

“... La reasignación solo podrá efectuarse si se cumplen los requisitos técnicos señalados en el artículo anterior y el servidor titular del puesto reúne los requisitos que para la clase recomendada señala el Manual respectivo, salvo casos de excepción contemplados en la normativa que para tal efecto dicta la Dirección General.”

El artículo indicado supra, prevé la excepcionalidad señalada y así, esta Dirección General emitió la normativa al respecto, mediante



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

el Oficio Circular número Gestión 008-99 del 12 de febrero de 1999, denominado: Normativa para la Presentación de la Excepcionalidad del Artículo 111 inciso c) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. Posteriormente, fue modificada por el Informe Técnico IT-EOT-068-2003 del 23 de julio de 2003, ajustándola a la realidad vigente y plasmada en la Resolución DG-414-2003 de fecha 6 de octubre de 2003.

El artículo 1º de dicha resolución establece entre otras cosas, lo siguiente:

“ ... Para efectos de estudios de reasignación de puestos regulados por el Régimen de Servicio Civil, la falta de requisitos académico y/o de experiencia exigida por la clase de que se trate, podrá ser objeto de aplicación discrecional de la excepcionalidad de requisitos contemplada en el inciso c) del artículo 111 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (dispensa de requisitos) por parte de la instancia competente, previo análisis de toda la información disponible relacionada con el servidor, así como de la verdadera conveniencia institucional de otorgar dicha dispensa, tal que justifique el carácter excepcional de este tipo de trámites, de conformidad con lo respectivamente indicado en los siguientes artículos ...”

De acuerdo con lo indicado en esta norma, ***la falta de requisitos académico y/o de experiencia exigida por la clase de que se trate***, son los únicos aspectos que se pueden considerar ***vía excepción***, para efectos de solicitar dispensa de requisitos, de que habla el artículo en mención para que, en caso de ser positivo, proceder con el estudio de reasignación correspondiente.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Por otra parte y en el mismo orden de ideas, el artículo 3º de la normativa indicada supra, establece:

“ ... En ningún caso podrá dispensarse el título o grado profesional requerido, la incorporación a colegios profesionales (cuando estos existan para la respectiva rama de actividad), ni los demás requisitos legales exigidos por las correspondientes clases, cargos o Especialidades...”

Así las cosas, y en lo que se refiere a la “consolidación” propiamente dicha, no existe norma aplicable al respecto para su excepción o dispensa. Por tal razón, y de acuerdo con el procedimiento establecido, debe cumplirse lo dispuesto en el artículo 111 inciso a) que señala:

“ ... Los cambios operados en las tareas, actividades y responsabilidades que conforman los puestos, producto de las modificaciones en los objetivos y o procesos de trabajo de las unidades donde se ubican, tienen que haberse consolidado debidamente y por ello, debe mediar entre el inicio de dichos cambios y la presentación de la solicitud de reasignación o el estudio de oficio que hace la Oficina de Recursos Humanos, un período no menor de seis meses ...” (El subrayado no pertenece al original).

En conclusión debemos manifestar que el procedimiento para efectos de solicitar reasignación de puestos, en apego al artículo 110



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, debe seguirse tal y como está establecido en el cuerpo normativo que regula esta materia y para casos excepcionales, como la dispensa de requisitos, se tenga presente la regulación al respecto, emitida por esta Dirección General, que como se desprende de la misma, regula dos elementos importantes, a saber, la falta de requisitos académicos y/o de experiencia exigida por la clase de que se trate.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Margarita Rodríguez Soto

Licda. Margarita Rodríguez Soto

Asesoría Jurídica

AJ-438-2011
24 de mayo de 2011

Magister
Maricela Tapia Gutiérrez
Subdirectora General



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se emite el criterio jurídico correspondiente, en relación con el alcance de la Ley N° 8862, denominada “Inclusión y Protección Laboral de las personas con discapacidad en el Sector Público”, del 16 de setiembre del 2010, publicada en La Gaceta N° 219 del 11 de noviembre de ese mismo año.

La consulta versa sobre los siguientes aspectos:

- a) Corresponde aplicar la citada ley exclusivamente en aquellos casos concernientes al ingreso del funcionario al servicio público, o en su defecto, debe hacerse extensivo a la carrera administrativa.
- b) Hasta dónde llega las competencias de la Dirección General de Servicio Civil y del Consejo Nacional de Rehabilitación, con respecto a la asesoría que recibirán las instituciones y órganos públicos cubiertos por el Régimen Estatutario, en la temática regulada por la citada Ley N° 8862.

Como punto de partida del análisis que se hará en torno a la temática consultada, conviene traer a colación, previamente, el texto completo del artículo único contenido en el cuerpo legal de referencia; indica la norma de comentario, en lo que interesa, lo siguiente:

“...En las ofertas de empleo público de los Poderes del Estado se reservará cuando menos un porcentaje de un cinco por ciento (5%) de las vacantes, en cada uno de los Poderes, para que sean cubiertas por personas con discapacidad siempre que exista oferta de empleo y se superen las pruebas selectivas y de idoneidad, según lo determine el régimen de personal de cada uno de esos Poderes...”

De la literalidad del texto supra transcrito, se deduce que la norma establece una disposición a través de la cual se exige a los Poderes del Estado, (independientemente del régimen de empleo público que los cobija), reservar una cuota del 5% de las vacantes



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

existentes en el sector público, a fin de que sean ocupadas por personas que presentan alguna situación especial de discapacidad. Con esto se entendería, que al referirse a una oferta real de empleo y al cumplimiento de requisitos que permitan comprobar, fehacientemente, la idoneidad de los oferentes y por lo tanto la posibilidad de integrar un registro de elegibles, supone sin lugar a dudas, un proceso evidentemente de ingreso al sector público.

La anterior disposición se encuentra contenida, en el caso del Régimen de Méritos, en el artículo 15 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil²⁸, en donde se adiciona el párrafo final del mismo mediante el Decreto Ejecutivo número 34135 del 3 de diciembre del 2007, publicado en La Gaceta N° 243 del día 18 del mismo mes y año, y cuyo principal referente y sustento normativo lo encontramos en la Directriz N° 22 del 3 de diciembre del año 2007, dictada en forma conjunta por el entonces Presidente de la República, el Ministro de la Presidencia, el Ministro de Coordinación Interinstitucional y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Con posterioridad a esta normativa, se dicta por parte de la Dirección General de Servicio Civil la Resolución DG-234-2008 de las 8:00 horas del 15 de mayo del 2008, y el Oficio Circular DG-002-2009, de fecha 2 de febrero del 2009, mediante las cuales se trata de implementar la aplicación obligatoria de tales disposiciones, estableciendo para ello los “procedimientos para la conformación y uso de los registros de elegibles paralelos especiales”. En tales disposiciones, se contempla, de igual manera, el cumplimiento de los requisitos exigidos para el ingreso al Régimen de Méritos, entre ellos, la aplicación del período de prueba, de conformidad con el inciso a) del artículo 31 del Estatuto de Servicio Civil.

Como se puede ver, la escueta Ley N° 8862, antes citada, establece la obligatoriedad que tienen las instituciones del Sector Público, de “reservar” un cupo del 5% de las vacantes para personas

²⁸ Decreto Ejecutivo N° 21 del 14 de diciembre de 1954.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

especiales que demuestren²⁹ tener algún tipo de discapacidad, y que pretendan ingresar al servicio del Estado. Ante esta inteligencia, se podría decir con certeza, que la norma no es de aplicación para efectos de carrera administrativa, en razón de que muchas de estas personas pudieron, eventualmente, ingresar al sector público accediendo a un cupo de la mencionada cuota, de manera que, volver a aspirar a un nuevo puesto mediante este procedimiento una vez que son funcionarios regulares, supondría la concesión de beneficios desproporcionados y alejados de cualquier trato equitativo con otros funcionarios oferentes.

Nótese que las personas con alguna discapacidad comprobada que actualmente integran la planilla pública ocupando puestos en propiedad, tienen las mismas posibilidades de participar con otros servidores de la institución respectiva, en los concursos internos para

llenar vacantes en propiedad, por ejemplo en ascensos. Bajo esta premisa se entendería entonces, que la prerrogativa que establece la Ley N° 8862 de repetida cita, está dirigida fundamentalmente a personas que ostentando la condición especial descrita, desean ingresar al régimen de empleo público.

En relación con la segunda parte de la consulta, referente a la competencia que tiene la Dirección General de Servicio Civil alrededor de la citada Ley 8862, hemos de decir que dicho cuerpo legal establece responsabilidades en materia de discapacidad que no trasciendan en mucho las funciones regulares que esta dependencia está llamada a cumplir, conforme lo establece la Ley N° 1581 del 30 de mayo de 1953 y su Reglamento, buscando con ello que esta Dirección General al igual que las demás instituciones y organismos públicos, generen acciones que tiendan a promover, informar y sensibilizar a los funcionarios cubiertos por el Régimen Estatutario en esta importante temática, de manera que no se convierta en un asunto tabú, ni mucho

²⁹ Mediante certificación emitida por las autoridades competentes de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

menos discriminatorio. En este sentido se pretende que los servidores tengan claro que existe un porcentaje de la población nacional que experimenta situaciones especiales, catalogadas como discapacidades en diferentes grados, pero que como seres humanos que ostentan estas condiciones particulares, tienen los mismos derechos y obligaciones que otras personas que aspiran poder insertarse laboralmente al sector público.

Como se podrá recordar, la normativa en materia de discapacidad es realmente abundante, al igual que la existencia de comisiones e instituciones especializadas en el tema, tanto en el ámbito público como privado. En este contexto y sin lugar a dudas, el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial (CNREE), se erige como la institución rectora en materia de discapacidad del país, constituyéndose no solo en el referente más importante en esta

área de trabajo, sino fundamentalmente, en la organización con la que se debe coordinar todas las acciones relativas al tema de discapacidad, desplegadas por las instituciones y organismos públicos y privados de nuestro país.

Lo anterior encuentra sustento jurídico en su Ley constitutiva N° 5347 del 3 de setiembre de 1973, que en lo que interesa señala:

“...Artículo 1º.- Créase el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, encargado de orientar la política general en materia de rehabilitación y Educación Especial, en coordinación con los Ministerios de Salubridad Pública, Educación Pública, Trabajo y Seguridad Social, así como la planificación, promoción, organización, creación y supervisión de programas y servicios de rehabilitación y educación especial para personas física o mentalmente disminuidas, en todos los sectores del país,

Artículo 2º.- El Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, tendrá las siguientes funciones:

A) Servir de instrumento coordinador y asesor entre las organizaciones públicas y privadas que se ocupen de la rehabilitación y la



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

educación especial...” (El subrayado no pertenece al documento fuente)

En esta misma línea, en enero del año 2001, se publica la Directriz N° 27 firmada por el entonces Presidente de la República y el Ministro de la Presidencia respectivo, dirigida a todas las instituciones públicas, conteniendo diversas disposiciones en materia de discapacidad, a fin de dar cumplimiento, fundamentalmente, a los mandatos de la Ley N° 7600, denominada “Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, del 2 de mayo de 1996, vigente desde la fecha de su publicación, el 29 de mayo del mismo año. En dicha Directriz, se señala una serie de disposiciones

que deben cumplir “todas” las instituciones públicas, las cuales, por su importancia para el presente caso, se transcriben a continuación:

“...1º.-Todas las instituciones públicas deberán:

- ◆ Conformar y consolidar las Comisiones Institucionales en Materia de Discapacidad, y rendir cuentas sobre su funcionamiento al Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial.
- ◆ *Definir políticas institucionales en materia de discapacidad. Definir planes y presupuestos institucionales de corto, mediano y largo plazo en materia de discapacidad.*
- ◆ *Propiciar mecanismos ágiles de información veraz, comprensible y accesible a los diversos tipos de discapacidad.*
- ◆ *Promover dentro de todo comunicado institucional construcción de una imagen social real y positiva de las personas con discapacidad.*
- ◆ *Readecuar, dentro de todas las instituciones que brinden servicios, sus edificaciones, rampas, baños, ascensores, entre otros, para el acceso de personas con movilidad restringida. Asimismo, las nuevas construcciones deberán planificarse tomando en cuenta las necesidades de acceso de la población*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

con discapacidad.

- ◆ *Promover la capacitación a funcionarias y funcionarios como estrategia para hacer accesibles todos los servicios institucionales a las personas con discapacidad.*
- ◆ *Adoptar normas o reglamentos técnicos que faciliten a la población con discapacidad el acceso y movilización, tanto en las vías públicas, como en espacios recreativos, monumentos históricos y patrimoniales, parques nacionales, reservas e instituciones públicas y privadas de servicio público.*

- ◆ *Promover, de acuerdo a las funciones de cada institución pública, medidas compensatorias que incluyan programas especiales para la población con discapacidad (subsidios, préstamos y fondos especiales, para el acceso de las personas con discapacidad a diferentes servicios, ayudas técnicas, medios de transporte o al trabajo).*
- ◆ *Propiciar el uso de nuevas tecnologías que brindan servicios de apoyo a las personas con discapacidad, con el fin de mejorar su calidad de vida.*
- ◆ *Incorporar la perspectiva de género y de la discapacidad en los programas formativos y de atención a las familias en general.*
- ◆ *Promover la participación de la persona con discapacidad, en la toma de decisiones que inciden en su desarrollo.*
- ◆ *Propiciar una comunicación permanente con las organizaciones de las personas con discapacidad*
- ◆ *Apoyar la creación y el fortalecimiento de organizaciones que agrupen a personas con discapacidad*
- ◆ *Establecer mecanismos de cooperación interinstitucional e internacional, a fin de potenciar el desarrollo de programas de investigación sobre los aspectos sociales, económicos y de participación que influyan en la vida de las personas con discapacidad y de sus familias. Estas investigaciones deberán abarcar, entre otros aspectos, la disponibilidad y eficacia de los programas existentes, la necesidad de desarrollar y evaluar los*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

servicios y las medidas de apoyo, así como el desarrollo de la tecnología

- ◆ *Propiciar la consecución de recursos económicos, materiales y humanos en el exterior para la financiación de proyectos y programas nacionales en materia de discapacidad*
- ◆ *Reconocer el Lenguaje de Señas Costarricense -LESCO- como una forma de comunicación oficial de la población sorda del país*

- ◆ *Apoyar la construcción de la Escuela Fernando Centeno Güell y el Centro de Recursos...*” (El subrayado es propio)

Al detenernos en el listado de funciones precedentes, encontramos que este cuerpo normativo es claro en indicar una serie de acciones y responsabilidades que competen, sin excepción, a todas las instituciones públicas, orientadas a promover y difundir la temática de discapacidad en el sector público, inclusive, prevé la creación de comisiones especializadas a lo interno de tales organismos, las cuales no solo son las encargadas de conducir tales procesos, sino además el de mantener una coordinación directa y permanente con el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, el cual deberá estar siempre informado de todas los programas y proyectos institucionales que se elaboren y ejecuten en esta línea, de manera que se ajusten a los lineamientos y políticas generales emanadas de ese Consejo. Este punto es tratado de manera especial en la mencionada directriz, al indicar que:

“...II.-El Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial deberá:

Brindar la capacitación y formación suficientes y necesarias a los funcionarios públicos, con ocasión de hacer cumplir en debida forma los dictados y contenidos de la presente directriz, así como los de la Ley número 7600, denominada "Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad"...” (El subrayado no pertenece al documento fuente)





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Con lo anterior constatamos que, si bien es cierto la mencionada Directriz N° 27 traza los lineamientos generales que en materia de discapacidad han de observar las instituciones y organismos de la administración pública, la función rectora por excelencia recae, como

se señaló en el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, dependencia que por ley le corresponde liderar, entre otros, los procesos de capacitación y asesoría, formulación y coordinación de políticas sobre discapacidad, y el establecimiento de mecanismos de fiscalización y evaluación de las acciones emprendidas dentro del sector público.

En esta línea de análisis, el Decreto Ejecutivo N° 36462-MP-MTSS del 2 de febrero del presente año, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 56 del 21 de marzo del mismo año, viene precisamente a reglamentar la Ley N° 8862, de repetida cita, operativizando las diferentes disposiciones normativas y aclarando el ámbito de aplicación del referido cuerpo legal. Señala en lo pertinente el artículo 2 de la norma comentada:

“... Las disposiciones contenidas en éste Reglamento serán de aplicación obligatoria para todo el sector público, mismo que comprenderá: al Poder Ejecutivo, sea a cada Ministerio y sus órganos desconcentrados y adscritos, incluido...”

Al establecer claramente su alcance, el citado Decreto Ejecutivo viene a reafirmar la creación de diversas comisiones especializadas en la temática que nos ocupa, definiendo su escenario de competencias y conformación a lo interno de las instituciones del sector público. En lo que respecta a la Dirección General de Servicio Civil, vemos que el mencionado reglamento estipula en su artículo 1 incisos g) y h), que existirá una “Comisión Técnica de Ofertas para Personas con Discapacidad”, la cual estará integrada por representantes del Consejo Nacional de Rehabilitación Especial y de la Dirección General de Servicio Civil, que operará en esta última sede |





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

administrativa como órgano colegiado especializado en el reclutamiento y selección de personas que presenten alguna situación o grado de discapacidad.

Por otra parte, se hace alusión a la creación mediante la Directriz 014-MTSS del 20 de noviembre del 2006, de la “Comisión Técnica Interinstitucional para la Empleabilidad de las Personas con Discapacidad”, la cual según el mencionado texto normativo, estará integrada por un representante propietario y su suplente de las siguientes instituciones y organismos: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Educación Pública, el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, el Instituto Nacional de Aprendizaje, el Servicio Civil, el Instituto Mixto de Ayuda Social, la Federación Costarricense de Organizaciones de Personas con Discapacidades, la Unión de Cámaras de Costa Rica y la Federación Red pro Personas con Discapacidad de Costa Rica.

En dicha Directriz se indica como funciones de la mencionada Comisión, las siguientes:

“...a) Asesorar y coordinar con la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Intermediación de Empleo, las acciones relacionadas con la empleabilidad de las personas con discapacidad.

b) Proponer un proyecto de ley que regule la contratación de las personas con discapacidad en el sector público y el accionar de los Talleres Laborales y Centros Ocupacionales

c) Proponer mecanismos de coordinación para lograr crear una oferta educativa y de formación técnica, de acuerdo a las necesidades de la población con discapacidad y que garantice la empleabilidad de esta población

d) Analizar y evaluar los diferentes programas, proyectos y acciones que se realizan en el país en materia de



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

empleo, y proponer acciones para lograr la transversalidad de la discapacidad.

e) Promover el desarrollo de proyectos de promoción de empleo, que permita articular acciones de las diferentes instituciones y sectores, y demostrar la viabilidad y factibilidad de la empleabilidad de las personas con discapacidad.

f) Coordinar para desarrollar desde las instituciones competentes, acciones de asesoría y capacitación a empleadores del sector público y privado.

g) Elaborar recomendaciones en materia de generación de empleo, para la población con discapacidad y elevarlas a las instancias competentes...” (Se suople el subrayado).

Asimismo, además de la integración de estos cuerpos colegiados, de conformidad con el mismo Decreto Ejecutivo N° 36462-MP-MTSS, le corresponde a esta Dirección General la conformación de la Comisión Institucional en Materia de Discapacidad (CIMAD), así como la Comisión Especializada, que señalan los incisos e) y f) del artículo 1 del citado Reglamento de la Ley N° 8862.

Finalmente, el Reglamento a la Ley 8862, establece directrices concretas para esta Dirección General en cuanto órgano asesor, como parte integrante de las indicadas comisiones técnicas especializadas; apunta así el artículo 9 de este cuerpo normativo:

*“...**Deber de colaboración.** Las instituciones por medio de las respectivas Comisiones Especializadas, podrán acudir ante la Comisión Técnica de Ofertas para personas con discapacidad de la Dirección General del Servicio Civil, para asesorarse sobre las adecuaciones que se necesitan establecer en el proceso de selección, con el fin de valorar la idoneidad de dichas personas para el desempeño de los cargos de que se trate...” (El subrayado no es del documento de origen).*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

El anterior párrafo que se transcribe, evidencia que la Dirección General de Servicio Civil tiene un deber de asesorar a aquellas instituciones que así lo soliciten, evidentemente, en el marco de las comisiones que integran señaladas anteriormente, hasta donde sus competencias legales se lo permitan al interior de dichos entes colegiados, y en áreas relacionadas con las adecuaciones que deben realizarse en los procesos de selección de recursos humanos, en cuanto a oferentes que presenten algún tipo de discapacidad, lo cual a todas luces, se enmarca dentro de su ámbito de acción bajo el Régimen Estatutario, siempre en cumplimiento de las políticas y lineamientos generales emanados del Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, como ente rector en la materia.

Atentamente,

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

CC. Máster José Joaquín Arguedas Herrera. Director General.

AJ-343-2011
7 de abril de 2011

Máster
Ferdinando Goñi Ortiz
Director a. i.
Área de Carrera Docente

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio CD-391-2011 de fecha quince de marzo de dos mil once, documento en el cual se solicita *“criterio y análisis para actuar en los casos mencionados”³⁰, con el objetivo de*

³⁰ Casos que se esbozaran dentro del presente estudio.



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

determinar la idoneidad de los profesionales del Título II para desempeñarse en puestos dentro del Régimen de Servicio Civil”.

Se consulta sobre los procedimientos propios y establecidos por la normativa contenida en los artículos 190 de la Constitución Política, 20 inciso a) del Estatuto de Servicio Civil y 9 de su Reglamento, sean los estudios de vida y costumbres para la determinación de la idoneidad moral de los funcionarios, cuando existe alguna irregularidad atribuible a estos servidores en virtud de sus actos, debemos destacar sobre el particular que anterior oportunidad este centro de trabajo atendió consultas similares mediante oficio AJ-382-98 del 30 de junio de 1998, mismo que se adjunta como complemento a la presente respuesta.

Ahora bien, para pronunciarnos sobre el fondo que nos ocupa debemos traer al presente la normativa específica, existente y vigente para el análisis de estas situaciones, las cuales son dables de atender técnicamente por la profesional experta de esa área, sea la trabajadora social, pues no corresponden en su generalidad a criterios meramente legales, aunado a que existe un manual vigente de elaboración para los estudios de preingreso, instrumento este último en el cual se establece claramente el proceder de dicho acto de análisis y que establece dentro de sus generalidades que:

“El Estudio como tal está sustentado en el análisis de los individuos con una situación delictiva, con antecedentes penales o de costumbres ajenas al sano convivir de la sociedad, que determine la aptitud moral y psíquica de quienes desean ingresar al Régimen de Servicio Civil.”,

Asociado a lo anterior y recordando que los estudios de vida y costumbre tienen su génesis en el Estatuto de Servicio Civil, cuyo numeral 20, inciso a) de supra cita señala:

“Poseer aptitud moral y física propias para el desempeño del cargo, lo que se comprobará mediante información de vida y costumbres, y certificaciones emanadas del Registro Judicial de



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Delincuentes, del Archivo Nacional, del Gabinete de Investigación y del Departamento respectivo del Ministerio de Salud”

Y por su parte el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, en su artículo 9, inciso c) indica:

“Poseer aptitud física, psíquica y moral satisfactoria. Para este efecto se realizarán las investigaciones que se estimen pertinentes, para lo cual las instituciones y servidores públicos brindarán toda la información que les sea requerida. Si como resultado de dichas investigaciones se comprobare que los candidatos no poseen aptitud satisfactoria se podrá en forma temporal o indefinida, no tramitar las ofertas o la elegibilidad del candidato”. (Destacado no es del original)

El procedimiento en cuestión debe cumplir con el requisito indispensable del debido proceso, razón por la cual se determinó que debe integrarse el derecho a la defensa en los Estudios de Preingreso o de Vida y Costumbres. Este debido proceso a que hace referencia se encuentra determinado en el Manual vigente a estos efectos y del cual se desprenden que se da participación a la persona en estudio y se le brinda una audiencia, luego se da la presentación de resultados del estudio al interesado y la respectiva presentación del alegato.

Del estudio se desprende un informe técnico, mismo que debe efectuarse dependiendo de las causas que susciten el mismo las cuales han o pueden ser en primer lugar; los estudios de oficio, sean:

- Cuando un oferente participa en un Concurso y registra antecedentes penales.
- Cuando una persona se nombra interinamente y registra antecedentes penales.
- Cuando la oficina competente para tramitar movimientos de personal requiere refrendar una Acción de Reingreso por artículo 14, párrafo 3 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

- Cuando se duda sobre la veracidad o legitimidad de los atestados presentados.³¹

En segundo lugar; los estudios requeridos a solicitud de parte, serán:

- Cuando el individuo se encontraba al amparo del beneficio de la ejecución condicional de la pena.
- Cuando el individuo sea objeto de la aplicación del artículo 55 del Código Penal.
- Cuando una persona ha sido declarada no idónea por un período y, una vez que concluya éste, se presente la solicitud expresa del interesado.
- Cuando una persona ha sido inhabilitada por un Tribunal, por un período de tiempo para ocupar cargos públicos, y una vez que concluya, el interesado hace solicitud expresa.
- En el caso en que la persona haya sido despedida y hayan transcurrido los tres años establecidos en el artículo 9, inciso d) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.
- Evaluación y cese del nombramiento del individuo durante el período de prueba.

Ahora bien y bajo la inteligencia de los supuestos en los cuales procede la elaboración de un estudio de preingreso y en vista de que en dicho elenco de eventos se omiten algunos de los supuestos consultados, por ser en primera instancia el Manual de Estudios de Preingreso una herramienta que no ha sufrido modificación o variantes en su letra, lo cual hace que el mismo carezca de la contemplación de situaciones que actualmente se han hecho latentes en el ámbito de la administración del empleo público y que en virtud de esto requiere modificaciones bastas, no podría precisarse el proceder o no a falta de norma a ese efecto sobre situaciones tan particulares como una denuncia de abuso sexual llevada a estudio o análisis únicamente en el ámbito administrativo y no así en sede penal como lo define la norma, aunque pudiera deducirse que por la naturaleza y el espíritu

31

Se contempla aquí una de las solicitudes del consultante.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

del estudio de vida y costumbres, al evidenciarse y tener conocimiento claro de la existencia de una denuncia de tal envergadura que refiere la indiscutible relación de hechos a materia penal y que clasificaría entonces dentro de la taxativa lista de procederes de los estudios, podría efectuarse el mismo con los resultados de un estudio necesario por una conducta atípica, antijurídica y culpable, reprochable y condenada del infractor.

Así mismo y en relación con la solicitud de si proceder con el estudio de marras ante la detección de una falsedad de documentos, efectiva y claramente indica el Manual de Estudios de Preingreso que el mismo debe de realizarse siguiendo el respectivo procedimiento el cual sea:

“Dudas sobre la legitimidad de los atestados presentados.

Quando surgen dudas consistentes acerca de la veracidad o legitimidad de los atestados presentados por diversas personas, principalmente títulos de estudios realizados o certificaciones de experiencia laboral, se justifica la realización de un Estudio de Preingreso; que tendrá por objeto determinar si el documento o título realmente fue expedido en el lugar y ente que se menciona y, si la persona que aparece en él es quien corresponde.

En estos casos se procederá así:

- *Identificación del lugar y centro educativo donde se emitió el título.*
- *Verificación de la naturaleza del título presentado, sea de un nivel de primaria, secundaria, universitaria u otro.*
- *Verificación personal en aquellos archivos o registros del lugar y centro donde se expidió el título, sobre el tomo, asiento y folio del mismo.*
- *Consulta por escrito al lugar y dependencia donde se expidió el título, toda vez que se presupone y se procura corroborar que aquel no corresponde a la persona que lo presentó.*
- *Se convoca a entrevista al interesado para indicarle sobre la investigación que se está realizando.*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

- *Se prepara el Informe Técnico con la recomendación respectiva.*
- *Caso de obtenerse una conclusión que no resulta favorable a los intereses del investigado, éste debe ser citado de nuevo, para hacerle entrega formal del Informe y señalamiento de un plazo para que presente las objeciones al mismo.*
- *Cumplido el término de presentación de objeciones, se procede a confirmar o variar la recomendación.*
- *Cuando corresponda se procede a elaborar la Resolución final, con la recomendación indicada en el estudio técnico; antes de hacer constar lo actuado en los Registros de información disponibles.*
- *Pasar el expediente al Departamento Legal quién procede a elevar el caso al Ministerio Público (**art.358 falsedad Ideológica y 363 uso de falso documento Código Penal**).*”

Se desprende de lo anterior que es claro el accionar que debe llevarse a cabo y las instancias que deben realizar el procedimiento.

Sobre la inhabilitación, debemos de indicar que es un acto al cual está obligada esta Sede Administrativa en el tanto sea este el resultado arrojado únicamente por el Estudio de Vida y Costumbres, decisión que está por encima de lo que indique el Ministerio de Educación Pública pues escapa de sus competencias.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-104-2011
31 de enero de 2011



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Señora
Xinia Madrigal Cháves
Directora
Centro de Investigación y Formación Hacendaria

Estimada señora:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, atendemos consulta formulada vía correo electrónico en la cual nos solicita la emisión de criterio, en atención a una situación en la que no se ha efectuado aún la evaluación del desempeño de un centro de trabajo. Expone su consulta que necesita saber quién era el funcionario competente para la realización de la misma.

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, el 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 la atención efectiva de la presente consulta, debemos de traer a escenario varios aspectos destacables sobre el tema, así como la normativa vigente para la elaboración, valoración y atención de la Evaluación Anual del Desempeño para los funcionarios públicos.

En cuanto al cuerpo normativo que regula dicho proceso, en primera instancia la Dirección General de Servicio Civil | emitió la



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Resolución DG-637-2008 publicada en el Diario Oficial “La Gaceta” del 29 de octubre del 2008, en la cual se concede a las Oficinas de Gestión de Recursos Humanos de las instituciones bajo el Régimen de Servicio Civil, un plazo de un año a partir de su publicación para que diseñen sus propios modelos y sistemas de evaluación del desempeño, los cuales debían entrar en vigencia a más tardar para el período de evaluación 2009-2010, situación que no pudo ser concretada en dicho plazo por lo cual nuevamente esta la Dirección General, emite la Resolución DG-304-2009 de fecha 23 de octubre del 2009, misma que amplía el plazo conferido por su homóloga la DG-637-2008, al tiempo que autoriza el empleo de un “Prototipo Transitorio de Evaluación del Desempeño” en aquellas instituciones, que al vencimiento de dicho término, por razones justificadas, no hayan logrado concluir con sus modelos de evaluación del desempeño institucionales.

De modo que al no contar con un manual para estos efectos, aprobado por algunas de las instituciones cubiertas por el Régimen de Méritos ante el área competente de esta Dirección General, debe de aplicarse la normativa establecida para tal efecto la cual refiere al “Prototipo Transitorio de Evaluación del Desempeño”, añadida esta a la norma general contenida dentro del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Dicho *prototipo* se encuentra reglamentado dentro de la resolución DG-133-2010 y sus anexos I y II, dictada a las diez horas cincuenta minutos del veintiséis de abril de dos mil diez y dentro del cual se establece en lo referido al caso en su numeral segundo, lo siguiente:

“Artículo 2°.- Establecer un término igual a los períodos de evaluación del desempeño correspondientes a los ciclos 2009-2010 y 2010-2011 como autorización temporal para el empleo de la instrumentación y guía técnica R-133-2010 contenidos en el “Prototipo Transitorio de Evaluación del Desempeño” emitidos en este acto, a efecto de que a su vencimiento concluirán y contarán con el modelo de evaluación del desempeño institucional correspondiente.”



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Dentro de la Resolución DG-133-2010 la cual contiene el prototipo transitorio, se anexa dos instrumentos, el primero de ello corresponde a la *“Guía de aplicación para la evaluación de desempeño de los servidores cubiertos por el título I y IV del Estatuto de Servicio Civil (Modelo-prototipo transitorio).”* En esta se cita en el punto 8 sobre aspectos administrativos importantes, y en donde se señalan los ejecutores y colaboradores que deben realizar la evaluación del desempeño correspondiente al periodo en cuestión. Véase estas directrices literalmente:

“8.5 El colaborador(a) que haya tenido varias jefaturas durante el ciclo de evaluación: será evaluado por la jefatura con la que laboró más tiempo. Si hubiera trabajado por igual tiempo con diferentes jefaturas, será evaluado por la última de ellas.

Si, por razones de fuerza mayor, la jefatura o jefaturas con las que el colaborador(a) laboró más tiempo no pueden efectuar la evaluación: ésta la realizará la jefatura actual, independientemente del tiempo que tenga de haber asumido el cargo. Para ello, podrá sustentar sus apreciaciones y criterios de evaluación en los datos contenidos en el EXPEDIENTE DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO, y en la que aporten su superior inmediato y las anteriores jefaturas que tuvo el colaborador(a), durante el ciclo de evaluación.

8.7 Colaborador(a) que dependa técnicamente de una jefatura y administrativamente de otra: la evaluación se hará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44, inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. En este caso, la JEFATURA ADMINISTRATIVA actuará COMO JEFATURA INMEDIATA y realizará la evaluación en consulta con la JEFATURA TÉCNICA. Por su parte, el JEFE SUPERIOR JERÁRQUICO actuará COMO SUPERIOR para resolver una eventual disconformidad con la resolución resultante de la evaluación del desempeño, atendiendo los criterios de la JEFATURA TÉCNICA.

8.8 Los colaboradores(as) que no cuenten con una jefatura técnica para evaluar su desempeño: serán evaluados por la JEFATURA ADMINISTRATIVA, quien sustentará la evaluación en informes, reportes y cualquier otro medio de control que permita externar criterios objetivos sobre el desempeño del colaborador(a).

8.9 En caso de que, a la fecha de evaluación, la jefatura inmediata se encuentre ausente de su puesto, por motivos de licencias, incapacidades, becas u otras causas debidamente justificadas: la calificación la hará el funcionario (a) que haya sido designado formalmente en su lugar o el superior del jefe inmediato si no se ha





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

designado un sustituto oficial.”

Bajo esta inteligencia, la persona encargada entonces de realizar el mes de noviembre anterior las respectivas evaluaciones del desempeño, es el funcionario que se encuentre en ese momento ocupando el cargo de dirección del centro afectado, sustentándose, si no tenía el tiempo requerido de las apreciaciones y criterios de evaluación, en los datos contenidos en el expediente de evaluación del desempeño³², siendo que el titular del puesto y encargado en principio de la elaboración de las mismas no se encontrara, para lo cual una vez más indica la norma que en ese supuesto la elaboración de las evaluaciones igualmente deberían de haber sido efectuadas por quien : “...haya sido designado formalmente en su lugar o el superior del jefe inmediato si no se ha designado un sustituto oficial.”³³

Debe conocer quien consulta que la evaluación del desempeño debía ser efectuada en el establecido ciclo de evaluación, el cual iba del 15 al 30 de noviembre de cada período, además debe considerar importantes las situaciones de hecho en las cuales se puede efectuar una evaluación del desempeño de manera extemporánea, situación que contempla taxativamente la Resolución DG-133-2010 y que corresponden a las siguientes:

“8.1 El colaborador(a) es trasladado(a) o reubicado (a) en forma temporal a otra dependencia del Estado cubierta por el Régimen de Servicio Civil: su evaluación del desempeño la efectuará el funcionario que actúe como su jefe inmediato durante el periodo de su traslado, siempre que dicho periodo NO SEA INFERIOR a los SEIS MESES.

8.2 El colaborador(a) que, por motivos de licencias o incapacidades, u otros que le atribuyan ostentar una interrupción de sus servicios y a la fecha de calificación de su desempeño, tuviere menos de SEIS MESES de tiempo efectivamente laborado: NO SERÁ EVALUADO y, para cualquier efecto de orden administrativo, se le considerará la resolución resultante de su EVALUACIÓN DEL PERIODO ANTERIOR, ante lo cual el Jefe de la dependencia correspondiente, registrará ante la Oficina de Gestión de Recursos Humanos institucional respectiva la JUSTIFICACIÓN DE SU OMISIÓN, que apunte las razones de no contar con el

³² DG-133-2010 Anexo I punto 8.5

³³ DG-133-2010 Anexo I punto 8.9





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

tiempo mínimo necesario para su ejecución, que permitan solventar aspectos de gestión administrativa que requieran los resultados de este proceso.

El colaborador(a), que haya laborado durante un período SUPERIOR A LOS SEIS MESES durante el ciclo de evaluación, pero, por motivos de vacaciones o los indicados en el numeral anterior, a la fecha de evaluación se encuentra ausente de su puesto: será evaluado cuando regrese al trabajo.

8.4 Solamente en las situaciones señaladas, o cuando exista justificación por causa fortuita o fuerza mayor debidamente valorada por las Oficinas de Gestión de Recursos Humanos Institucional o las unidades competentes: serán aceptadas las evaluaciones del desempeño realizadas fuera del período estipulado en el artículo 41 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.”

Como puede apreciarse la causa que se torna en la misiva expuesta no se encuentra dentro de las anteriores.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORIA JURIDICA



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-298-2011

23 de marzo de 2011

Licenciado
Mauricio Vargas Rodríguez
Profesional en Informática y Computación
Ministerio de Educación Pública

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, atendemos las consultas planteadas mediante sus oficios sin número, en donde requiere la emisión de criterio jurídico sobre las siguientes consultas relacionadas con la incorporación a los Colegios Profesionales de quienes son profesionales (valga la redundancia) en informática y computación, en virtud del dictamen N° C-193-2010 del siete de diciembre de dos mil diez, emitido por el órgano consultor del Estado, sea la Procuraduría General de la República, mismas que requieren atención en cuanto a los siguientes contenidos:

“1- Para quienes hemos laborado desde hace años en el estado (sic) y tuvimos que incorporarnos como requisito para poder



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

ejercer, podemos solicitar la desincorporación al colegio sin sufrir ningún inconveniente ni trastorno laboral o salarial?

2- Este dictamen emitido por la Procuraduría General de la Republica, está por encima de los reglamentos estipulados por el régimen del Servicio Civil? Y si así fuera, está el servicio civil en la obligación de eliminar como requisito la incorporación a este colegio para que los profesionales en Informática y computación podemos ejercer dentro del Estado?

3- Según mi conocimiento y de acuerdo a(sic) lo normado por las leyes de nuestro país, el pago de la prohibición, no está sujeto al cumplimiento o requisito de colegiatura, son dos aspectos completamente separados. No obstante en algunos casos se ha relacionado de manera directa estos dos aspectos, es decir se ha indicado que el pago de la prohibición se realizara solo si se cumple el requisito de colegiatura. Quisiera saber si este es procedente o improcedente.

4- Dado el punto 3, si el procedimiento resulta improcedente, cualquier profesional en Informática que labore o ingrese a laborar al estado y/o forme parte del régimen del Servicio Civil, seguiría devengando el plus denominado Prohibición?"

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, el 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 suplantarse a la administración activa, a quien compete aplicar lo que en derecho corresponde en el caso particular.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Ahora y sobre las misivas expuestas, primeramente en cuanto a la incorporación a los Colegios Profesionales, es menester indicar que la misma encadena un requisito legal en muchos casos para el libre ejercicio de la profesión, y en el caso de los profesionales en el campo de la informática y la computación, debemos de traer a mención lo expuesto en el criterio aportado por el consultante, en el cual claramente se señala que, para que esa libertad del ejercicio profesional pueda darse atado a la incorporación a un Colegio de Profesionales, debe esta normativa estar expresamente dispuesta por ley; igual apreciación se encuentra en el análisis de fondo hecho por la Sala Constitucional en el voto N. 1626-97 de 15:21 hrs. del 18 de marzo de 1997, en el que afirmó:

“...Como bien indicó la Procuraduría General de la República, dado que el ejercicio profesional concierne al efectivo ejercicio de una libertad pública, éste debe ser definido por la ley...”

Más recientemente expresó:

“III.-

SOBRE LA LIBERTAD PROFESIONAL. La Constitución Política no consagra expresamente la libertad profesional, sin embargo, esta libertad fundamental puede deducirse de la interpretación armónica de varios derechos constitucionales, concretamente, de los numerales 46 y 56 de la Carta Política que garantizan en nuestro ordenamiento el derecho al trabajo y la libertad empresarial. El contenido esencial de la libertad profesional comprende el derecho de elección de la profesión y el libre ejercicio de la actividad profesional. Si bien estos dos conceptos se encuentran estrechamente relacionados, las intervenciones estatales en cada de una de esas facetas se presentan con distinta intensidad. Así pues, la elección de la profesión debe ser un acto de autodeterminación de la libre voluntad del individuo y debe permanecer, en lo posible, resguardado de toda intervención del poder público. Por su parte, mediante el ejercicio de la profesión, el individuo interviene directamente en la vida social, por consiguiente, se le puede imponer restricciones en interés de los demás. De esa forma, la no afectación a terceros, la protección de la moral y el orden



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

público son condiciones que justifican el establecimiento de limitaciones al ejercicio de la actividad profesional (artículo 28 constitucional). Ahora bien, aquí se aplica el principio de reserva de ley que determina que sólo mediante una norma con rango de ley – en sentido formal y material – es posible restringir los derechos fundamentales. Asimismo, se aplica el principio “pro libertatis” que dispone que toda norma jurídica deba ser interpretada en forma que favorezca la libertad. Sin embargo, se reitera, la libertad de ejercer una profesión se puede restringir por medio de ley en la medida que consideraciones razonables sobre el interés público lo demanden, mientras que la libertad de elegir la profesión, por el contrario, sólo puede ser restringida en la medida que la protección de un bien común especialmente importante lo justifique. Desde esa perspectiva, la protección de valores tan diversos como la salud, la educación, el bienestar y la seguridad, fundamenta la intervención del Estado - por medio de ley - en el ejercicio de las profesiones liberales, a efectos de garantizar la calidad y confiabilidad de los servicios que se brinden, así como la no afectación de terceros y el respeto de la moral y el orden público”. Resolución N. 1819-2005 de 8:47 hrs. de 25 de febrero de 2005.”

Esa libertad de ejercicio puede llegar a conllevar diversas restricciones o controles que sean establecidas por regulaciones de orden público. De modo que, dentro de la legislación Estatal los diferentes tipos de profesiones se formalizan o institucionalizan para pretender reservas respecto de la actividad profesional, en aras del resguardo del interés público y del propio ejercicio profesional, las cuales como ya indicamos pueden limitar el ejercicio profesional.

Entre las posibles restricciones a este ejercicio, lo esta la exigencia de una titulación (profesión titulada) y la colegiación misma o incorporación continuando con la terminología en estudio. Indica la Procuraduría General de la República que: *“Las condiciones y requisitos para la incorporación a un colegio profesional constituyen requisitos para el ejercicio profesional. Condicionan el disfrute del derecho al ejercicio. Puesto que el ejercicio profesional forma parte de la libertad profesional, se sigue que cualquier restricción al*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

*ejercicio profesional debe estar prevista en la Ley, así como encontrar fundamento en el interés público. La reserva de ley en la materia impide al Colegio establecer condiciones o requisitos para el ejercicio profesional que no tengan su origen en la ley. Entre esas condiciones, le está prohibido imponer la colegiatura obligatoria cuando esta no se encuentra prescrita por la ley.*³⁴

En razón de lo anterior y al no encontrarse normada por ley, la obligatoriedad de incorporación al Colegio de Profesionales en Informática y Computación (gremio que consulta y al que se refiere el criterio del órgano consultor) para los profesionales en esta materia que les impida el ejercicio liberal de la misma, pues la Ley del Colegio de Profesionales en Informática y Computación, N° 7537 del 22 de agosto de 1995, no establece la obligación de incorporación en dicho Colegio como requisito para el ejercicio profesional de los informáticos y profesionales en computación, lo que hace consecuente que dicho Colegio no puede imponer a los organismos públicos la obligación de nombrar como profesionales en informática y computación a los miembros colegiados a esta dependencia.

Por otro lado, para la ocupación de un puesto cubierto por el Régimen de Servicio Civil deben de cumplirse con supuestos o requisitos legales y formales, y uno de los mismos es que dentro de los puestos del estrato profesional cubiertos por el Régimen de Méritos se debe estar incorporado al Colegio Profesional respectivo que así lo requiera. Bajo esta inteligencia y en virtud de lo expuesto en el párrafo anterior podría afirmarse que en el caso del gremio de los *informáticos* no es indispensable dicho requisito para su ingreso, más para, contestar la interrogante relacionada a este fondo debemos de concluir señalando que no se evidencia a la luz de esta situación que el no encontrarse incorporado al Colegio Profesional respectivo repunte un *trastorno* laboral o bien salarial para los profesionales en este campo.

Siguiendo con las misivas planteadas, en cuanto a la jerarquía de las normas debemos de indicar que los criterios emitidos en este

³⁴ Dictamen C-193-2010 del 13 de setiembre de 2010 de la Procuraduría General de la República





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

caso por el órgano consultor del Estado son vinculantes para la Administración, más estos no tiene la facultad de modificar así una normativa de tipo Reglamentario o bien Estatutaria como lo es el Estatuto de Servicio Civil que nace constitucionalmente.

Continuando, efectivamente lleva razón el consultante al afirmar que el pago por concepto de prohibición no mantiene relación con el tema que se ha desarrollado a lo largo del presente criterio, pues los puestos que son afectados con este incentivo salarial, lo son directamente por ley especial que determine la afectación al puesto y no así al individuo. El beneficio de prohibición nació a la vida jurídica mediante la Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975, como una compensación por la pérdida económica que significaría para algunos funcionarios el hecho de laborar en forma exclusiva para la institución en la que se encontraren nombrados, o lo que es lo mismo, la imposibilidad de ejercer su profesión ya sea en otras instituciones públicas o privadas o en forma liberal. Dicho emolumento fue concebido inicialmente para el personal de la Administración Tributaria que se encuentre sujeto, por razón de su cargo, a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo.

Posteriormente, diversas leyes fueron reconociendo el derecho al pago de prohibición a distintos grupos de funcionarios.

Como se ha señalado en numerosos pronunciamientos, tanto de esta Asesoría Jurídica, como de la Procuraduría General de la República, la compensación por prohibición, a diferencia de otros pluses, como por ejemplo, la dedicación exclusiva, tiene su origen en la ley, de manera que, en principio, sólo se les debe reconocer a aquellos funcionarios que ocupen puestos afectados legalmente por prohibición. De conformidad con las normas supra citadas, y sin perjuicio de otras disposiciones que otorguen el derecho a grupos específicos de funcionarios. De modo que es una situación distinta el pago por concepto de prohibición para un puesto que se encuentre afectado a dicho incentivo cuando se hace el mismo para evitar el ejercicio libre de la profesión y esta *libertad de ejercicio* se



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

encuentre sin ningún impedimento relacionado a la incorporación o no al Colegio Profesional respectivo, por las razones supra expuestas.

Aclarados los puntos podemos concluir que:

- La libertad al ejercicio profesional solo se puede ver afectada por una ley que así lo sostente y que ate dicha actividad a la incorporación al un Colegio Profesional.
- En el caso de los profesionales en informática y computación no es requisito en virtud del criterio emitido por la Procuraduría General de la República el estar incorporado al Colegio Profesional en esa área para poseer o bien aspirar a un puesto cubierto por el Régimen de Méritos.
- Los dictámenes de la Procuraduría General de la República son vinculantes para el ejercicio de la Administración, más no por esta situación tienen la facultad de modificar normas como las del Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.
- El pago por concepto de prohibición no se encuentra sujeto exclusivamente al cumplimiento del requisito de incorporación para un puesto profesional.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

CC. Lic. Rómulo Castro Víquez. Director del Área de Gestión de Recursos Humanos.



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-466-2011

8 de junio del 2011

Ingeniera

Laura Ureña Naranjo

lurena@inciensa.sa.cr

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su consulta remitida a este despacho por medio de correo electrónico el día 25 de mayo del presente año, en el cual se plantean las siguientes interrogantes:

1.- *“Según el Manual de Clases Anchas (...), los requisitos legales para un profesional 1-A y 1-B son: (...) Incorporación al Colegio Profesional respectivo, en los casos en que dicha*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

entidad lo exija para el ejercicio del correspondiente grado profesional". Se requiere aclaración sobre este requisito en particular.

2.- En relación con los requisitos para el pago del incentivo por concepto de carrera profesional, señala la consultante que: *"En ningún momento se solicita el estar colegiado, es éste un requisito implícito por los requisitos (sic) legales del puesto?"*

3.- De conformidad con el artículo 3 de la Resolución DG-254-2009, se pregunta: *"Si un bachiller saca una maestría y cumple con los requisitos se le puede conceder el pago de un 55% en lugar del 20%? Conforme los requisitos que se exigen para la aplicación del régimen de dedicación exclusiva (Artículo 4, Resolución N° DG-254-2009), en donde se señala "...d) Poseer la incorporación al Colegio Profesional respectivo, cuando exista esta entidad en el área correspondiente..."*, se consulta: *"...a qué se refiere la frase cuando exista esta entidad en el área correspondiente? (...)Qué sucede cuando un colegio profesional no existe para poder inscribir una maestría en específico? Quién me puede indicar a qué colegio debe afiliarse una maestría? (sic) o esto es una interpretación de cada Unidad de Recursos Humanos?"*

Sobre los temas traídos a estudio, y previo a los argumentos que esta Asesoría Jurídica considera importante señalar al respecto, conviene indicar a la consultante, que en aras de respetar el ámbito de competencias de las diferentes sedes administrativas, los puntos en discusión serán abordados desde una perspectiva jurídica general, analizando la normativa que le pudiera ser aplicable, de manera que se constituya en marco orientador para la búsqueda de una respuesta adecuada a los mismos, correspondiéndole a la administración activa, la atención del caso concreto.

Con este preámbulo, abordamos la primera interrogante, indicando que, efectivamente, el Manual de Clases Anchas y sus modificaciones parciales, entre ellas la establecida mediante la Resolución DG-279-2007 de las 8:00 horas del 29 de noviembre del año 2007, señala como parte de los requisitos exigidos en las





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

clases de puesto Profesional de Servicio Civil 1 Grupo A y Profesional de Servicio Civil 1 Grupo B, la “incorporación al Colegio Profesional respectivo, en los casos en que dicha entidad lo exija para el ejercicio del correspondiente grado profesional”.

Con base en el anterior requisito, encontramos que la Ley Orgánica o de creación de los Colegios Profesionales establecen taxativamente, la obligatoriedad o no de incorporación a dichos entes como requisito “sine qua non” del ejercicio profesional en el área respectiva y para el grado profesional que así se indique. De esta forma, se entendería que si la ley constitutiva del Colegio Profesional de que se trate, exige este requisito para el ejercicio de la profesión, según el grado que, precisamente, se establece como requisito en el Manual de Clases Anchas de la Dirección General de Servicio Civil, tendríamos como consecuencia inevitable, el cumplimiento de dicho requisito a fin de ocupar el puesto a que se aspira y por el cual se está ofertando.

En cuanto a su segunda pregunta, evidentemente su respuesta es consecuencia de la anterior, en el sentido de que a todas luces se puede concluir que si el puesto al cual se aspira ocupar exige un grado profesional mínimo, mismo que a su vez requiere, obligatoriamente, estar debidamente incorporado al Colegio Profesional respectivo a efectos de poder ejercerlo, dicha colegiatura se encuentra contemplada dentro de los requisitos, en este caso, para ocupar un puesto a través del cual, posteriormente, se le va a reconocer el incentivo por carrera profesional. Así las cosas, si para ocupar un puesto profesional dentro de la Administración Pública, no se requiere el cumplimiento de estar incorporado a un Colegio Profesional como exigencia para el ejercicio de esa determinada profesión, consecuentemente, no tiene por qué exigirse la presentación de dicha colegiatura a efectos de que se reconozca el plus salarial correspondiente al otorgamiento de puntos por concepto de carrera profesional; es decir, se supone que el requisito es inherente al puesto para el cual se está solicitando el reconocimiento del mencionado incentivo salarial.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Sobre este particular, esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado³⁵ en casos anteriores señalando que:

“... Si bien es cierto, dichos requisitos se encuentran contemplados para el ingreso de servidores al Régimen de Méritos, que valga agregar, son exigidos también para efectos de carrera administrativa, según lo dispone el párrafo final del artículo 9 del Reglamento citado, es más cierto aún que ello puede también ser exigido para efectos del otorgamiento de pluses salariales a puestos profesionales en los que se exija la colegiatura, afirmación que deviene en primer lugar, de la concatenación de requisitos legales relativos al puesto, que crean una relación de accesoriedad entre ellos³⁶, pues si por ejemplo, para el pago de Carrera Profesional se requiere ser profesional, y el puesto de profesional que “x” funcionario ocupa requiere a su vez, por mandato del respectivo Manual Clasificador y posiblemente de una ley, el estar colegiado, el incumplimiento de este requisito implicaría, entre otras cosas, el no pago del citado plus.

Esta tesis también puede sustentarse en el principio básico de legalidad administrativa estatuido por el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública y su homónimo constitucional, mediante el cual la Administración únicamente puede actuar dentro del marco que le fija la ley (entiéndase este criterio de manera amplia a fin de abarcar todas las disposiciones normativas que forman el bloque de legalidad costarricense).

En este sentido debe hacerse notar que la gran mayoría de las normas que crean los sobresueldos establecen claramente los requisitos que deben ser cubiertos por el servidor, incluyéndose, de manera directa o indirecta, la necesidad de encontrarse colegiado cuando así sea exigido, para este caso sirva de ejemplo lo dictaminado por el artículos 4 inciso d) de la Resolución DG-254-2009

³⁵ Refiérase al Oficio AJ-553-2009 del 15 de octubre del 2009.

³⁶ A grandes rasgos, la relación existente entre la relación de empleo y el pago de pluses salariales es, sin lugar a dudas, claro ejemplo de la accesoriedad, en donde el segundo depende de la existencia del primero.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

de la Dirección General de Servicio Civil, la cual regula lo referente a la Dedicación Exclusiva, (...).

Esta misma posición, en tanto afecta la relación de empleo misma y el cumplimiento de requisitos para el desempeño del puesto, podría hacerse extensiva a otro tipo de pluses salariales, destacando al caso el de Carrera Profesional, supuesto sobre el cual ya esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado al indicar en lo atinente que:

“...Entrando en la materia consultada hemos de referir en primer término que el incentivo por Carrera Profesional, surte sus efectos desde que se obtiene el grado académico de Bachiller Universitario, y avanza paulatinamente según el grado académico que vaya obteniendo el servidor en procura de mejorar la excelencia en su formación y capacitación, de conformidad con lo que dispone en el numeral 1° de la Resolución DG-080-96, de las ocho horas del tres de octubre de mil novecientos noventa y seis.

Es de mérito traer a colación en lo que respecta a la consulta, que para ser acreedor del reconocimiento o incentivo de marras, es de imperativo obligatorio cumplir con una serie de requisitos previamente dispuestos en el ordenamiento jurídico, en el numeral 3 de la Resolución de cita, los cuales son los siguientes (...)

Si el servidor no cumple con los requisitos supra citados, no es jurídica ni técnicamente procedente el reconocimiento del incentivo por Carrera Profesional; de igual forma para tener opción al pago de la compensación económica, debe presentarse el título o la respectiva certificación de la Universidad que le acredite como tal...”

Su tercera y última interrogante contempla varias vertientes de análisis, que en resumen se encuentran orientadas a parte de lo contenido en el artículo 3 y numeral 4, inciso d) de la Resolución DG-254-2009, emitida por la Dirección General de Servicio Civil a las trece horas del doce de agosto de dos mil nueve, mismas que pasamos a transcribir en lo que interesa para el presente caso:





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

“...Artículo 3.- (...) Para tales efectos se otorgarán porcentajes, sobre el salario base, de un 20% para los que poseen el grado académico de Bachiller Universitario y un 55% para los que ostenten el grado de licenciatura u otro superior.

Artículo 4.- Para acogerse y continuar disfrutando del Régimen de Dedicación Exclusiva, el servidor debe cumplir con los siguientes requisitos:

(...)

d) *Poseer la incorporación al Colegio Profesional respectivo, cuando exista esta entidad en el área correspondiente...*”

Bajo los preceptos normativos supra transcritos, podríamos decir que, como bien lo manifiesta la consultante, si una persona que ostenta el grado académico de bachiller universitario y obtiene posteriormente el grado académico de máster en una disciplina o área determinada del conocimiento científico, puede, una vez cumplidos los requisitos legales correspondientes, hacerse acreedora al pago de dedicación exclusiva, si así lo ha acordado con la Administración, para cuyos efectos, resultaría procedente el reconocimiento del 55% sobre el salario base, siempre y cuando lo determine de esta manera el estudio correspondiente que deberá realizar la Oficina de Recursos Humanos respectiva, en relación con las condiciones y verificación de requisitos, según sea el caso particular de que se trate.

En esta línea y siempre sobre el mismo tema, se puede entender con meridiana claridad que, al exigir la norma “...Poseer la incorporación al Colegio Profesional respectivo, cuando exista esta entidad en el área correspondiente...”, deviene en un requisito indispensable e insoslayable de cumplir, en el sentido de que mientras se pueda determinar, fehacientemente, la existencia de un Órgano Colegiado que regule el ejercicio profesional del servidor conforme a su formación académica, deberá, necesariamente, aportarse las certificaciones que correspondan, a fin de acreditar la debida incorporación a esta forma de organización gremial; de manera tal que, como bien reza la norma, en tanto no exista la entidad mencionada, que al amparo de su ley constitutiva pueda





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

incorporar profesionales en cualesquier área profesional y bajo distintos grados académicos, no podrá, ante dicha imposibilidad material, hacerse exigible el cumplimiento de dicho requisito para efectos de reconocimiento del régimen de dedicación exclusiva.

Conforme lo dicho anteriormente, es responsabilidad exclusiva del servidor interesado, el revisar toda la información atinente a las áreas de formación académica universitaria, una vez tomada la decisión de iniciar o continuar estudios a nivel superior, como por ejemplo planes de estudio, mercado para el ejercicio profesional, existencia de colegios profesionales que regulen el quehacer de personas formadas en las distintas disciplinas científicas, entre otras; de esta manera, la consulta sobre la eventual posibilidad de acreditar un grado profesional de maestría ante un Colegio de Profesionales llamado a regularla, deberá ser formulada directamente a dicha organización profesional, basado en lo que establezca su propia ley constitutiva.

Finalmente, y para mayor abundamiento sobre el tema de las incorporaciones a Colegios Profesionales, según los grados académicos que ostenten los oferentes, así como la procedencia o no de reconocer los pluses salariales de dedicación exclusiva o prohibición, hemos de indicarle que esta sede administrativa ha vertido recientemente criterio técnico jurídico mediante el Oficio AJ-869-2010, fechado 25 de octubre del año 2010, donde se señaló, en lo que interesa, lo siguiente:

“... Dentro del Manual de Clases propuesto por la Dirección General de Servicio Civil se encuentra para el estrato profesional que se cuente para los puestos allí detallados con el requisito legal de “incorporación al Colegio Profesional respectivo, en los casos en que dicha entidad lo exija para el ejercicio legal del correspondiente grado profesional”, de modo que debemos aclarar que en aras de no promover el ejercicio ilegal de la profesión, si el puesto establece como requisito la incorporación a un Colegio Profesional, éste no podrá ser obviado, salvo que no exista Colegio Profesional al cual pueda incorporarse el servidor.”



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Sobre la materia en consulta, esta Asesoría Jurídica ha emitido criterio, señalando mediante el oficio número AJ-187-2003, lo siguiente:

“... Del análisis que antecede, se desprende que todo servidor que ocupe un puesto dentro de la Administración Pública de clase profesional que exija el grado académico de Licenciatura, debe de contar con la incorporación al respectivo Colegio Profesional, si éste existe, toda vez que dicho acto responde a un requisito de legalidad para el ejercicio de la profesión tanto en el sector público como privado.”

*Como puede apreciarse, ha sido criterio sostenido por esta Asesoría Jurídica, que el requisito de incorporación a un Colegio Profesional debe ser posible, es decir, que exista posibilidad objetiva de cumplimiento por parte del sujeto, pues de lo anterior se infiere que ante la inexistencia de Colegio Profesional, el requisito de incorporación se torna imposible de ser cumplido y en ese sentido, se hace manifiesta la regla *imposibilium nulla obligatio est* (no hay obligación de lo imposible) o, formulada en otros términos *ad impossibilia nemo patitur* (Nadie está obligado a lo imposible).*

Así las cosas, la exigencia de incorporación a un Colegio Profesional deberá determinarse de conformidad con los requisitos indicados para el puesto en el Manual de Clases o bien Manual de Puestos Institucional, cuando éste exista en el área correspondiente.

Ahora bien, referido a si el agremiado ha de incorporarse de acuerdo al status respectivo con el que cuente, es un asunto meramente de trámite interno que le corresponde al Colegio Profesional respectivo si existen directrices o políticas internas que así lo requieran, sobre este tipo de disposiciones internas ha señalado la Procuraduría General de la República en su opinión jurídica N° OJ-045-2003 del 18 de marzo del 2003, en donde concluyen lo siguiente:

“... el grado académico que ostente el servidor no es el relevante para el pago de la compensación, siempre que ese grado



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

académico le permita, de acuerdo a(sic) la profesión que ostente, y a las reglas que rigen su ejercicio profesional, ejercer liberalmente su profesión. Habrá Colegios Profesionales cuyas normas admitan el ejercicio de la profesión con el grado académico de bachiller universitario, otros con el de licenciatura, etc. Por ello, lo que realmente interesa, es que el servidor que realice funciones de auditoría, esté habilitado para el ejercicio liberal de su profesión, y que se vea impedido para hacerlo por la prohibición que se analiza, en cuyo caso, se hará acreedor al pago de la compensación del 65% sobre su salario base.”

Esto por cuanto las competencias atribuibles a dichos organismos al igual que por ejemplo las asignadas a esta Dirección General son únicas, exclusivas y excluyentes unas de otras, de modo que por un lado es deber y compromiso de las Áreas de Recursos Humanos encargadas de realizar los trámites de nombramientos, el verificar si el oferente que pretende laborar en un puesto de la Administración Pública, cuenta a la hora de su ingreso con todos los requisitos técnicos y legales que se disponen en el Manual de Clases elaborado a tal efecto, correspondiéndole por otro lado al Colegio Profesional, identificar si el mismo se encuentra o no incorporado con el correspondiente grado académico que ostente, si existe alguna disposición interna de la institución que haga obligatorio o que requiera que los agremiados a éste deban de actualizar su nivel académico ante esta instancia, como se cito supra.

Según lo ha sostenido anteriormente la Procuraduría General de la República³⁷, al Estado le corresponde velar por el derecho fundamental al ejercicio de la profesión³⁸, y además el ejercer el control

³⁷ En su pronunciamiento número C-055-2001 del 27 de febrero de 2001.

³⁸ Si bien es cierto que la Constitución Política costarricense no consagra expresamente la libertad profesional, según lo ha estimado la Procuraduría General, esa libertad puede deducirse de la conjunción de varios derechos constitucionales, tal como sucede con la libertad de contratación, y tiene como contenido esencial el derecho de elección de la profesión y el derecho de ejercicio de la actividad profesional escogida. (Véase al respecto el dictamen C- 054-2000 de 17 de marzo de 2000). Y cabe advertir, que ese carácter de libertad fundamental ha sido reconocido por la Sala Constitucional, en sus resoluciones N^os. 1626-97 de 15:21 hrs. del 18 de marzo de 1997 y 7123-98 de 16:33





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

sobre determinadas profesiones tituladas, facultad ésta última que ha sido delegada, conforme a la Ley, en organizaciones corporativas: los Colegios Profesionales. El Estado delega en los Colegios Profesionales el cumplimiento de determinadas funciones públicas, relacionadas con la vigilancia, disciplina y fomento de la actividad de

los agremiados, a la par de las tareas dirigidas al puro interés particular de sus miembros, tomados tanto singularmente como la colectividad sectorial.

Cada institución -sea el Colegio Profesional respectivo y la Unidad de Recursos Humanos- con respecto al área específica de su competencia, están llamados a analizar el cumplimiento de los requisitos académicos necesarios y obligatorios para incorporación de los nuevos profesionales, no solo desde el punto de vista formal sino también de manera sustancial, lo cual supone, en aras del estricto cumplimiento de la ley, una imprescindible colaboración y coordinación entre ambos, lo que además admite una nueva visión del principio de legalidad, complementado con la exigencia de eficiencia, de manera que toda actividad administrativa que se requiera en ejercicio de atribuciones públicas, para que sea legítima y admisible, además de coincidir con la ley, deberá ser eficaz para alcanzar los objetivos que le hayan sido fijados por el ordenamiento, redundando así positivamente en la obtención del bienestar general.

Con respecto al requisito de incorporación para el pago de los pluses salariales de Dedicación Exclusiva y Prohibición resolvió la Procuraduría General de la República en su dictamen número C-144-2007:

“...En fin, se extrae de lo expuesto, que el pago de la compensación económica en favor de determinados servidores públicos, solamente se justifica en los casos en que la prohibición a la

hrs. del 6 de octubre de 1998.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

que estén sujetos, les irroge un perjuicio económico, y además, que ese pago esté claramente autorizado por una norma legal.”

Así las cosas, debe tenerse presente que el pago de la compensación económica a favor de determinados servidores públicos se justificará en aquellos casos en que la prohibición que se impone lleve consigo la posibilidad de generar un perjuicio, ya que la misma es de carácter indemnizatorio.

Es menester de esta Procuraduría aclarar que se entiende como profesiones liberales “... aquellas que, además de poderse ejercer en el mercado de servicio en forma libre, es necesario contar con un grado académico universitario y estar debidamente incorporado al respectivo colegio profesional, en el caso de que exista. En otras palabras, las profesiones liberales serían aquellas que desarrolla un sujeto en el mercado de servicios, el cual cuenta con un grado académico universitario, acreditando su capacidad y competencia para prestarla en forma eficaz, responsable y ética, y que está incorporado a un colegio profesional³⁹”.

Sobre el tema y retomando la supra citada opinión jurídica N° OJ-045-2003 del órgano consultor del Estado del 18 de marzo del 2003 además se expone:

“Como se advierte, este régimen de prohibición está concebido única y exclusivamente para el ejercicio de profesiones liberales, mas no para cualquier otra ocupación respecto de la que puede ostentarse un grado profesional, pero que no conlleva una actividad susceptible de ser ejercida en forma liberal (...)

En vista de lo expuesto, lleva razón el criterio legal aportado en su consulta, cuando concluye que para los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la Ley N° 8422⁴⁰, el grado académico –así como su incorporación al colegio profesional, cuando así corresponda, agregamos nosotros– es un requisito indispensable para la aplicación del régimen de prohibición, de ahí que no es posible jurídicamente

³⁹Procuraduría General de la República oficio OJ-076-2003 del 22 de mayo del 2003

⁴⁰ Ley 8422. Contra el Enriquecimiento Ilícito y la Corrupción en la Función Pública.





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

extender este régimen a los funcionarios que no estén habilitados para el ejercicio liberal de una profesión (...)"

Bajo los supuestos anteriormente señalados se desprende que es requisito para el reconocimiento del pago por concepto de prohibición y dedicación exclusiva que el oferente o servidor cuente con su respectiva incorporación al Colegio Profesional según sea su especialidad si existiera órgano para hacerlo y que en definitiva es requisito que quienes ocupen o sean candidatos para ocupar un puesto profesional dentro de la Administración Pública cuenten con dicha incorporación si así lo requiere el Manual de Clases y siempre en acato de los requisitos legales ahí entablados y bajo las disposiciones contempladas dentro del mismo. Las demás implicaciones y supuestos deberán entenderse sobre los argumentos señalados..."

Con estas consideraciones finales, damos por emitido el criterio jurídico solicitado.

Atentamente,

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-312-2011

24 de marzo de 2011

Licenciada

Yazmyn González Campos

Profesional Analista de Reclutamiento

Área de Reclutamiento y Selección de Personal de Recursos Humanos

DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIO CIVIL

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a misiva planteada mediante oficio UID-ARSP-01-2011 de fecha diecisiete de marzo del año en curso, donde se solicita criterio sobre la aplicación de lo establecido en el Decreto N° 36320-MP-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para los funcionarios interino del Tribunal Registral Administrativo.

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, el 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



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello

evitar suplantar a la administración activa, a quien compete aplicar lo que en derecho corresponde en el caso particular.

El caso en estudio ha sido en reiteradas oportunidades un tema atendido tanto por esta Asesoría Jurídica como por el máximo órgano consultor del Estado, sea la Procuraduría General de la República, quien en una última ocasión y haciendo un estudio integral de los criterios antes emitidos por esa sede, analizados los mismos concluyo diciendo:

“Por lo expuesto, esta Procuraduría mantiene el criterio externado en sus dictámenes C-182-2002, C-089-2007 y C-360-2007, en el sentido de que el personal de apoyo del Tribunal Registral Administrativo está sujeto al Régimen de Servicio Civil en materia de reclutamiento y selección de su personal de apoyo, por lo que el nombramiento de ese personal debe hacerse siguiendo la normativa que rige el Régimen y los trámites establecidos por la Dirección General de Servicio Civil.

Lo anterior no obsta para que la Dirección General de Servicio Civil, haciendo uso de los instrumentos que le confiere el ordenamiento jurídico, encargue al Departamento de Personal del Tribunal Registral Administrativo, realizar los trámites propios del procedimiento de reclutamiento y selección que considere oportunos, en el entendido de que en ese supuesto, dicha Dirección no pierde la competencia que le ha sido atribuida en materia regulación, fiscalización y aprobación de ese procedimiento.”⁴¹

Lo supra argumentado por el órgano consulto, atiende lo relativo a la interpretación que debe darse a las normas administrativas; el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública dispone que esa interpretación debe adoptar la forma que mejor garantice el fin público a que se dirige, tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere, pues en el caso de los puestos del Tribunal Registral Administrativo la frase que indica que los funcionarios de ese Tribunal deben cumplir con los requisitos establecidos en la normativa ordinaria *“en materia de*

⁴¹ Dictamen C-075-2010, del 21 de abril 2010, emitido por la Procuraduría General de la República y dirigido al Director General de esta Institución.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

concursos de antecedentes”, debe interpretarse en sentido amplio y no restrictivamente, pues no se desprende del contexto de la norma, ni de la Ley N° 8039⁴², “Ley de Procedimientos de Observancia de Derechos de Propiedad Intelectual”, (Por la cual se creó el Tribunal Registral Administrativo y la que regula su funcionamiento únicamente haciendo referencia al “*concurso de antecedentes*” como forma de contratación del “*resto del personal*” de ese órgano), que el objetivo del legislador con esa frase fuese excluir al personal de apoyo del Tribunal Registral Administrativo del Régimen de Servicio Civil en materia de reclutamiento y selección, ni que el nombramiento de ese personal debiera realizarse haciendo uso únicamente del “*concurso de antecedentes*”.

De modo que ante los argumentos supra citados, debe entenderse al personal del Tribunal Registral sujeto al Régimen de Servicio Civil en materia de reclutamiento y selección, por lo que el nombramiento de ese personal debe hacerse siguiendo la normativa que rige el Régimen y los trámites establecidos por la Dirección General de Servicio Civil. Siendo así y en virtud de que el Decreto N° 36320-MP-MTSS, de las diez días del mes de diciembre de 2010, lo que adiciona es un párrafo segundo al artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil mismo que contempla el reclutamiento y la selección de funcionarios para puestos del Poder Ejecutivo y adscritas,

dicho Decreto es de aplicación a los funcionarios del Tribunal Registral Administrativo.

Atentamente,

⁴² Ley N° 8039 del 12 de diciembre de 2000, que es la que creó el Tribunal Registral Administrativo y la que regula su funcionamiento, únicamente hace referencia al “*concurso de antecedentes*” como forma de contratación del “*resto del personal*” de ese órgano.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Original firmado por Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

CC. Lic. José Joaquín Oviedo Corrales. Director del Área de Reclutamiento y Selección de Personal.

AJ-541-2011
12 de julio de 2011

Licenciado
José Joaquín Oviedo Corrales
Director



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Área de Reclutamiento y Selección de Personal

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a efectuar la atención de la misiva expuesta mediante oficio ARSP-298-2011 de fecha 5 de julio del presente año, en donde se establece una situación jurídica que requiere del análisis de este Despacho para que se indique si la aplicación del Decreto Ejecutivo N° 36320-MP-MTSS⁴³, es procedente para los puestos determinados como “*puestos de confianza*” contemplados en el artículo 4 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil.

Previo a evacuación de la consulta planteada, se debe hacer notar que por política de esta Asesoría Jurídica, no nos pronunciaremos sobre casos concretos o particulares, sino se orientará 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 suplantarse a la administración activa, a quien compete aplicar lo que en derecho corresponde en el caso particular.

Para ilustrar el contexto en el cual se desenvuelven los puestos de confianza, debemos hacer referencia a los mismos se encuentran ocupados por servidores que cuentan con la característica de temporales, pues el puesto en si nace de la norma estatutaria que establece literalmente:

*“Artículo 4.- Se considerará que sirven cargos de confianza:
a)...*

⁴³ Decreto N° 36320-MP-MTSS del 22 de diciembre de 2010.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

f) Los servidores directamente subordinados a los Ministros y Viceministros, hasta un número de diez (10)⁴⁴. Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil.”

Al ser incluidos estos puestos en la norma estatutaria, pertenecen al Régimen de Méritos⁴⁵, los cuales mediante resolución razonada pueden destinarse transitoriamente al desempeño de funciones de confianza de los Ministros y Viceministros, pero esto no hace que quienes ocupen dichos puestos puedan ingresar de modos ya preestablecidos al Régimen de Servicio Civil como tal, mostrando idoneidad por la ocupación de los mismos, ya que estos no pueden ser

considerados puestos vacantes, pues su naturaleza contraria dicha suposición, ya que la finalidad de la norma establecida fue precisamente la de permitir a los jefes de los ministerios⁴⁶ que pudieran tener la posibilidad de contar con personal subordinado a su cargo que fuera de su entera confianza y que pudieran ser de libre nombramiento y remoción, haciendo que sean como ya se citó, los puestos del Régimen de Servicio Civil más no así sus ocupantes, quienes no han sido seleccionados mediante los mecanismos de ingreso establecidos por el Régimen de Méritos, pues para el desempeño de sus funciones no se verifican siquiera los requisitos mínimos por parte de esta Dirección General de Servicio Civil.⁴⁷

⁴⁴ Este número se fijó mediante la Ley 6440 del 16 de mayo de 1980 a fin de evitar abusos y contar con exactitud en el máximo de puestos de esta índole.

⁴⁵ Afirmación abordada mediante oficio DL-248-90 del 21 de agosto de 1990, emitido por el entonces Departamento Legal de esta dirección General.

⁴⁶ Sean únicamente Ministros y Viceministros

⁴⁷ Puede verse sobre el particular lo señalado por la Procuraduría General de la República en su dictamen C-133-98 en el cual apunta:

“Como corolario de lo expuesto en el presente estudio, cabe indicar que en materia de administración de personal la idoneidad -que incluye el concurso- se convierte en el elemento esencial y característico de los nombramientos de los servidores de carrera; mientras que en lo relativo al acceso a los puestos de confianza, si bien puede concurrir la exigencia de ciertos requisitos para el





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

De este modo y al hablar de la aplicación del Decreto Ejecutivo N° 36320-MP-MTSS dentro de sus requisitos de haberse desempeñado en un puesto vacante de los cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, podemos decir que el puesto que en algún inicio estuviera vacante al declararse por resolución como “*puesto de confianza*”, pierde su primer estado por el tiempo que sea ocupado por el servidor que designe el Ministro o Viceministro de la Administración Activa, por lo tanto el plazo que se ocupara dentro de este tipo de puestos no puede contarse para cumplir con los requisitos del Decreto Ejecutivo de marras.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

desempeño del puesto (en aquellos casos donde se justifique), lo que priva es el libre nombramiento -y la correlativa libertad de remoción-. De ahí que resulte del todo irrazonable, así como contrario a los principios de conveniencia y sana administración, el ingreso a puestos de carrera (con la estabilidad que ello presupone) de quienes fueron nombrados libremente en cargos de confianza, o sea, sin sujeción al requisito de la "idoneidad comprobada" que exige categóricamente nuestra Constitución Política."



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-318-2011
28 de marzo del 2011

Licenciada
Karolina Rojas Delgado
krojasdelgado@yahoo.com

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida vía correo electrónico de fecha 7 de marzo del 2011, por la cual plantea lo que de seguido se transcribe:

“...si yo estoy ahorita bajo una licencia(sic) sin goce de salario por un año de las que establece el reglamento del estatuto(sic) del(sic) servicio(sic) civil(sic) yo puedo litigar, si es negativo adonde encuentro las prohibiciones al igual si es positivo donde esta(sic) el fundamento para estos casos,”

Previo a contestar su inquietud debemos indicar que esta



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Asesoría Jurídica no analiza situaciones particulares, por lo que nuestros criterios se emiten únicamente sobre situaciones genéricas, en las cuales no se aprecie la existencia de un sujeto participar a quien se aplicarán las consecuencias derivadas de nuestro discernimiento, por lo que corresponderá a la Administración Activa resolver lo pertinente.

Entrando al análisis de fondo del presente asunto, debe señalarse que dentro del Capítulo VII del Estatuto de Servicio Civil (Ley N° 1581 del 30 de mayo de 1953) denominado "De los Derechos y Deberes", concretamente en su artículo 37, se establece un elenco de derechos de los que gozan los funcionarios cubiertos por el Régimen de Méritos, dentro de los cuales se puede rescatar lo dispuesto en el inciso c), cuyo texto indica:

*“Artículo 37°.- Los servidores del Poder Ejecutivo protegidos por esta ley gozarán de los siguientes derechos:
(...)*

c) Podrán disfrutar de licencia ocasional de excepción con goce de salarios o sin él, según lo establecerá el reglamento de esa ley.

En relación con la licencia sin goce de salario las cuales se encuentran establecidas en el artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, la doctrina define el concepto de licencia aplicada 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.”⁴⁸

⁴⁸ Vocabulario Jurídico, Henri Capitant, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

“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”.*⁴⁹ (el subrayados no es del original)

De lo anterior podemos extraer que ante el otorgamiento de una licencia sin goce de salario la relación de servicio no se extingue, sino se mantiene suspendida en cuyo caso los mismos deberes que embarga la relación de servicio, siempre prevalecen en razón de los criterios de objetividad, imparcialidad, eficiencia y profesionalidad respecto de la Administración Pública.

En cuanto al tema de la Prohibición cuyo contexto se encuentra en la Ley N° 5867 de fecha 15 de diciembre de 1975, en donde restringe la norma al ejercicio de determinada profesión, por lo que se encuentra impido bajo el régimen jurídico de libertades para el ejercicio liberal de la profesión que ostenta, es decir consiste en la inhibición obligatoria e irrenunciable para ejercer funciones propias del cargo o de la profesión que se ostenta, fuera de la Institución, así como también las actividades relacionadas con el ejercicio liberal de la profesión.

Bajo esa tesitura la Resolución de la Sala Segunda N° 2008-000155, de las nueve horas cincuenta minutos del veintisiete de febrero del dos mil ocho, señaló lo siguiente:

⁴⁹ Diccionario de Derecho Público, Emilio Fernández Vázquez, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

“... 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.”

Analizadas las anteriores figuras y siendo un funcionario público que ha suspendido su prestación de servicios para la administración, eso no omite que siga siendo funcionario de la institución de la cual le otorgó el permiso sin goce de salario por determinado tiempo, y siendo eso así es de rigor traer a colación lo que ha manifestado la misma Sala Segunda en la resolución supra señalada:

*“....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***



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

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).

Por otra parte el Reglamento a la Ley de Prohibición señala en el Capítulo VII “De los Deberes y Prohibiciones de los Beneficiarios” lo siguiente:

“Artículo 17.- Son Deberes de los beneficiarios:

- a) Acatar la Ley N°5867 y sus reformas y el presente Reglamento.*
- b) Acatar las disposiciones que al respecto emita la Dirección.*
- c) Verificar que el pago recibido por concepto de prohibición les corresponde conforme a derecho. En caso contrario deberá informar a la Oficina de Recursos Humanos respectiva.*

Artículo 18.- Queda prohibido a los beneficiarios:

- a) Asesorar o ejercer en forma liberal funciones iguales o similares a las del cargo que ostenta.*
- b) Salvo las excepciones de ley, ejercer libremente aquella profesión por la cual se recibe el pago de la compensación económica por concepto de prohibición.*

Artículo 19.- El servidor que goce del beneficio de la prohibición está facultado para ejercer excepcionalmente su profesión, en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de labores docentes en instituciones de enseñanza superior oficial o privada.*
- b) Cuando se trate de impartir cursos de capacitación en instituciones pública siempre que sean auspiciadas y organizadas por dichas instituciones,*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

c) Cuando se trate del ejercicio profesional relacionado con los asuntos personales del servidor, cónyuge, descendientes o ascendientes hasta un tercer grado de consanguinidad o afinidad (hermanos, suegros, yernos y cuñados), siempre que no existan fines de lucro por parte del funcionario o de los familiares aquí mencionados.

d) Cuando se le nombre en cargos de Juntas Directivas, siempre y cuando no exista conflicto de intereses con el puesto desempeñado.

Atentamente,

Original firmado { Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURIDICA

AJ-553-2011
20 de julio del 2011

Señor
Sergio Hidalgo Vásquez
Oficial Mayor
Ministerio de Obras Públicas y Transportes



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta al oficio DOM-829-2011 (10) de fecha 4 de julio del presente año, recibido el día 7 de julio de los corrientes, en el cual se consulta sobre la procedencia de otorgar una licencia sin goce de salario a un funcionario interino de su institución⁵⁰.

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicar al consultante, que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares sometidos a su estudio, por lo que orientaremos la respuesta según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico costarricense, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública. En razón de lo anterior, 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 suplantarse a la Administración Activa, a quien compete aplicar lo que en derecho corresponde en el caso particular.

De acuerdo con lo indicado en el oficio de cita, existe una incertidumbre en la aplicación del artículo 99 inciso g) del decreto ejecutivo N° 36235-MOPT, denominado “Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Obras Públicas y Transportes”, a pesar que en el cuarto párrafo de su oficio se menciona el artículo 33 inciso g), esta Asesoría Jurídica entiende que dicha afirmación se debe a un error material, ya que no existe dentro de dicho reglamento autónomo o en el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil un articulado como el señalado, de tal manera que nos abocaremos a hacer un análisis de la aplicación de la norma interna de esa institución a la luz de lo

⁵⁰ El servidor interino específicamente solicita una licencia sin goce de salario para participar en la Jornada Mundial de la Juventud, a realizarse en Madrid España del 10 de agosto al 14 de setiembre del presente año, siendo que para dicha actividad solicita un permiso sin goce de salario por doce (12) días.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

establecido en el artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Primeramente se considera oportuno traer a análisis lo establecido en los artículos 2 y 99 del reglamento autónomo de cita, los cuales en lo que nos interesa señalan:

“Artículo 2º—Para los efectos legales que se deriven de la aplicación del presente Reglamento se entenderá por: ...”

*“d) **Servidor o servidora /funcionario o funcionaria:** Persona física que presta al Ministerio, **en forma permanente, regular o transitoria**, sus servicios materiales o intelectuales o de ambos géneros, a nombre y por cuenta de éste, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura según el caso, **protegido(s) o no por el Régimen del Servicio Civil.**” (El resaltado es propio)*

*“Artículo 99—**Todos los servidores (as) del Ministerio podrán disfrutar de licencia en las circunstancias, que a continuación se enumeran:**...” (El resaltado es nuestro)*

“g) Las licencias sin goce de salario podrán ser otorgadas de

conformidad con lo establecido en el presente Reglamento y en el artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y demás normativa aplicable.”

*“i) 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: ...” (El resaltado no corresponde al original)*





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

“Toda solicitud de licencia sin goce de salario (o prórroga) deberá presentarse con los documentos en que se fundamentan y la respaldan y su tramitación deberá hacerse con la antelación que la fecha de rige requiera. En el caso de que el servidor se ausentare del trabajo sin la debida aprobación de la licencia o prórroga, se considerará el hecho como abandono de trabajo, y por lo tanto, podrá despedirse de conformidad con el artículo 43 del Estatuto de Servicio Civil. (El resaltado es nuestro)

Deberá la Oficina de Recursos Humanos iniciar las gestiones para que el Estado pueda resarcirse de los gastos y pagos salariales en que haya incurrido por esta causa.”

De la normativa transcrita se puede entender con gran facilidad que las licencias establecidas en el artículo 99 del Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Obras Públicas y Transportes son aplicables a todos los servidores de esa institución, sin distinción, como así lo señala el artículo dos de ese mismo cuerpo normativo, siendo una potestad del jerarca el conceder las licencias inferiores a un mes, siempre y cuando se respete la tramitología indicada y se entregue la documentación que respalde la solicitud.

A pesar que no es necesario un elevado estudio de la norma para llegar a esa conclusión, esta Asesoría Jurídica aprovecha la oportunidad para analizar su cuestionamiento a la luz de lo establecido en el artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, tema que ha sido abordado numerosas veces por la Sala Constitucional y por la Procuraduría General de la República, considerando de gran interés para engrosar el contenido de las resoluciones relacionadas con la materia de permisos sin goce de salario, solicitadas por funcionarios no regulares, hacer una inclusión de extractos de criterios de reciente data sobre el tema, sobre todo en instituciones en donde su reglamento autónomo de servicios no indique tal posibilidad tan puntualmente como en el caso de estudio.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

El Órgano consultivo por excelencia indicó mediante criterio C-151-2008⁵¹ que mientras que la norma no haga una distinción en la forma en que se preste el servicio⁵², no es de recibo hacer diferencias para la aplicación de una normativa relacionada con permisos en particular, siempre y cuando no se altere la continuidad del servicio público, sobre el particular cita:

“En cuanto al resto de las interrogantes y por tratarse de los derechos que pueden tener los funcionarios nombrados de forma interina, es importante señalar, en términos generales, que sobre ello existe abundante jurisprudencia, tanto emanada de la Sala Segunda como de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual se ha subrayado, que el interino viene a sustituir por plazos determinados a los funcionarios regulares, que por diversas circunstancias se les otorga permisos o licencias para ausentarse del cargo por cierto tiempo. Es decir, el objetivo fundamental de emplear a estos funcionarios interinos en la Administración Pública, estriba en asegurar la continuidad del servicio público en pro de la colectividad, a tenor de lo que disponen los artículos 140, inciso 8) de la Constitución Política y 4 de la Ley General de la Administración Pública, según se ha explicado al inicio de este análisis. Sin que esa condición de temporalidad, ha señalado la jurisprudencia, sea justificación valedera para dar un tratamiento diferente en relación con ciertos derechos salariales que disfrutaban los demás funcionarios regulares, pues tanto los unos como los otros deben prestar sus servicios, en forma eficiente y efectiva, es decir con la diligencia y responsabilidad que demanda la ocupación de los cargos públicos. Circunstancia que deberá analizarse caso por caso.”

Pero, en lo que respecta a los artículos 36 y 37 de la Ley en análisis, debe señalarse, como se ha dejado claro en páginas anteriores, que allí no se hace ningún tipo de distinción de funcionario público, para la aplicación del beneficio en cuestión, pues al prescribir la primera norma que “Los funcionarios públicos que sean convocados a una selección nacional o para representar a Costa Rica en una

⁵¹ Criterio C-151-2008, del 08 de mayo del 2008

⁵² Indistintamente de que sea de forma regular o interina.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

competencia deportiva internacional, tendrán derecho a disfrutar de permiso para entrenar, desplazarse y permanecer en concentración...”, incluye a todo aquél que se define en el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, y doctrina que le informa. Por tanto, los funcionarios interinos también son destinatarios de esta normativa, en cuanto cumplan con los demás presupuestos para los efectos del otorgamiento del aquel permiso con goce de salario.”

Sobre el particular el criterio C-015-2009⁵³ de la Procuraduría General de la República indicó:

“Dentro de ese orden de ideas, se establecen en la norma de interés en este análisis (artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil) diversas hipótesis que pueden suscitarse en una relación de servicio habida entre el servidor y la institución para la cual se sirve, las cuales posibilitan a la institución pública otorgar o no, los permisos correspondientes; tomándose en consideración para ello y en lo fundamental, los principios de continuidad y eficiencia del servicio público prestado, tal y como se propugnan en el artículo 4 de mencionada Ley General de la Administración Pública.

Sin embargo, merece examen la duda planteada en su consulta, sobre todo en lo que respecta a los permisos que se podrían otorgar a los servidores interinos, con base en dicha normativa. Ergo, para escudriñar este tema es importante tener en cuenta la doctrina jurisprudencial respecto de la distinción que se hace entre los servidores que ocupan puestos en propiedad y los que los ocupan de manera interina. Así, la Sala Constitucional ha subrayado que:

“los funcionarios regulares o en propiedad tienen una estabilidad absoluta, mientras que los servidores interinos, cualquiera que sea el motivo por el que ostentan un puesto, tienen una estabilidad relativa, de ahí que sería legítimo establecer ciertos matices para ser

⁵³ Criterio C-015-2009, del 28 de enero del 2009.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

contratado, formado, ascendido o conservado en su puesto de trabajo.”

(Sentencia constitucional Número 2006-15580, de 9:57 horas de 27 de octubre del 2006).

En el mismo sentido expuesto, ha puntualizado esa jurisdicción, que:

“... los servidores interinos tienen como común denominador la provisionalidad de su nombramiento, esto implica que los beneficios que ofrezca la Institución a sus funcionarios regulares, pueden ser objeto de un distinto tratamiento, y al otorgarlo puede mediar una mayor discrecionalidad de la Administración. De ahí que, se podrían establecer las gradaciones necesarias para permitir ciertos derechos y beneficios que disfruta el funcionario en propiedad, pero condicionado a la mayor o menor provisionalidad de nombramiento del interino. Un funcionario interino podría verse compelido a dejar su puesto cuando cesa el motivo por el cual fue nombrado -al que fue llamado para cubrir una necesidad institucional, por carecer de o por estar ausente temporalmente su titular -, siendo este un aspecto de peso para determinar la limitación que tendría la Institución para otorgar los beneficios reclamados, al que -aún discrecionalmente- están dispuestos para los servidores propietarios. Precisamente, la jurisprudencia de la Sala ha establecido que es obligación de la Administración no superar el plazo que tiene un funcionario que ingresa al sistema de méritos en plaza vacante, y que el concurso no debe tardar más allá de lo que dura el período de prueba (sentencia No. 1999-4845). El funcionario interino en plaza vacante puede ser legítimamente removido de su puesto en un corto plazo, al acaecer el nombramiento del funcionario regular. De ahí que surge la razón por la cual el interino en plaza vacante debe diferenciarse del interino por sustitución, y esto da el fundamento para el tratamiento diferenciado que se reclama en la acción de inconstitucionalidad. Además, no sería razonable mantener a un funcionario en un puesto interino nombrando otro sustituto por un plazo determinado, cuando al contrario deben iniciarse los trámites para la apertura de los concursos respectivos.”

(Lo subrayado no es del texto original)



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

(En similar sentido, véase Sentencia Número 013504-2006, de las 14:52 horas del 12 de setiembre del 2006)”

...“En cuanto a los demás presupuestos del precitado numeral 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, y como se ha indicado ya, es de resorte de la potestad discrecional del Estado el otorgar o no, esa clase de permisos, tomando en consideración para ello, todas las condiciones y circunstancias en que se encuentra ocupando el puesto un servidor interino, y fundamentalmente la necesidad por la cual se le ha contratado, que en última instancia lo es para la prestación y continuidad del servicio público que allí se presta. (El resaltado es nuestro)

En un caso concreto, el Tribunal Constitucional, atinadamente, resolvió:

“ De la resolución citada y de las que a su vez transcribe se colige, entonces, que los aspectos respecto de los cuales la Sala ha establecido el principio de la estabilidad impropia de los servidores interinos son su sustitución por otro trabajador interino de iguales condiciones y la opción de participar en concursos internos, no así el acceso a licencias de estudios, de tal modo que no resulta discriminatorio el que a la recurrente se le practica la diferenciación que acusa. El reclamo por desigualdad, por ende, se debe desechar y el amparo desestimarse.” (Sentencia Número 15580-2006, de 9: 57 horas de 27 de octubre del 2006)”

Finalmente, el criterio de cita concluye entre otras cuestiones lo siguiente:

“1.- La posibilidad de otorgar a los servidores o funcionarios interinos cualquiera de los permisos o licencias, de las que se encuentran contempladas en el artículo 33 del Reglamento al(sic) Estatuto, del Servicio Civil, es de resorte potestativo de la Administración, tomándose en consideración para ello, todas las condiciones y circunstancias en que se encuentran ocupando el puesto provisionalmente, en aras de la prestación y continuidad del servicio público que allí se presta, según artículo 4 de la Ley General de la



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Administración Pública.

De ahí que los permisos o licencias que la Administración podría otorgar a esa clase de personal interino, deben estar debidamente justificados y razonados, al tenor de los artículos 131, 132, 133 y 134 de la Ley General de la Administración Pública. (El resaltado no corresponde al original)

Bajo esta inteligencia, dependerá de las autoridades de la administración activa, determinar la procedencia de otorgar una licencia sin goce de salario a un funcionario interino, considerando primeramente que persista continuidad del servicio público, que se respete lo que establezca la normativa específica que otorgue la licencia, y finalmente que el servidor interesado presente la documentación requerida, de acuerdo con la normativa específica, y cumpla a cabalidad con la tramitología para cada caso en concreto.

Atentamente,

Original firmado por Lic. César Soto Solís

Lic. César A. Soto Solís
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-518-2011
4 de julio de 2011



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Licenciada
Yilena Alcázar Arroyo
Auditora Interna
Ministerio de Cultura

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta al oficio Au-012-11 del 22 de junio del 2011, mediante la cual solicita criterio respecto al inciso b) del artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, solicitando se indique cuáles serían las opciones que se tendrían para poner a derecho la situación indicada⁵⁴.

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.

Es de suma importancia, por ser de principal interés para la adecuada respuesta a su cuestionamiento transcribir la normativa relacionada, según se indica en lo que interesa:

- Artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil:

“El Ingreso al Servicio Civil

Son requisitos para ingresar al Servicio Civil, aparte de lo establecido por el artículo 20 del Estatuto, los siguientes:

⁵⁴ A saber, el ingreso a la institución de un funcionario que fue trasladado mediante un movimiento horizontal, se advierte además de la situación descrita que ambos funcionarios que tiene una relación de parentesco, tiene más de 10 años para laborar para la institución.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

a)

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.

No obstante, cuando se compruebe mayor idoneidad para un puesto determinado y así lo amerite la necesidad del servicio público, a juicio del Ministro o jerarca nominador, el Tribunal podrá excepcionalmente, dispensar al interesado de este requisito.” (El resaltado no corresponde al original)

Ahora bien, en relación con el nombramiento de personal que mantengan un ligamen ya sea de consanguinidad o afinidad, en el mismo departamento, son bastos los criterios que ha emitido esta Asesoría Jurídica⁵⁵, trayendo directamente el que responde al número AJ-479-2008 de estrecha relación con su consulta, ya que recoge diversas normas que comprenden la situación planteada, del cual se transcribe en lo que interesa lo siguiente:

... 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,

⁵⁵ AJ-435-2007 del 26 de Julio de 2007, AJ-624-2007 del 14 de noviembre del 2007, AJ-479-2008 19 de agosto de 2008, AJ-075-2009 del 18 de febrero de 2009, entre otros.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

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.”

Por otra parte, también se 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



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

decidir quién 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 también 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



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

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.”

Finalmente, y para mayor abundamiento se transcribe en lo que interesa el oficio también emitido por este centro de trabajo número

AJ-75-2009, del 18 de febrero del 2009, mediante el cual, se respondió otra interrogante con parámetros muy similares a los que describe en su nota:

“...Como se puede apreciar, las eventuales limitaciones que pudieran presentarse por relaciones de parentesco sobrevenido al ingreso al Régimen de Servicio Civil, no son un asunto que necesariamente encuentre solución por sí misma únicamente en la normativa estatutaria, sino que se hace ineludible recurrir a la integración de normas de más reciente promulgación, bajo la aplicación de principios de sana administración pública.

Adicionalmente, aunque no está dentro de la competencia de esta Asesoría Jurídica interpretar las resoluciones de la Sala



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Constitucional, pues las mismas son de acatamiento erga omnes, resulta oportuno mencionar la aplicación de la 2005-10123 de las 14:48 del tres de agosto de 2005, adjuntada a su consulta. Desde nuestra óptica, esa resolución del órgano contralor de constitucionalidad no afecta ni entra en contradicción con los criterios jurídicos emitidos, toda vez que se refiere a un asunto diferente, aunque utiliza el inciso b) del artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil para solucionarlo.

En síntesis, el advenimiento de una relación de parentesco que eventualmente configure una limitación en los términos del inciso b) supra citado, no constituye una causal de cese de interinos, mucho menos una causal de despido, pues el servidor ya se encontraba prestando sus servicios para la administración.

Más bien, la resolución 2005-10123 citada supra, confirma que el parentesco sobrevenido es una situación que debe ser prevista por la administración para realizar los movimientos de personal que sean necesarios para mantener la imparcialidad y objetividad de la institución o de la dependencia

En ese orden de ideas, corresponderá a los órganos asesores de la respectiva Institución, sugerir y recomendar todas aquellas acciones que sean conformes y razonables para el caso concreto.”

Atentamente,

Original firmado { Lic. César Soto Solís

Lic. César A. Soto Solís

ASESORÍA JURÍDICA



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-512-2011
30 de junio del 2011

Licenciada
Margarita Jiménez
Correo electrónico: margajiros@yahoo.com

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico recibido por el Máster Francisco Chang Vargas Director del Área de Salarios e Incentivos el 23 de junio del presente año y traslado a este Despacho el día 27 del mismo mes y año, en el cual describe su situación particular manifestando que:

“...Durante cinco años ocupé una plaza interina en una institución pública que es parte del Servicio Civil. En ocasión del Decreto Presidencial la tema de la misma fue enviada a dicha entidad la cual yo conformaba, sin embargo, fui cesada el pasado 15 de mayo. Pese a que aún no me han pagado mi liquidación, me informó la persona del Área de Recursos Humanos que si regreso al sector estatal debo devolver en forma proporcional el dinero de dicha liquidación. Es decir, que si me han de pagar por cada año laborado un mes de salario, debo estar fuera del sistema durante cinco meses, pero si por ejemplo obtengo una plaza o un permiso antes de ese tiempo debo devolver el dinero proporcional al tiempo que estuve fuera. Entonces, si estuve fuera por dos meses, tengo que devolver el dinero pagado de los tres meses restantes.

Recientemente una persona en la misma situación hizo una consulta a salarios del Servicio Civil y le dijeron que eso no es así porque ocupaba una plaza en forma interina y que eso rige para las personas en propiedad o que estén renunciando,



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

pero no cuando la persona está siendo cesada.

Al respecto le agradezco su atenta colaboración para determinar:

- 1. Cuál es el asidero legal que sustenta dicho criterio?*
- 2. En caso de que fuera cierto si se trata del sector estatal en su totalidad o solo el gobierno central.*
- 3. En qué se basa el criterio de que para poder regresar a trabajar para el Estado se debe devolver el dinero del pago de la liquidación en forma proporcional?*
- 4. Si el mismo rige para los interinos también o para las personas en propiedad?*
- 5. De ser así, cuánto tiempo debe estar fuera del sistema la persona cesada?"*

Descrita su consulta procedemos a indicarle previo a pronunciarnos, que por política de este Centro de Trabajo no se emiten criterios para resolver asuntos concretos, por lo que analizaremos la norma jurídica en la materia específica para con ello evitar suplantar a la administración activa, que es a quien le corresponde aplicar lo que en derecho corresponde, amparados en el Principio de Legalidad que consagra la Constitución Política, en su numeral 11 y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública, como depositarios de la ley y en cumplimiento a la obligación de velar por la correcta aplicación de la misma.

Para dar contestación al supuesto citado, es menester traer a colación la normativa referida a dicho tema la cual está contemplada en el Código de Trabajo, cuya aplicación supletoria autoriza el numeral 51 del Estatuto de Servicio Civil.

Ahora bien, siendo que los puntos 1, 3 y 5 versan concretamente sobre la posibilidad de ingresar otra vez al Sector Público, debemos traerse a colación el numeral 586 inciso b) del Código de Trabajo que señala en lo que interesa:

"...b) Los servidores que se acojan a los beneficios de este artículo no podrán ocupar cargos remunerados en ninguna dependencia del



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Estado, durante un tiempo igual al representado por la suma recibida en calidad de auxilio de cesantía. Si dentro de ese lapso llegaren a aceptarlo, quedarán obligados a reintegrar al Tesoro Público las sumas percibidas por ese concepto deduciendo aquellas que representen los salarios que habían devengado durante el término que permanecieron cesantes.”

Nótese que la norma supra transcrita señala la obligatoriedad a que queda sujeto el servidor, sea propietario o interino, que ha recibido el pago de prestaciones legales, a no prestar nuevamente sus servicios sino una vez transcurrido el tiempo señalado en el referido inciso b), o en su defecto, proceder a efectuar la correspondiente devolución de dinero a las arcas públicas.

Cabe acotar que con la normativa expuesta del artículo 586 inciso b) del Código Laboral, se vino a prever una de las tantas formas en que se puede presentar lo que la doctrina ha denominado enriquecimiento sin causa, figura esta que constituye una fuente de las obligaciones, siendo que en los siguientes incisos del citado numeral, se vienen a establecer las bases para que la administración pueda restituir o repetir lo pagado, que es la consecuencia que se estableció a favor de la persona, en este caso El Estado, que ha sufrido el perjuicio patrimonial, términos que se han expuesto en el oficio número AJ-277-2000, dictado por esta Asesoría Jurídica .

Debemos mencionar que en el oficio número AJ-720-2006 de este centro de trabajo, en relación con el artículo supra indicado, trajo a colación una acción de inconstitucionalidad planteada ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual fue rechazada

por medio del voto número 7180 de las quince horas cuatro minutos del ocho de junio del dos mil cinco, en el cual se manifestó que no se infringen los artículos 56 y 63 de la Constitución Política, ni el principio constitucional de razonabilidad, indicando en lo que interesa lo siguiente:



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

"...Aplicando el marco conceptual que emplea la Sala a este asunto, tenemos que ciertamente lo pretendido por la norma es legítimo, porque ordena al ex servidor empleado nuevamente por el Estado, la devolución de parte de lo percibido por el mismo Estado en su calidad de patrono, por concepto de auxilio de cesantía, en la parte que corresponde al tiempo en que el servidor ya no está cesante, por haber recuperado su condición de asalariado público. De forma que, contrario a lo que afirma el accionante, el mecanismo cuestionado no está prohibido por el artículo 63 constitucional, que lo que prevé es el auxilio de cesantía o indemnización a favor del trabajador despedido, para el período de desocupación. También resulta legítima la norma cuestionada porque es una disposición que integra el Código de Trabajo, que tiene rango legal. En cuanto al examen de idoneidad, la medida dispuesta en el artículo cuestionado resulta apta para alcanzar el objetivo fijado, pues al convertirse el servidor despedido nuevamente en asalariado del Estado, desaparece la justificación de la indemnización por auxilio de cesantía. Véase que el fin de la indemnización es proteger al trabajador cesante como consecuencia del despido injustificado, situación que desaparece cuando se hace acreedor del salario, a cargo del mismo Estado patrono. A lo anterior se agrega que resulta incompatible percibir a cargo del mismo patrono, el monto por salario y a la vez por auxilio de cesantía correspondientes ambos rubros al mismo período"..."

Propiamente del oficio supra citado AJ-720-2006, se extrae lo siguiente, refiriéndose a lo que sobre el tema ha dicho la Procuraduría General de la República:

"...Según hemos explicado ampliamente en nuestra doctrina, como consecuencia inmediata de aquella prohibición, es claro que el servidor público que recién ha recibido el pago de prestaciones legales por la



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

supresión de su puesto, por ejemplo, no puede reingresar al servicio de la Administración Pública conservando la indemnización recibida. Si desea reingresar a un nuevo puesto, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 586 del Código de Trabajo, el interesado debe esperar a que transcurra "... un tiempo igual al representado por la suma recibida en calidad de auxilio de cesantía". O bien, otra opción legalmente prevista por el numeral de comentario, es que en tales casos el interesado devuelva o reintegre al Tesoro Público la indemnización recibida en la proporción que falte para completar el período durante el cual debería haber estado cesante"... (Dictamen C-097-2006)

..."En todo caso, cabe aclarar que la prohibición para ocupar cargos remunerados en el sector público luego de haber recibido las indemnizaciones que prevén los artículos 28, 29 y 31 del Código de Trabajo no es absoluta, pues el propio artículo 586 mencionado, dispone que si se llega a aceptar un cargo de esa naturaleza, basta con que el funcionario reintegre al Estado, total o parcialmente, según sea el caso, las sumas percibidas por ese concepto"... (Opinión Jurídica 172-2005)".

Después de la jurisprudencia judicial y administrativa expuesta, tenemos clara la legalidad y aplicabilidad del artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo, desprendiéndose de ello, la obligación que tiene la persona que recibió el pago de sus prestaciones y desea volver a trabajar para alguna de las instituciones del Estado, de esperar a que transcurra un tiempo igual al recibido por auxilio de cesantía, o bien, devolver el dinero proporcional al tiempo que le falte por cumplir.

Con respecto al punto dos de su cuestionamiento sobre si se trata del sector estatal o gobierno central, se debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Procuraduría General de la



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

República, la cual señaló en su Dictamen número C- 225-82 (el cual pese a su antigüedad, tiene plena vigencia) que:

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

En cuanto al cuestionamiento cuarto de su misiva, en la que cuestiona si la normativa en análisis se aplica a un servidor interino o a un propietario, como se indicó supra, la norma jurídica transcrita no

distingue, por lo que no debemos hacerlo, esto en cumplimiento al Principio de Legalidad.

Atentamente,

Original firmado { Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORÍA JURÍDICA



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-404-2011
10 de mayo de 2011

Máster
Ferdinando Goñi Ortiz
DIRECTOR
ÁREA CARRERA DOCENTE

Estimado señor:

Con la aprobación de la Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su Oficio CD-512-2011, recibido en este centro de trabajo el día 13 de abril del año en curso, mediante el cual se solicita criterio jurídico en torno a las competencias técnicas que tiene su representada, de conformidad con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en Sentencia N° 2011003113, de las 9:02 horas del 11 de marzo del presente año.

A este respecto, nos permitimos indicar que mediante la sentencia de marras se ordena a la Dirección General de



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Servicio Civil, así como al Ministerio de Educación Pública, realizar todas aquellas actuaciones necesarias para atender la solicitud de programación de prueba de dominio de idioma francés de la recurrente Floribell de la Paz Anderson Curling, lo cual a nuestro entender, y en el caso concreto de esta Dirección General, es resorte exclusivo del Área de Carrera Docente.

Ahora bien, ante su consulta, hemos de manifestar que para el caso que nos ocupa, el artículo 87 y siguientes aplicables del Estatuto de Servicio Civil, pueden ser revisados a fin de encontrar una respuesta satisfactoria a su interrogante. Al respecto señala el numeral 87 de previa cita, en lo que interesa lo siguiente:

*“...Para el nombramiento del personal técnico-docente y administrativo docente, se seguirá el procedimiento de terna que señala el Título Primero de este Estatuto y su Reglamento. Sin embargo, la elaboración de las bases y promedios para la selección previa tanto el personal propiamente docente, como del personal técnico y administrativo docente, estará a cargo de jurados asesores de la Dirección General de Servicio Civil...” **El subrayado es propio.***

En esta misma línea, el artículo 88 del mismo cuerpo legal, indica lo que a continuación se transcribe:

“...Artículo 88.-Al elaborar las bases y promedios para la selección, el Jurado deberá tomar en cuenta, de acuerdo con los requisitos que para cada clase establece el Manual Descriptivo de Puestos, los siguientes aspectos:

a) Preparación profesional;

b) Experiencia afín a puesto solicitado;

c) Aptitudes del candidato en relación con el cargo; y

*d) Las demás condiciones que, a juicio del Jurado, deban ser consideradas...” **Lo subrayado no pertenece al original.***



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Con base en estas disposiciones normativas, y demás numerales aplicables, se evidencia que la dependencia técnica competente para dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala Constitucional en el caso que nos ocupa es precisamente el Área a su digno cargo. De esta manera, y como instancia responsable, resulta imprescindible las acciones de coordinación que deberá desplegar ese centro de trabajo con las diferentes dependencias participantes, a fin de que se puedan integrar como corresponde, los Jurados Asesores que preceptúa el citado artículo 87 del Estatuto de Servicio Civil, Órgano Colegiado sobre el cual, en principio, recae la tarea de establecer las bases de selección para los puestos establecidos por la norma, así como cualquier otra condición de orden técnico que pudiera estar referido al sistema de calificación.

Hecha la aclaración anterior, se le hace ver al consultante la imperiosa necesidad de que se inicien inmediatamente, las acciones y procedimientos correspondientes en aras de dar fiel cumplimiento a lo ordenado por nuestro máximo Tribunal de la República en el plazo establecido, que para el presente caso y conforme a la fecha de notificación a esta Dirección General, vence el próximo **13 de julio del año en curso**, evitando con ello incurrir en el régimen de responsabilidades que para estos casos prevé el ordenamiento jurídico costarricense.

Finalmente, se le ruega informar a la Dirección General, sobre todas las acciones que se realicen en pro de resolver satisfactoriamente el asunto en trámite.

Atentamente,

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

📁 Máster José Joaquín Arguedas Herrera, Director General



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-298-2011
23 de marzo de 2011

Licenciado
Mauricio Vargas Rodríguez
Profesional en Informática y Computación
Ministerio de Educación Pública

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, atendemos las consultas planteadas mediante sus oficios sin número, en donde requiere la emisión de criterio jurídico sobre las siguientes consultas relacionadas con la incorporación a los Colegios Profesionales de quienes son profesionales (valga la redundancia) en informática y computación, en virtud del dictamen N° C-193-2010 del siete de diciembre de dos mil diez, emitido por el órgano consultor del Estado, sea la Procuraduría General de la República, mismas que requieren atención en cuanto a los siguientes contenidos:

“1- Para quienes hemos laborado desde hace años en el estado (sic) y tuvimos que incorporarnos como requisito para poder ejercer, podemos solicitar la desincorporación al colegio sin sufrir ningún inconveniente ni trastorno laboral o salarial?”

2- Este dictamen emitido por la Procuraduría General de la Republica, está por encima de los reglamentos estipulados por el régimen del Servicio Civil? Y si así fuera, está el servicio civil en la obligación de eliminar como requisito la incorporación a este colegio para que los profesionales en Informática y computación podemos ejercer dentro del Estado?



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

3- Según mi conocimiento y de acuerdo a(sic) lo normado por las leyes de nuestro país, el pago de la prohibición, no está sujeto al cumplimiento o requisito de colegiatura, son dos aspectos completamente separados. No obstante en algunos casos se ha relacionado de manera directa estos dos aspectos, es decir se ha indicado que el pago de la prohibición se realizara solo si se cumple el requisito de colegiatura. Quisiera saber si este es procedente o improcedente.

4- Dado el punto 3, si el procedimiento resulta improcedente, cualquier profesional en Informática que labore o ingrese a laborar al estado y/o forme parte del régimen del Servicio Civil, seguiría devengando el plus denominado Prohibición?"

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, el 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.

Ahora y sobre las misivas expuestas, primeramente en cuanto a la incorporación a los Colegios Profesionales, es menester indicar que la misma encadena un requisito legal en muchos casos para el libre ejercicio de la profesión, y en el caso de los profesionales en el campo de la informática y la computación, debemos de traer a mención lo expuesto en el criterio aportado por el consultante, en el cual claramente se señala que, para que esa libertad del ejercicio profesional pueda darse atado a la incorporación a un Colegio de Profesionales, debe esta normativa estar expresamente dispuesta por ley; igual apreciación se encuentra en el análisis de fondo



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

hecho por la Sala Constitucional en el voto N. 1626-97 de 15:21 hrs. del 18 de marzo de 1997, en el que afirmó:

“...Como bien indicó la Procuraduría General de la República, dado que el ejercicio profesional concierne al efectivo ejercicio de una libertad pública, éste debe ser definido por la ley...”

Más recientemente expresó:

“III.-

***SOBRE LA LIBERTAD PROFESIONAL.** La Constitución Política no consagra expresamente la libertad profesional, sin embargo, esta libertad fundamental puede deducirse de la interpretación armónica de varios derechos constitucionales, concretamente, de los numerales 46 y 56 de la Carta Política que garantizan en nuestro ordenamiento el derecho al trabajo y la libertad empresarial. El contenido esencial de la libertad profesional comprende el derecho de elección de la profesión y el libre ejercicio de la actividad profesional. Si bien estos dos conceptos se encuentran estrechamente relacionados, las intervenciones estatales en cada de una de esas facetas se presentan con distinta intensidad. Así pues, la elección de la profesión debe ser un acto de autodeterminación de la libre voluntad del individuo y debe permanecer, en lo posible, resguardado de toda intervención del poder público. Por su parte, mediante el ejercicio de la profesión, el individuo interviene directamente en la vida social, por consiguiente, se le puede imponer restricciones en interés de los demás. De esa forma, la no afectación a terceros, la protección de la moral y el orden público son condiciones que justifican el establecimiento de limitaciones al ejercicio de la actividad profesional (artículo 28 constitucional). Ahora bien, aquí se aplica el principio de reserva de ley que determina que sólo mediante una norma con rango de ley – en sentido formal y material – es posible restringir los derechos fundamentales. Asimismo, se aplica el principio “pro libertatis” que dispone que toda norma jurídica deba ser interpretada en forma que favorezca la libertad. Sin embargo, se reitera, la libertad de ejercer una profesión se puede restringir por medio de ley en la medida que consideraciones razonables sobre el interés público lo demanden, mientras*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

que la libertad de elegir la profesión, por el contrario, sólo puede ser restringida en la medida que la protección de un bien común especialmente importante lo justifique. Desde esa perspectiva, la protección de valores tan diversos como la salud, la educación, el bienestar y la seguridad, fundamenta la intervención del Estado - por medio de ley - en el ejercicio de las profesiones liberales, a efectos de garantizar la calidad y confiabilidad de los servicios que se brinden, así como la no afectación de terceros y el respeto de la moral y el orden público". Resolución N. 1819-2005 de 8:47 hrs. de 25 de febrero de 2005."

Esa libertad de ejercicio puede llegar a conllevar diversas restricciones o controles que sean establecidas por regulaciones de orden público. De modo que, dentro de la legislación Estatal los diferentes tipos de profesiones se formalizan o institucionalizan para pretender reservas respecto de la actividad profesional, en aras del resguardo del interés público y del propio ejercicio profesional, las cuales como ya indicamos pueden limitar el ejercicio profesional.

Entre las posibles restricciones a este ejercicio, lo esta la exigencia de una titulación (profesión titulada) y la colegiación misma o incorporación continuando con la terminología en estudio. Indica la Procuraduría General de la República que: *"Las condiciones y requisitos para la incorporación a un colegio profesional constituyen requisitos para el ejercicio profesional. Condicionan el disfrute del derecho al ejercicio. Puesto que el ejercicio profesional forma parte de la libertad profesional, se sigue que cualquier restricción al ejercicio profesional debe estar prevista en la Ley, así como encontrar fundamento en el interés público. La reserva de ley en la materia impide al Colegio establecer condiciones o requisitos para el ejercicio profesional que no tengan su origen en la ley. Entre esas condiciones, le está prohibido imponer la colegiatura obligatoria cuando esta no se encuentra prescrita por la ley."*⁵⁶

⁵⁶ Dictamen C-193-2010 del 13 de setiembre de 2010 de la Procuraduría General de la República





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

En razón de lo anterior y al no encontrarse normada por ley, la obligatoriedad de incorporación al Colegio de Profesionales en Informática y Computación (gremio que consulta y al que se refiere el criterio del órgano consultor) para los profesionales en esta materia que les impida el ejercicio liberal de la misma, pues la Ley del Colegio de Profesionales en Informática y Computación, N° 7537 del 22 de agosto de 1995, no establece la obligación de incorporación en dicho Colegio como requisito para el ejercicio profesional de los informáticos y profesionales en computación, lo que hace consecuente que dicho Colegio no puede imponer a los organismos públicos la obligación de nombrar como profesionales en informática y computación a los miembros colegiados a esta dependencia.

Por otro lado, para la ocupación de un puesto cubierto por el Régimen de Servicio Civil deben de cumplirse con supuestos o requisitos legales y formales, y uno de los mismos es que dentro de los puestos del estrato profesional cubiertos por el Régimen de Méritos se debe estar incorporado al Colegio Profesional respectivo que así lo requiera. Bajo esta inteligencia y en virtud de lo expuesto en el párrafo anterior podría afirmarse que en el caso del gremio de los *informáticos* no es indispensable dicho requisito para su ingreso, más para, contestar la interrogante relacionada a este fondo debemos de concluir señalando que no se evidencia a la luz de esta situación que el no encontrarse incorporado al Colegio Profesional respectivo repunte un *trastorno* laboral o bien salarial para los profesionales en este campo.

Siguiendo con las misivas planteadas, en cuanto a la jerarquía de las normas debemos de indicar que los criterios emitidos en este caso por el órgano consultor del Estado son vinculantes para la Administración, más estos no tiene la facultad de modificar así una normativa de tipo Reglamentario o bien Estatutaria como lo es el Estatuto de Servicio Civil que nace constitucionalmente.

Continuando, efectivamente lleva razón el consultante al afirmar que el pago por concepto de prohibición no mantiene relación con el tema que se ha desarrollado a lo largo del presente criterio, pues los puestos que son afectados con este incentivo salarial, lo son



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

directamente por ley especial que determine la afectación al puesto y no así al individuo. El beneficio de prohibición nació a la vida jurídica mediante la Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975, como una compensación por la pérdida económica que significaría para algunos funcionarios el hecho de laborar en forma exclusiva para la institución en la que se encontraran nombrados, o lo que es lo mismo, la imposibilidad de ejercer su profesión ya sea en otras instituciones públicas o privadas o en forma liberal. Dicho emolumento fue concebido inicialmente para el personal de la Administración Tributaria que se encuentre sujeto, por razón de su cargo, a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo.

Posteriormente, diversas leyes fueron reconociendo el derecho al pago de prohibición a distintos grupos de funcionarios.

Como se ha señalado en numerosos pronunciamientos, tanto de esta Asesoría Jurídica, como de la Procuraduría General de la República, la compensación por prohibición, a diferencia de otros pluses, como por ejemplo, la dedicación exclusiva, tiene su origen en la ley, de manera que, en principio, sólo se les debe reconocer a aquellos funcionarios que ocupen puestos afectados legalmente por prohibición. De conformidad con las normas supra citadas, y sin perjuicio de otras disposiciones que otorguen el derecho a grupos específicos de funcionarios. De modo que es una situación distinta el pago por concepto de prohibición para un puesto que se encuentre afectado a dicho incentivo cuando se hace el mismo para evitar el ejercicio libre de la profesión y esta *libertad de ejercicio* se encuentre sin ningún impedimento relacionado a la incorporación o no al Colegio Profesional respectivo, por las razones supra expuestas.

Aclarados los puntos podemos concluir que:

-La libertad al ejercicio profesional solo se puede ver afectada por una ley que así lo sostente y que ate dicha actividad a la incorporación al un Colegio Profesional.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

- En el caso de los profesionales en informática y computación no es requisito en virtud del criterio emitido por la Procuraduría General de la República el estar incorporado al Colegio Profesional en esa área para poseer o bien aspirar a un puesto cubierto por el Régimen de Méritos.
- Los dictámenes de la Procuraduría General de la República son vinculantes para el ejercicio de la Administración, más no por esta situación tienen la facultad de modificar normas como las del Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.
- El pago por concepto de prohibición no se encuentra sujeto exclusivamente al cumplimiento del requisito de incorporación para un puesto profesional.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

CC. Lic. Rómulo Castro Víquez. Director del Área de Gestión de Recursos Humanos.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-390-2011
6 de mayo de 2011

Señor
Mario Alonso Álvarez Córdoba
Ministerio de Ciencia y Tecnología, MICIT
Correo electrónico: mario.alvarez@micit.go.cr
S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico, por medio del cual solicita se atienda una consulta relacionada con el pago de prohibición que según manifiesta tiene un estado de egresado en la disciplina de la informática. Sobre el particular le informamos que la competencia de este Despacho está circunscrita a la emisión de criterios jurídicos de carácter general, omitiendo pronunciarse sobre casos particulares que deben ser resueltos por la administración activa.

La norma donde se deriva la prohibición, es la Ley N° 5867, denominada Ley de Compensación por Pago de Prohibición, la cual establece en su Artículo 1º, lo siguiente:

“ ... Para el personal de la Administración Tributaria que, en razón de sus cargos, se encuentre sujeto a la prohibición contenida



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo, se establece la siguiente compensación económica sobre el salario base de la escala de sueldos y salarios de la Administración Pública:

- a) Un sesenta y cinco por ciento (65%) para los profesionales en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.
- b) Un cuarenta y cinco por ciento (45%) para los egresados de programas de licenciatura o maestría.
- c) Un treinta por ciento (30%) para quienes sean bachilleres universitarios o hayan aprobado el cuarto año de la respectiva carrera universitaria.
- d) Un veinticinco por ciento (25%) para quienes hayan aprobado el tercer año universitario o cuenten con una preparación equivalente ...”

Para el caso particular de los profesionales en el área de cómputo, la ley que concretamente regula la figura de la prohibición es, precisamente, la Ley N° 7097, “Ley de Presupuesto Extraordinario” del 18 de agosto de 1988, vigente a partir del 01 de setiembre de ese mismo año, y demás normativa conexas, que específicamente en su Artículo 41 dispone lo siguiente:

“ ...Artículo 41.-Al personal con especialidad en Cómputo que labora en los departamentos de Cómputo de las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil y del Poder Judicial, se les reconocerá la prohibición establecida en la Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975 y sus reformas, en los mismos términos que se le reconoce al personal de la Oficina Técnica Mecanizada ...”





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Este artículo es claro en señalar que el personal con especialidad en cómputo que trabaja para este tipo de unidades especializadas dentro de las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil, tienen por ley el derecho de que se les reconozca la compensación económica por concepto de prohibición, tal y como lo dispone la Ley 5867 y su reglamento, así como las diversas reformas posteriores.

De igual forma señala la Procuraduría General de la República sobre este tema:

“...de la lectura de la norma 41 de la Ley No. 7097 de referida cita, no se logra inferir que sea requisito para otorgar el beneficio por prohibición el que el departamento o unidad de cómputo deba estar dentro de la estructura organizacional aprobada por el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, sino que ese personal especializado en cómputo cumpla los requisitos de la Ley No. 5867 y que realice las labores técnicas propias de esa área de trabajo...”⁵⁷

Ahora bien, de acuerdo con su condición de egresado, debe presentar la certificación emitida por el Departamento de Registro de la Universidad respectiva, al Departamento de Recursos Humanos, para que verifiquen si le corresponde y si cumple con los requisitos establecidos para ser acreedor a este incentivo.

Atentamente,

Original firmado { Licda. Margarita Rodríguez Soto

⁵⁷ / Dictamen C-064-2005 de fecha 14-02-2005.



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Licda. Margarita Rodríguez Soto
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-440-2011
25 de mayo de 2011

Licenciado
Alonzo Hernández Montero



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIAMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Director de Desarrollo Humano
Ministerio de Salud

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su atento Oficio DDH-1640-201, fechado 16 de mayo del año en curso y suscrito mancomunadamente con la señora Sandra Barrientos Escobar, Directora de la División Administrativa de esa Cartera Ministerial, mediante el cual se solicita a este centro de trabajo criterio jurídico en torno “...a la posibilidad de pagar el beneficio de prohibición a aquellos funcionarios, que no siendo el Proveedor Institucional, se desempeñan con puestos de jefatura en las diversas áreas o unidades organizativas que conforman las Proveedurías Institucionales, tales como Programación y Control, Contrataciones y Central de Almacenamiento y Distribución...”.

Sobre este particular, y previo a los argumentos que esta Asesoría Jurídica considera importante señalar al respecto, conviene indicar a los consultantes, que en aras de respetar el ámbito de competencias de las diferentes sedes administrativas, el tema en discusión será abordado desde una perspectiva jurídica general, señalando que para todos los efectos, se comparte lo dicho en el Oficio DG-242-2010 del 11 de mayo del año recién pasado, por medio del cual, y ante consulta sobre un caso similar, la Dirección General de Servicio Civil se manifestó en forma amplia y directa, cuya argumentación encuentra al día de hoy plena vigencia, en términos de su aplicación a casos como el que nos ocupa, por lo que es de capital importancia transcribir, en lo pertinente, algunos extractos del supra citado oficio:

“...En primera instancia, resulta importante decir que el tema ha sido abordado en varias ocasiones, tanto por esta Dirección General, como por la Asesoría Jurídica de la institución, ante diversas consultas recibidas en torno a la posibilidad de que se reconozca dicho



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

plus salarial en puestos cubiertos por el régimen estatutario⁵⁸. En la mayoría de dichos pronunciamientos, se ha sostenido la tesis de que el incentivo de Prohibición se constituye en reserva de ley, y que como tal, el puesto que se encuentre afecto a esta figura, supone, necesariamente, que exista una norma de igual rango que autorice su pago correspondiente.

Bajo estas consideraciones, encontramos que el marco legal aplicable al régimen de Prohibición se encuentra definido, primeramente, por la Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975 y sus diversas reformas, que inicialmente abarcaba, en forma exclusiva, al personal de la administración tributaria cubierto por el régimen, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Con posterioridad, dicha legislación fue reformada a través de una vasta normativa, que hizo extensivo, paulatinamente, el beneficio a otros servidores públicos, que ostentaban diferentes grados y formaciones académicas, y que a la vez ocupaban cargos en otras áreas de la administración pública⁵⁹.

Esta normativa se complementó en forma importante, con la promulgación del Decreto Ejecutivo N° 22614 del 22 de octubre de 1993, el cual vino a reglamentar el pago de compensación por concepto de Prohibición, pero que a su vez, no ha estado exento de modificaciones desde el momento preciso de su vigencia.

⁵⁸ Al respecto véase, entre otros, los oficios: DG-681-2008 del 13/10/2008, DG-003-2009 del 05/01/2009, DG-168-2009 del 25/03/2009, AJ-921-2004 del 16/08/2004, AJ-198-2008 del 10/04/2008, AJ-298-2009 del 08/06/2009 y AJ-320-2009 del 15/06/2009.

⁵⁹ Consúltese al respecto, entre otra, la siguiente normativa: Ley N° 6700 de 23 de diciembre de 1981, Ley N° 6815 de 27 de septiembre de 1982, artículo 37, Ley N° 6831 de 23 de diciembre de 1982, en el inciso 53 del artículo 9, la N° 6975 de 30 de noviembre de 1984, Ley N° 6995 de 22 de julio de 1985, Ley N° 7015 de 22 de noviembre de 1985, Ley 7097 del 18 de agosto de 1988, Ley 7333 del 05 de mayo de 1993, en su artículo 9, Ley N° 8422 del 06 de octubre del 2004, artículo 14, y su reglamento.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Con esta vasta legislación, se establecen, en forma taxativa, los diferentes puestos o cargos sujetos al alcance de dicho incentivo, así como los porcentajes de pago correspondiente al grado académico ostentado por el funcionario de que se trate, definiéndose en forma clara, que sólo los puestos expresamente incluidos en la ley, se encuentran sujetos al beneficio aludido, y en la medida que esto es así, su reconocimiento debe ser de forma inmediata, sin negociación alguna.

En esta misma inteligencia, vemos que el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley 4755 del 03 de mayo de 1975, establece el régimen de prohibiciones a que está sometido el personal de la administración tributaria, al señalar, en lo conducente que:

“...Los Directores Generales, los Subdirectores, los Jefes o Subjefes de Departamento y de Sección, de las dependencias de la Administración Tributaria, así como los miembros propietarios del Tribunal Fiscal Administrativo y los suplentes en funciones, no pueden ejercer otros puestos públicos con o sin relación de dependencia, excepción hecha de la docencia o de funciones desempeñadas con autorización de su respectivo superior jerárquico, cuyos cargos estén sólo remunerados con dietas.

En general queda prohibido al personal de los entes precedentemente citados, con la única excepción de la docencia, desempeñar en la empresa privada actividades relativas a materias tributarias. Asimismo está prohibido a dicho personal hacer reclamos a favor de los contribuyentes o asesorarlos en sus alegatos o presentaciones en cualesquiera de las instancias, salvo que se trate de sus intereses personales, los de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados... **Lo subrayado es suplido.**

Como complemento a esta norma, la Ley de Compensación para el Pago de Prohibición, N° 5867, vigente desde el 27 de diciembre de 1975, reza en su artículo 1° lo siguiente:



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

“...Para el personal de la Administración Tributaria que, en razón de sus cargos, se encuentre sujeto a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo, se establece la siguiente compensación económica sobre el salario base de la escala de sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública:

- a) Un sesenta y cinco por ciento (65%) para los profesionales en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.*
- b) Un cuarenta y cinco por ciento (45%) para los egresados de programas de licenciatura o maestría.*
- c) Un treinta por ciento (30%) para quienes sean bachilleres universitarios o hayan aprobado el cuarto año de la respectiva carrera universitaria.*
- d) Un veinticinco por ciento (25%) para quienes hayan aprobado el tercer año universitario o cuenten con una preparación equivalente.*

En todos los casos, dentro de la disciplina antes citada. Tendrán derecho a los beneficios otorgados por este artículo, según los porcentajes establecidos, sujetos a las mismas obligaciones y prohibiciones de esta ley; los siguientes funcionarios:

- 1) Quienes desempeñen los puestos de jefatura en la organización financiera básica del Estado, según el artículo 2 de la Ley de la Administración Financiera de la República, No. 1279, de 2 de mayo de 1951 y sus reformas.*
- 2) Quienes ocupen puestos de "técnicos" y "técnicos profesionales" en la Oficina de Presupuesto Nacional, la Tesorería Nacional, la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda, la Dirección General de Industrias del Ministerio de Industria, Energía y Minas y la Dirección General Forestal del Ministerio de Agricultura; asimismo, los servidores de la Dirección General de Servicio Civil que ocupen*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

puestos de la serie técnico y profesional, los funcionarios de la Dirección General de Informática del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, los del Centro de Cómputo del Ministerio de Seguridad Pública y los funcionarios de la Dirección General de Tributación que gocen de este beneficio.

3) El Jefe de la Oficina de Control de Presupuesto del Ministerio de Hacienda.

4) Los administradores de aduanas, conforme a los procedimientos de la norma general No. 31 de la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario del Gobierno de la República para el año 1982, No. 6700, de 23 de diciembre de 1981.

Para aplicar este artículo, los funcionarios "técnicos" citados en el numeral 2) anterior tendrán derecho al beneficio por prohibición, siempre y cuando reúnan los requisitos del puesto o cuenten con una combinación equivalente, a juicio de la Dirección General de Servicio Civil. Sin embargo, salvo los requisitos mayores, la compensación para los funcionarios que ocupen puestos de la serie "técnico y profesional", se hará de acuerdo con el requisito primario del puesto que desempeñen.

Los beneficios y las prohibiciones indicados en este artículo y sus reformas, incluyen al personal técnico de la auditoría interna del Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS)..."

Como podrá constatar el consultante, la norma de rango legal no solo enuncia los puestos o cargos afectados por el régimen de prohibición, sino que además, en muchos de los casos indica su ubicación institucional, lo cual, como ya se dijo, se ha venido ampliando a través de otras leyes, a profesionales en las áreas del derecho y la informática, solo para citar algunos ejemplos; con lo que se cumple la tesis defendida por la propia Procuraduría General de la República, al señalar que el incentivo en discusión, debe, además de estar autorizado en la ley, consignar el reconocimiento de su pago respectivo.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Efectivamente, a este respecto, indica el órgano asesor del Estado que:

“...la jurisprudencia tanto judicial como administrativa de este órgano, ha señalado que la prohibición resulta inherente al puesto desempeñado, es decir, no está sujeta a la voluntad de la Administración o del funcionario público, por ende, la misma resulta ineludible e irrenunciable.

Por esta razón, hemos sostenido que dentro del régimen de prohibición debemos distinguir entre dos presupuestos: el primero, la existencia de una ley que prohíba a un determinado grupo de funcionarios el ejercicio de una profesión y el segundo, una norma, también de rango legal, que permita el pago de una compensación económica derivada de esa prohibición.

“Esto es, que el pago por prohibición requiere de base legal, sin la cual deviene improcedente, es decir, que no solamente debe existir una norma legal que establezca la prohibición al ejercicio liberal de la profesión, sino que también, es indispensable otra disposición, de rango legal, que autorice la retribución económica, como resarcimiento al profesional por el costo de oportunidad que implica no ejercer en forma privada su profesión, a efecto de que todos sus conocimientos y energía los ponga al servicio de la entidad patronal...”⁶⁰

Este criterio ha sido respaldado en resoluciones dictadas por tribunales de la República, señalándose que:

“... Según lo ha reiterado la jurisprudencia el pago de prohibición ² a los servidores públicos, se estableció para retribuirles la imposibilidad legal de ejercer su profesión, fuera del puesto desempeñado. Por eso, el pago opera automáticamente, pues no está dentro de las facultades del servidor renunciar a esa prohibición y el patrono carece de discrecionalidad para poder dispensarla; entonces,

⁶⁰ Dictamen C-179-2007 del 11 de junio del año 2007.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

cabe afirmar que, la sola aceptación del puesto, implica su pago..."⁶¹

Lo subrayado no es del original.

En aras de complementar los conceptos vertidos en su oportunidad por la Dirección General de esta institución, hemos de indicar que, como bien lo han señalado en su misiva quienes consultan, el artículo 27 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Decreto Ejecutivo N° 32333, vigente desde el 29 de abril del 2005, establece taxativamente, cuáles puestos dentro de la Administración Pública se encuentran afectos al instituto de la prohibición, de conformidad con este cuerpo normativo, de manera que los funcionarios que los ocupen se encuentran imposibilitados del ejercicio liberal de su profesión.

Así las cosas, resulta dable inferir que si el cargo o puesto se encuentra, a criterio de la Administración, contemplado dentro de los cargos afectos al régimen de prohibición según la normativa precitada y a los fundamentos jurisprudenciales traídos a colación, como en principio pareciera ser el criterio esbozado por la Dirección de Asuntos Jurídicos de la institución consultante, su reconocimiento para efectos de pago sería completamente válido y ajustado a derecho, repetimos, bajo el criterio y los parámetros considerados, exclusivamente, por la Oficina o Departamento de Recursos Humanos de la institución u organismo de que se trate.

Como se ha venido insistiendo, y para el caso particular traído a estudio a esta sede administrativa, la determinación de la procedencia o no en el pago del mencionado estipendio, deviene en competencia exclusiva de la Administración Activa, al ejercitar sus facultades legales por medio de las dependencias técnicas creadas al efecto y sobre las que se ha insistido en párrafos precedentes.

Atentamente,

⁶¹ *Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 00141 de las 9:10 horas del 26 de marzo del año 2003.*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

- 📁 Licda. Sandra Barrientos Escobar, Directora División Administrativa Ministerio de Salud.
- 📁 Licda. María Antonieta Víquez Villalobos. Jefe Unidad de Recursos Humanos Ministerio de Salud.
- 📁 Licda. Martha Fernández Fernández. Coordinadora Oficina Servicio Civil-Ministerio de Salud.

AJ-536-2011
7 de julio del 2011

Licenciado
Jean Fabricio Sanabria Álvarez



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Asesor Legal
CONESUP

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su consulta de fecha 5 de julio del presente año, recibida vía fax ese mismo día, en el cual se consulta sobre la procedencia del pago por concepto de prohibición a un servidor público que labora en el Área Legal del Ministerio de Educación Pública en un puesto de Técnico Profesional 3, Especialidad Derecho, y que se encuentra debidamente incorporado al Colegio de Abogados de Costa Rica. Lo anterior a la luz de los artículos 2 y 5 de la Ley N° 5867 y el Decreto Ejecutivo N° 22614 artículos 4, 5, 9 y 14.

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

Es importante indicar que esta Asesoría Jurídica ha emitido a través de los años múltiples criterios sobre el tema y normativa consultada, siendo de principal interés mencionar para la adecuada resolución de su consulta, lo expuesto en los oficios números AJ-109-2004, AJ-421-2007 y AJ-843-2010⁶², los cuales están estrechamente relacionados con sus interrogantes planteadas.

⁶² AJ-109-2004 del 17 de febrero del 2004, AJ-421-2007 23 de julio 2007 y AJ-843-2010 del 14 de octubre del 2010.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

En cuanto a los supuestos para el pago de la prohibición, para los profesionales en derecho, así como de la posibilidad de recibir ese sobresueldo, cuando el cargo o tareas en el que se desempeñan dichos profesionales, no son de carácter profesional, el oficio AJ-109-2004 de previa cita, indicó en lo que nos interesa:

... “el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial estableció la prohibición del ejercicio liberal de la profesión para los abogados que se desempeñen como servidores propietarios de los poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República y de las municipalidades, con algunas excepciones que se enumeran en dicho artículo.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975, reformada mediante Ley N° 6008 del 9 de diciembre de 1976, extendió la compensación económica contemplada en el artículo primero de dicha ley a los servidores mencionados en el párrafo precedente, así como a los egresados de programas de licenciatura, maestría o doctorado en Derecho, siempre y cuando realicen funciones propias de esa área.

*Asimismo, el artículo 9° del Decreto Ejecutivo N° 22614-H del 22 de octubre de 1993, señala, entre otras cosas, que, salvo disposición expresa en contrario, **procede el pago de la compensación económica por prohibición a los servidores que ostenten una formación académica afín con el cargo que desempeñen.** Esta Asesoría Jurídica coincide con la Asesoría Legal de la Dirección General de Migración y Extranjería en que, al ser atinente la carrera de Derecho para la especialidad Migración, los funcionarios que posean formación académica en el área del Derecho y ocupen puestos de dicha especialidad, cuentan con una formación académica afín con el cargo que desempeñan, de manera que tendrán derecho a la compensación económica por prohibición, siempre y cuando posean las condiciones académicas requeridas, es decir, la condición de abogados, o de egresados de programas de licenciatura, maestría o doctorado, pues en tal caso los cubre la prohibición para el*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

ejercicio legal de la profesión. Los funcionarios cuya formación académica sea al menos de bachiller en derecho podrían optar por un contrato de dedicación exclusiva, de común acuerdo con la Administración, de conformidad con el artículo tercero de la Resolución DG-070-94 del nueve de agosto de 1994.” (El resaltado es nuestro)

Agrega el oficio indicado en relación con las funciones:

*“En cuanto a su segunda interrogante, en el sentido de se le debe reconocer algún sobresueldo a aquellos funcionarios que cuentan con la licenciatura en Derecho, **que realicen funciones de abogado, pero que no ocupen puestos profesionales, debemos señalarle que consideramos improcedente el pago de la compensación económica por prohibición pues, como lo señaláramos supra, el artículo 9 del Reglamento a la Ley de Prohibición establece que, para dicho reconocimiento, la formación académica del servidor debe ser afín con el cargo que se desempeña, situación que no se da cuando el servidor ocupa un puesto de carácter no profesional, pues en tal caso el puesto no se haya afectado legalmente por prohibición, y nada le impide al funcionario ejercer libremente su profesión.** (El resaltado es nuestro) En ese sentido, esta Asesoría Jurídica, en el oficio AJ-1034-2003, manifestó lo siguiente:*

“De acuerdo con lo anterior, no basta, para el reconocimiento de prohibición, que el funcionario ostente un grado académico determinado, sino que el puesto debe hallarse afectado legalmente por prohibición, es decir, debe exigir para su desempeño alguno de los requisitos académicos que se mencionan en el artículo 1° de la Ley N° 5867 y, además, dicha formación académica debe ser afín con el cargo que se desempeña, pues de lo contrario no existiría incompatibilidad alguna entre dicho cargo y la profesión que se ostenta”.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

En relación con el requisito de afectación legal del puesto, esta Asesoría Jurídica, en el oficio número AJ-247-2000 del 17 de julio del 2000, expresó, en lo que interesa, lo siguiente:

“...damos respuesta a su oficio N°..., mediante el cual solicita nuestro criterio en torno a si es posible el pago de la compensación económica por concepto de prohibición a servidores que fungen como Inspectores de Trabajo de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo de ese Ministerio, pero ocupan puestos clasificados como secretarias, oficinistas, inspectores 3 con diferentes especialidad (sic) a la de Inspección Laboral.

Sobre este particular, si bien el Reglamento de Organización y Servicios de la Inspección de Trabajo... no hace referencia a las clasificaciones de quienes se desempeñen como inspectores de trabajo para efectos del pago de la compensación económica por prohibición, es lo cierto que el sistema clasificado y retributivo de puestos vigente para los puestos de la órbita del Poder Ejecutivo como los de su consulta, es el instrumento oficial que debe ser utilizado y aplicado para efectos clasificatorios y remunerativos, a fin de garantizar con ello no sólo el respeto del Principio de Legalidad en esta materia, sino también las exigencias de idoneidad en el nombramiento...

Así pues, no es jurídicamente factible reconocer dicho beneficio a servidores que no ocupen clases con especialidad “Inspección Laboral, dado que antes tanto ello no ocurra (sic), no contarían con las condiciones de idoneidad debidamente comprobada no estaría regularizada la situación de su nombramiento, esto es, debidamente oficializado de acuerdo con los instrumentos técnicos vigentes en esta materia, por lo que no será hasta que



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

ocupen plazas legalmente designadas para tales efectos -vía concurso o reasignación- que podrán ser sujetos de la compensación por prohibición”.

Ello es así por cuanto es el puesto el que se halla afectado por prohibición, no el funcionario, como lo señaló la Procuraduría General de la República en el dictamen C-129-2003:

“Finalmente, al remitirse la norma de análisis a la entera Ley N° 5867 y sus Reformas, los funcionarios del Instituto bajo su responsabilidad deben sujetarse a los presupuestos que tal legislación y su Reglamento (Decreto N° 22614 de 22 de octubre de 1993) disponen, previo al pago del beneficio económico allí estipulado, con ocasión del puesto afectado a la aludida prohibición, y no del funcionario (...) De lo transcrito se extrae claramente, que la prohibición impuesta al funcionario de ejercer liberalmente otra profesión o profesiones que ostente, es en razón del cargo que ocupa en la Administración Pública; y no, por su condición funcional, aunque obviamente para ejercer el puesto, el servidor debe cumplir con los requisitos de idoneidad” (Lo subrayado no es del original).

También ha dicho la Procuraduría en su dictamen N° C-057-94 del 20 de abril de 1994, citado por esta Asesoría Jurídica en el oficio AJ-003-2000, del 5 de enero del 2000:

“De conformidad con las consideraciones de cita, tres son los requisitos que se apuntan para que la compensación por concepto de prohibición resulte legalmente procedente. Uno: que el puesto esté afectado legalmente por prohibición, lo cual generalmente es el resultado de un estudio técnico, - que de acuerdo con la Ley N° 5867, corresponde a la Dirección General de Servicio Civil-, que permitirá determinar cuáles puestos se encuentran



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

afectados por la prohibición dicha. Otro es la necesidad indispensable de que la persona que ocupa el puesto reúna los requisitos académicos que éste requiere. Y, finalmente, el carácter legal o la existencia de norma expresa, que establezca el reconocimiento y pago de la referida compensación en determinada institución, o para determinados puestos, lo cual constituye así otro requisito insalvable para la procedencia de su pago”.

Como se desprende del criterio transcrito, es necesario un análisis por parte de la administración activa, para determinar si se cumplen los requisitos necesarios para que sea procedente el pago del sobresueldo por prohibición.

No obstante, aunque el criterio transcrito es rico en fundamentos legales sobre la prohibición en general, siempre en la misma línea, esta Asesoría Jurídica generó en julio del 2007, mediante el AJ-421-2007, un resumen ejecutivo sobre los puestos propiamente ocupados por profesionales en derecho, y si se cumplían los requisitos para el pago de la prohibición a la luz del criterio de la Procuraduría General de la República, C-208-2007 de fecha 25 de junio del 2007, en esta oportunidad, el ente consultor, analiza la procedencia de este sobresueldo en virtud del nivel académico que ostenta, y no en razón del requisito primario del puesto que ocupan, como se transcribe a continuación:

“SOBRE LA PROHIBICIÓN: ese Órgano Consultor en dicho Dictamen ha señalado:

“La prohibición para el ejercicio de una determinada profesión forma parte de las incompatibilidades, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal. Las incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

designación profesional por parte de particulares, es decir tiende a evitar la colisión de intereses, -interés público e interés privado- (Sala Constitucional, resolución, No.3292-95 de las quince horas treinta minutos del 18 de julio de 1995) La prohibición, por lo tanto, es inherente al puesto, es decir, no está sujeta a la voluntad de la Administración o del funcionario público, por ende, la misma resulta ineludible e irrenunciable.”

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

Además revela dicho dictamen:

“... La posibilidad de pago de compensaciones económicas por concepto de prohibición está contemplada en la Ley 5867. De este cuerpo normativo nos interesa resaltar los artículos 1 y 5 que establecen el primero, un sistema escalonado para el pago de dicha compensación, en orden al grado académico que ostente la persona que ocupe los cargos que allí se señalan y el segundo, la inclusión de los abogados de algunas entidades pública a efectos del pago de la compensación económica.”...

Agrega dicho Órgano Consultivo:

“... El pago de la compensación económica ha sido regulado mediante Decreto Ejecutivo 22614, Reglamento para el Pago de Compensación Económica por concepto de Prohibición... transcribiendo los artículos 9, 10 y 11 del dicho Reglamento.”

“...”



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

“Sobre el fondo de la consulta indica el Dictamen en examen:

“...si procede reconocer a los abogados que laboran para dicha institución (en este caso DINADECO) el pago de la prohibición en virtud del grado académico que ostenta y no en razón del requisito primario del puesto que ocupan”. ...

Del oficio en estudio reza el haber sido analizado el Dictamen C-202-2004 de 17 de junio del 2002, en el que desarrolló lo que se transcribe a continuación:

“De allí que, ante la interrogante de si procede o no reconocer un mayor porcentaje en la compensación económica por concepto de la prohibición, en aquellos casos en que el servidor alcance un grado académico mayor al establecido por el requisito académico primario, o de mayor nivel que tiene el puesto, habría necesariamente que responder afirmativamente.

Lo anterior por cuanto, tanto la ley que crea dicha compensación (Nº 5867 de 15 de diciembre de 1975), como su reglamento (Nº 22614-H de 22 de octubre de 1993), son claros en sus disposiciones, en punto a que el porcentaje de pago por compensación económica de la prohibición puede variar favorablemente para el servidor, en el supuesto de que éste llegare a obtener un nivel académico mayor que el establecido como requisito académico primario del puesto. ...

CONCLUSION: De conformidad con todo lo expuesto, este Despacho es del criterio de que en aquellos casos en que un servidor obtenga un nivel académico superior al establecido como requisito primario del puesto, resulta jurídicamente procedente reconocerle el porcentaje de compensación por concepto de la prohibición, correspondiente al nivel respectivo, o que logre demostrar. Desde luego, que el puesto deba estar afectado por dicho impedimento, y que el nivel académico del servidor sea consecuente con la especialidad del puesto, son otros requisitos que deben



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

observarse en estos casos.” (Procuraduría General de la República. N° C- 160-98 de 11 de agosto de 1998) (El subrayado es del original).

Como puede verse, el punto en cuestión ya había sido objeto de estudio, no sólo por parte de este Despacho, sino también por la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil, la que mediante oficios números AJ-078-98 de 17 de febrero de 1998 y AJ-182-98 de 14 de abril de 1998, en los cuales, principalmente el primero de ellos, concluye que “se debe seguir reconociendo el porcentaje por concepto de prohibición que corresponda, de acuerdo con el requisito académico que logre demostrar según lo indica el artículo 1º de la Ley N° 5867 citada, y no por el requisito que exige el puesto. Esto último es para otros casos especiales no referidos al programa de la Dirección General de Tributación Directa”. Dicho criterio concuerda, en un todo, con el emitido por este Despacho, N° C-160-98.

Cabe agregar a lo antes expuesto, que el pago que prevé la Ley N° 5867, lo es como compensación por la prohibición del ejercicio particular de la profesión, es decir, se trata de un resarcimiento por el no ejercicio de la profesión. A tal efecto, obsérvese que la citada ley dispone un pago porcentual, escalonado, según el grado académico que ostente el servidor, y no según el requisito primario del puesto. Así, resulta entonces, que el porcentaje mayor corresponde al nivel de licenciatura u otro grado académico superior, disminuyendo según se trate de grados académicos menores. Siendo ello así, sería totalmente contraproducente, compensar a un profesional a nivel de licenciatura u otro grado académico mayor, con el porcentaje correspondiente a un bachiller o egresado, por el hecho de ocupar un puesto cuyo requisito primario sea precisamente uno de esos (bachiller o egresado); situación que, como se sabe, ocurre en la práctica, cuando con esfuerzo y dedicación, muchos servidores, mientras ocupan un cargo, culminan con



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

éxito sus estudios y llegan obtener el correspondiente título. En estos casos, considera este Despacho procedente compensar de acuerdo con el grado académico que el servidor ostente, pues así lo establece el numeral 1º de la Ley Nº 5867, aparte de que en esa forma, se eliminan las distorsiones originadas en el pago de la compensación por prohibición, con porcentajes menores al título o nivel real del servidor.”

Continúa analizando la Procuraduría General en el Dictamen C-208-2007, lo siguiente:

“En nuestro criterio, el pronunciamiento anterior resulta de aplicación también para el caso de los abogados o egresados de derecho que laboran para DINADECO, claro está, restringido a los supuestos de los incisos a y b del artículo 1 de la Ley 5867, por cuanto de conformidad con lo señala el artículo 5 de ese mismo cuerpo normativo, “la compensación económica por el no ejercicio de la profesión, en el caso de servidores con formación académica en la carrera de derecho, sólo puede acordarse en favor de abogados y egresados de licenciatura, pues la norma que permite dicho pago, hace referencia únicamente a servidores que hayan alcanzado ese nivel académico. “ (C- 145- 97 de 5 de agosto de 1997).

Sobre este mismo punto, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“ III. el reconocimiento de los porcentajes que perciben los egresados universitarios o licenciados sobre su salario base, a título de plus salarial, por ese no ejercicio liberal de la profesión, van de la mano, como una primera exigencia, del grado o avance académico, que como una cualidad personal, tengan todos y cada uno de los funcionarios que laboren en las entidades cubiertas por la Ley número 5867, y sus reformas. Como segundo requerimiento, se establece que ese grado o avance académico guarde plena relación con los requisitos establecidos para el puesto



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

desempeñado o a desempeñar, toda vez que los aludidos porcentajes se pagan, innegablemente, en razón del puesto que se ocupe Debe concluirse, entonces, que para el pago de los porcentajes, por prohibición, según se trate de un licenciado o de un egresado universitario, no se puede hacer abstracción del puesto ocupado, pues precisamente es el puesto el que fija los requisitos que debe reunir un servidor, para que pueda ocuparlo y será de acuerdo al grado académico, conocimientos y experiencia, que se le pagará el porcentaje que fija la ley, por concepto del plus salarial, compensando éste su dedicación y su entrega total al servicio de la Institución, a la par de sus nuevas responsabilidades ”. (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2004-00387 de las nueve horas cuarenta minutos del veintiuno de mayo de dos mil cuatro, el subrayado no es del original.)

De conformidad con lo expuesto, el porcentaje que por compensación económica se cancela a un funcionario deberá ajustarse al grado académico que realiment(sic) ostente el servidor, en aquellos casos en que ese funcionario ostente un grado académico superior al requisito mínimo que exige el puesto.

III. CONCLUSIONES:

De acuerdo con lo expuesto y en las normas citadas la Procuraduría General de la República es del criterio que:

1. El artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece una prohibición para el ejercicio de la profesión a los abogados del Poder Ejecutivo que realicen labores jurídicas. Esta prohibición incluye a los abogados que realicen esas funciones dentro de la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad.
2. El artículo 5 de la Ley 5867 reconoce a los funcionarios mencionados en el punto anterior, una compensación económica cuando sean egresados o licenciados en derecho.
3. Se les debe reconocer a los funcionarios profesionales en Derecho que laboran para la



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad, el pago de la compensación económica por el no ejercicio de la profesión fuera de la institución, según el grado académico que ostenta y no en virtud del requisito primario del puesto que ocupan, siempre que el grado académico que ostenten sea mayor al grado académico mínimo que el puesto requiera.”

De acuerdo con el documento transcrito, no basta la condición de licenciado en derecho para el pago de prohibición, siendo necesario para el mismo, como lo indicamos supra, que el puesto esté afecto a ese sobresueldo.

Sin la intención de dar por agotado el análisis que se pueda realizar sobre el tema, pero si para lograr un mayor abundamiento en relación con sus interrogantes, mismas que fueron ampliadas por su persona ante quien suscribe, vía telefónica, se transcribe también un oficio de reciente data de esta Asesoría Jurídica⁶³, en el que se analiza nuevamente el estipendio por prohibición, además de considerar la posibilidad de pago de prohibición en puestos técnicos dentro de una administración activa, mismo que en lo que interesa indica:

“Tendiente a dar una efectiva respuesta a la consulta planteada, analizaremos entre otros, la figura jurídica del plus de reconocimiento económico por concepto de pago por prohibición, sus alcances y particularidades así como los puestos afectos a este incentivo, de igual manera revisaremos la normativa señalada en la misiva a fin de determinar si el puesto consultado se encuentra o no afecto a dicho aliciente salarial.

De conformidad con el artículo 1 de la Ley de Compensación Económica por Concepto de Pago de Prohibición⁶⁴, la misma consiste en un resarcimiento económico sobre el salario base de la escala de

⁶³ AJ-843-2010 del 14 de octubre del 2010.

⁶⁴ Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

suelos de la Ley de Salarios de la Administración Pública. Señala textualmente la norma de comentario:

“Artículo 1. Se establece la siguiente compensación económica mínima sobre el salario base de la Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública, para el personal de la Administración Tributaria que se encuentre sujeto, en razón de sus cargos, a la prohibición contenida en el artículo 113 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, con excepción de los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo: a) De un 50% para los profesionales a nivel de licenciatura en el área específica de la actividad. b) De un 45% para los egresados c) De un 30% para quienes hayan aprobado el cuarto año de la respectiva carrera. ch) De un 25% para los que tengan aprobado el tercer año o una combinación equivalente de estudios académicos. En todos los casos dentro de la disciplina antes citada.”

De conformidad con lo que se establece en el artículo 2 del Reglamento la Ley de Prohibición⁶⁵, consiste en la inhibición obligatoria e irrenunciable para ejercer funciones propias del cargo o de la profesión que se ostenta, fuera de la Institución, así como también las actividades relacionadas con el ejercicio liberal de la profesión. La prohibición deriva de una incompatibilidad de intereses. La incompatibilidad es la imposibilidad de desempeñar al mismo tiempo dos puestos o funciones.

Dicho incentivo procederá únicamente cuando exista una ley expresa o resolución judicial que así lo autorice⁶⁶, la lista de puestos que cuentan con el plus salarial a que nos referimos es interminable pero, en todos los casos es regla común que se le concede el beneficio de la prohibición en las distintas reformas legales, o leyes de presupuesto, a todos aquellos servidores, a quienes se le prohibía ejercer liberalmente su profesión, y para quienes, sus cargos de

⁶⁵ Decreto Ejecutivo N° 22614-H, del 22 de octubre de 1993, vigente a partir del 2 de noviembre del mismo año.

⁶⁶ Artículo 5 de la Ley N° 5867.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

acuerdo con su categoría o clase, les ponía como requisito, el ser profesional, o en su caso, egresado universitario.

Dado el principio de legalidad que rige el accionar de la Administración Pública, según el cual sólo es posible prestar aquellos servicios y realizar aquellos actos expresamente permitidos por el ordenamiento jurídico, para reconocer la compensación económica por pago de prohibición es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

- “...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...”⁶⁷*

Cumplido lo anterior, luego quedará por determinar el “quantum” o porcentaje salarial al que tiene derecho el servidor de que se trate.

De modo que por ejemplo en la ley No. 7015 del 22 de noviembre de 1985, se otorga similar beneficio a los trabajadores del Instituto Costarricense de Electricidad que fueron contratados como profesionales de acuerdo con su clasificación de puestos. Asimismo, la ley No. 6995 del 22 de julio de 1985, concedió este beneficio a los Técnicos de la Oficina Técnica Mecanizada, a los funcionarios de Auditoría en las diferentes entidades del Gobierno Central y del Poder Legislativo, así como a los funcionarios de los Programas de Pesca y Agricultura del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

⁶⁷ Artículo 9, Decreto Ejecutivo N° 22614, supra citado.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Como puede apreciarse y se dijo supra es necesario que exista una ley que modifique el presupuesto y permita que un puesto específico obtenga el beneficio de la prohibición dentro de su remuneración salarial.”

Ahora bien, sobre el segundo punto indicado, en relación con el pago de prohibición en puestos de técnicos dentro de un ministerio, el oficio de esta Asesoría Jurídica AJ-843-2010 transcrito en lo que interesa señala:

“Dentro de la Ley General del Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA) N° 8495 del 06 de abril de 2006 indica en su numeral 30 que:

*“Artículo 30. —**Régimen de prohibición.** El SENASA determinará cuáles cargos requerirán la prohibición absoluta del ejercicio liberal de la profesión, con el objetivo de garantizar la objetividad en el desempeño de las funciones oficiales asignadas a los servidores públicos. Para tal efecto, el Área de Recursos Humanos coordinará con la Dirección General de Servicio Civil. (Subrayado no corresponde al original)*

Además de conformidad con el Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Agricultura y Ganadería, Decreto Ejecutivo N° 26922- MAG, del 21 de mayo de 1998, en su capítulo XII, artículo 40 sobre los beneficios e incentivos de los servidores señala:

“Artículo 40. —Los servidores con cargos técnicos y los profesionales, podrán acogerse al beneficio económico por concepto de prohibición del ejercicio particular de la profesión, que establece la Ley N° 5867, del 15 de diciembre de 1975, su reglamento y reformas, cuando exista disposición legal o judicial, que lo autorice.”

Al relacionar los preceptos normativos precedentes, se puede colegir, con meridiana claridad, que los funcionarios con puesto técnicos que se destaquen dentro de dicha sede





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

ministerial pueden contemplar dentro de su remuneración salarial el incentivo de pago por concepto de prohibición siempre y cuando el SENASA⁶⁸, de conformidad con el numeral referido, determine que el mismo se encuentra afecto al mencionado plus salarial, lo cual, por supuesto, debe quedar estipulado en una ley o resolución judicial que así lo autorice, lo cual escapa al ámbito de competencias de esta Dirección General.”

Bajo esta inteligencia, dependerá de las autoridades de la administración activa, determinar la procedencia del pago de prohibición, realizando el estudio de cada caso específico, analizando las tareas que realice el servidor, el puesto que ocupe, su cargo, profesión, grado de profesionalismo que ostente, así como la existencia de una ley o resolución judicial que así lo autorice.

Atentamente,

Original firmado{ Lic. César Soto Solís

Lic. César A. Soto Solís
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-043-2011
13 de enero de 2011

⁶⁸ “Servicio Nacional de Salud Animal”



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Licenciado
Ricardo Collado Carmona
Coordinador
Subproceso de Capacitación y Desarrollo
Registro Nacional

Estimado señor:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, atendemos la consulta planteada mediante oficio DRHRN-CD-2366-10 de fecha 18 de noviembre de 2010 y transferido por el Centro de Capacitación y Desarrollo (CECADES) a este Despacho mediante oficio CCD-400-2010 del 15 de diciembre de 2010, en el cual solicita emitir criterio jurídico referido a la interpretación que debe hacerse en cuanto a la materia de recursos humanos que debe contemplarse bajo la normativa estatutaria dentro del personal del Tribunal Registral Administrativo, esto atendiendo dudas existentes a raíz de un anterior pronunciamiento del CECADES.

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, el 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 la atención de dicha misiva es indispensable conocer la constitución del Tribunal Registral Administrativo, mismo que nace



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

producto de la Ley N° 8039, “*Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual*”, del 12 de octubre del año 2000 y reglamentado mediante Decreto Ejecutivo N° 30363-J de 15 de mayo del 2002, de donde se crea un Tribunal Registral Administrativo en calidad de órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Justicia y Paz, que cuenta con personería jurídica instrumental para ejercer las funciones y competencias que le sean asignadas, además de que sus atribuciones serán exclusivas y que tendrá independencia funcional y administrativa; sin obviar que sus fallos agotarán la vía administrativa de acuerdo con el contenido de la Ley N° 8039⁶⁹.

Además se señala en el artículo 25 de la recién citada ley en cuanto a la retribución económica de los integrantes que:

Artículo 25. - (...) El Tribunal Registral Administrativo podrá realizar los actos y contratos que le permita su funcionamiento administrativo, tales como recibir bienes muebles o inmuebles donados, aceptar los traslados de personal, contratar a los asesores y técnicos que requiera para el asesoramiento o adiestramiento de personal, la capacitación y la investigación que genere con instituciones públicas o privadas, nacionales o extranjeras (...)

Además, (...) creará su propio régimen de salarios para su personal y estará autorizado para contratar al personal técnico y profesional que satisfaga las necesidades del servicio público.

Para hacerse acreedores a dicho régimen de salarios, los funcionarios deberán aprobar las pruebas que definirá el Tribunal; asimismo, cumplir los requisitos establecidos en la normativa ordinaria en materia de concursos de antecedentes.

⁶⁹ De conformidad con el artículo 19 de la Ley N° 8039, Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Por decreto ejecutivo se determinarán la escala de salarios y las categorías de puestos acordes con el párrafo cuarto del artículo 20⁷⁰ de esta Ley; así como los demás requisitos para la ejecución de esta norma."

Sobre las descritas características dadas al Tribunal Registral Administrativo⁷¹ tenemos que la desconcentración que se opera en dicho Tribunal, aunque se le otorgue personería jurídica instrumental a ese órgano colegiado –*aspecto que la doctrina conoce adecuadamente como personificación presupuestaria*⁷² -, por su propia naturaleza –limitada a la gestión presupuestaria -, ello no implica de ningún modo la creación de un ente con personalidad jurídica propia, distinta a la del Estado, más aún cuando la actividad registral le es propia y esencial al Estado como tal por tradición. Lo anterior puede evidenciarse en lo analizado por el órgano consultor del Estado, Procuraduría General de la República mediante su Opinión Jurídica 006-2002 en la que se indica que:

“La desconcentración implica una distribución o transferencia de competencias dentro de una misma persona jurídica, por la cual el

⁷⁰ Artículo 20, párrafo cuarto de la Ley N° 8039: “(...) La retribución a los integrantes del Tribunal deberá ser equivalente 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 afines del personal de los órganos del Poder Judicial donde se desempeñen cargos iguales o similares (...)”

⁷¹ En adelante también TRA.

⁷² En ciertas circunstancias la personalidad jurídica tiene como objeto atribuir al organismo autonomía presupuestaria y, por ende, la capacidad de gestionar determinados fondos en forma independiente del presupuesto central, para flexibilizar la gestión de determinados recursos públicos. La figura que se presenta es la de una personificación presupuestaria. El desmembramiento de la Administración Central no se justifica exclusivamente en criterio técnico sino en el interés de que ciertos fondos escapen a la aplicación del derecho presupuestario y de las reglas de la contabilidad pública relativa a la ejecución y control del presupuesto del Estado. Es decir, servicios del Estado son dotados de una personalidad jurídica con el fin de que sus operaciones financieras no estén contempladas en el presupuesto del Estado y los fondos pueden ser ejecutados autónomamente. Es por ello que, a pesar de la personalidad jurídica, la nueva persona pública permanece integrada orgánicamente a la Administración Central. (Dictamen C-087-88, del 25 de mayo de 1988, Procuraduría General de la República)





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

órgano inferior recibe una competencia de decisión, en forma exclusiva y definitiva, sobre determinada materia, para que la ejerza como propia, en nombre suyo y bajo su propia responsabilidad (remito, entre otros, al dictamen C-033-2002 de 28 de enero del 2002); transferencia que en todo caso - según aludimos- se produce dentro de una misma estructura organizativa, y por ende, no existe creación de una nueva persona jurídica”,- lo cual la diferencia marcadamente de la descentralización administrativa (Véase al respecto: GORDILLO, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo I Parte General. Quinta edición, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 1998, págs. XIV-1 y 19)."

Por otra parte señalando sobre la característica de "adscrito" que posee el TRA, evidentemente connota un significado de "pertenencia", es decir, que el Tribunal Registral Administrativo es un órgano colegiado que se integra dentro de la estructura organizativa de la Administración Central, más concretamente del Ministerio de Justicia; aspecto al cual aunado a su carácter de desconcentración máxima que exhibe, hace determinar a que régimen jurídico de empleo debe de contenerse la aplicación de su personal de apoyo.⁷³ A lo anterior podemos agregar diversos criterios emitidos por la Procuraduría General de la República en donde se expone sobre el tema:

“Ahora bien, de conformidad con lo indicado en el artículo 19 de la citada Ley N° 8039, la desconcentración del Tribunal Registral es de carácter máximo (Artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública), lo cual implica "la transferencia de una o varias competencias claramente delimitadas a un órgano, con la finalidad de que éste las ejerza en forma exclusiva e independiente" (Dictamen C-029-97 de 17 de febrero de 1997), es decir, se prevé con ello un ámbito donde se preestablece una actuación independiente, sea, libre de injerencias por parte del jerarca (Dictamen C-255-2000 de 12 de octubre del 2000).

⁷³ A estos efectos ver lo señalado por la Procuraduría General de la República en su dictamen C-182-2002





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

En razón de lo anterior, interesa aclarar que el Tribunal Registral Administrativo aún y cuando se encuentre orgánicamente ubicado dentro del Ministerio de Justicia, goza de independencia funcional y administrativa en el desempeño de las atribuciones que por ley le han sido expresamente otorgadas; independencia de por sí incompatible con un poder de mando o, en su caso, una potestad revisora, etc. que pretenda enmarcar el ejercicio de la competencia (Véase al respecto, entre otros, el Dictamen C-154-96 de 20 de septiembre de 1996; criterio reiterado en la Opinión Jurídica O.J.-“

Ahora bien, dicho lo anterior y de conformidad con la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público, N° 6955 de 24 de febrero de 1984 y sus reformas, en la que destaca el artículo 30 en lo que respecta al régimen de empleo aplicable a estos órganos-persona con miras a garantizar, de manera eficiente, los principios constitucionales que configuran el régimen estatutario el cual, en lo conducente dice: *“...Las juntas, consejos, organizaciones adscritas, o entidades descentralizadas que dependan de los ministerios, únicamente podrán contratar personal mediante los procedimientos regulares de los respectivos departamentos de personal, siguiendo los trámites establecidos por la Dirección General de Servicio Civil...”*

A lo cual ha determinado el Órgano Asesor del Estado por medio del dictamen C-071-98 del 20 de abril de 1998 que *“el contenido de la norma transcrita es claro, “pues cuando se establece que, para la contratación del personal común deben las entidades, allí señaladas, seguir los procedimientos que utiliza la entidad rectora del Servicio Civil, se está refiriendo a las relaciones de trabajo puras y simples, constituidas éstas, por los tres elementos fundamentales que las caracterizan, a saber, prestación del servicio, salario, y subordinación, siendo este último elemento el que en definitiva determina el ligamen de empleo, entre el Estado y sus servidores. Es decir, los funcionarios corrientes de las juntas, consejos, organizaciones adscritas o entidades descentralizadas que dependan de los ministerios, deben someterse a los mecanismos de idoneidad y estabilidad que para los cargos bajo el régimen del Estatuto de Servicio Civil se aplican, en cumplimiento del artículo 192 constitucional”.*





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

En consecuencia, al análisis de los criterios externados por la Procuraduría General de la República referidos al tema se concluye en el Dictamen C-182-2002 que *“el Tribunal Registral Administrativo está sujeto, en cuanto a la contratación de su "personal apoyo", al Régimen de Servicio Civil; con excepción de la materia salarial, de conformidad con lo previsto en el numeral 20 de la Ley N° 8039”*, criterio sostenido mediante el C-075-2010 del 21 de abril de 2010 en donde finalizó mencionando:

“Con base en las consideraciones expuestas, esta Procuraduría mantiene el criterio externado en sus dictámenes C-182-2002, C-089-2007 y C-360-2007, en el sentido de que el personal de apoyo del Tribunal Registral Administrativo está sujeto al Régimen de Servicio Civil en materia de reclutamiento y selección, por lo que el nombramiento de ese personal debe hacerse siguiendo la normativa que rige el Régimen y los trámites establecidos por la Dirección General de Servicio Civil.”

Para terminar y retomando el tema de las competencia y siendo la Dirección General de Servicio Civil la institución encargada de velar por el Régimen de Méritos, el cual cubre al Tribunal Registral Administrativo, es menester indicar que por medio del Decreto Ejecutivo N° 25383 del ocho de agosto de mil novecientos noventa y seis, se crea el CECADES como órgano central del Subsistema de Capacitación y Desarrollo del Régimen de Servicio Civil⁷⁴, facultado para impulsar las políticas, estrategias, planes y programas de capacitación de los funcionarios del Sector Público, las cuales se desarrollan por medio del Subsistema de Capacitación y Desarrollo del Régimen de Servicio Civil, mismo que se encuentra reglamentado por el Decreto Ejecutivo N° 15302⁷⁵, el cual expone dentro de sus artículos 1 y 2 inciso c):

⁷⁴ Artículo 1 del Decreto 25383 de la creación del CECADES

⁷⁵ “Reglamento del Subsistema de Capacitación y Desarrollo del Régimen de Servicio Civil”





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Artículo 1º: Con fundamento en el artículo 13, inciso e) del Estatuto de Servicio Civil, créase el Subsistema de Capacitación y Desarrollo para funcionarios de las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil, denominado en lo sucesivo "Subsistema de Capacitación y Desarrollo" o "SUCADES". Para ello, los Ministerios e instituciones bajo su ámbito deberán garantizar y proveer los recursos humanos y materiales necesarios para el funcionamiento de las respectivas Unidades de Capacitación, ya sea en forma autónoma o dependiente de las Unidades Especializadas de Recursos Humanos.

Artículo 2º.- El subsistema de capacitación de personal cumplirá con los siguientes objetivos:

c) Lograr un mejor y mayor aprovechamiento de los recursos humanos y materiales existentes en el Poder Ejecutivo, y demás instituciones bajo el Régimen de Servicio Civil.

Siendo además que indica que dicho personal no se encuentra excluido del Régimen de Méritos a falta de normativa que así lo disponga, como si lo hace en cuanto a la materia de salarios como ya se indicó anteriormente. De modo que lo atinente a capacitación y demás disposiciones e instrumentos que son utilizados bajo este Régimen, son aplicables a dichos funcionarios.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

Cc: Lic. José Alberto Rodríguez Salazar, Director Ejecutivo, Centro de Capacitación y Desarrollo.



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-157-2011
15 de febrero de 2011

Señor
Olman Saborío Alfaro
Director General Auditoría Interna
Ministerio de Hacienda
(saborioao@hacienda.go.cr)

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su correo electrónico remitido a este centro de trabajo el día 7 de febrero del presente año, mediante el cual se nos solicita emitir criterio jurídico en relación con la siguiente interrogante:

“... ¿debe considerarse las licencias deducibles de vacaciones como parte del fraccionamiento que se establece o no al tratarse de una excepción?...” (Sic)

Sobre este particular, y previo al análisis que se hará al respecto, conviene aclarar al consultante, que en aras de respetar el ámbito de competencias de esta sede administrativa, el tema en discusión será abordado desde una perspectiva general, con base en la normativa vigente que pudiera ser aplicable, de manera tal, que cualquier



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

interpretación posterior que se haga sobre casos particulares a la luz de los argumentos y preceptos normativos y jurisprudenciales traídos a colación, serán responsabilidad exclusiva, en su tratamiento, de la Administración Activa.

Aclarado lo anterior, resulta igualmente importante señalar en primera instancia, cual es el marco normativo que rige el reconocimiento de vacaciones, así como el de otorgamiento de licencias o permisos a servidores públicos, especialmente a aquellos que se encuentran cubiertos por el Régimen Estatutario.

En primer lugar diremos que de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a las vacaciones se encuentra regulado en el artículo 59 de la Carta Fundamental de la República, el cual dispone que: *“... 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...”*. En este mismo sentido, encontramos el sustento legal de este instituto en el numeral 153 del Código de Trabajo, que en lo pertinente al presente caso señala: *“... Todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales remuneradas, cuyo mínimo se fija en dos semanas por cada cincuenta semanas de labores continuas, al servicio de un mismo patrono...”*

Por su parte el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, recoge lo regulado en ambos cuerpos normativos y lo desarrolla, extendiéndolo al ámbito de las instituciones y organismos cubiertos por el Régimen Estatutario. Indica así el mencionado Reglamento en sus artículos 28 y 29, en lo que interesa, lo siguiente:

“Artículo 28.- Todo servidor regular disfrutará de una vacación



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

anual de acuerdo con el tiempo servido, en la forma siguiente:

- a. Si ha trabajado durante un tiempo de cincuenta semanas a cuatro años y cincuenta semanas, gozará de quince días hábiles de vacaciones;*
- b. Si ha prestado servicios durante un tiempo de cinco años y cincuenta semanas a nueve años y cincuenta semanas, gozará de veinte días hábiles de vacaciones; y*
- c. Si ha trabajado durante un tiempo de diez años y cincuenta semanas o más, gozará de un mes de vacaciones.*

Artículo 29.- Para obtener derecho a la vacación anual, es necesario que el servidor haya prestado sus servicios durante cincuenta semanas continuas..."

Ahora bien, las vacaciones según su definición se constituyen a la vez en un derecho y un deber del funcionario, cuando lo entendemos como un período de descanso que debe ser concedido al servidor, a fin de que este pueda recuperar su capacidad física y mental, que se ha visto disminuida después de un período ininterrumpido de servicio prestado a la Administración; con esto la Administración, evidentemente, se garantiza obtener mayor eficiencia en el servicio brindado por el servidor, luego de que haya podido descansar apropiadamente.

En esta línea se ha manifestado tanto la Procuraduría General de la República⁷⁶, como la misma Sala Constitucional⁷⁷ y la Sala

Segunda de la Corte Suprema de Justicia⁷⁸, en cuyos pronunciamientos ha quedado patente el carácter "ininterrumpido", que en principio, debería ostentar el goce de este derecho, tal y como lo estipula claramente el artículo 158 del Código de Trabajo, al señalar

⁷⁶ Dictámenes C-065-2005 del 14 de febrero del 2005 y C-415-2007 del 21 de noviembre del 2007, entre otros.

⁷⁷ Sentencia N° 13075 de las 3.58 horas del 19 de diciembre del 2001.

⁷⁸ Sentencia N° 145-2004 de las 10:10 horas del 10 de marzo del 2004.





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

que: “...Los trabajadores deben gozar sin interrupciones de su período de vacaciones. Estas se podrán dividir en dos fracciones⁷⁹, como máximo, cuando así lo convengan las partes, y siempre que se trate de labores de índole especial, que no permitan una ausencia muy prolongada...” (El subrayado no corresponde al original)

Nótese que la norma de comentario establece un fraccionamiento “excepcional”, solo permitido en casos muy calificados por la índole de las funciones que realiza el servidor, y que no suponga una ausencia muy prolongada del mismo, de manera que pueda disfrutar de su descanso conforme al mayor número de días posible, que por ley le corresponde. Permitir lo contrario supondría, como bien lo indica el Órgano Asesor del Estado, al citar lo resuelto por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia N° 145 de las 10:10 horas del 10 de marzo del 2004, ubicarse en un escenario donde: “... se desvirtuaría la naturaleza propia de las vacaciones, que busca que el trabajador recupere sus fuerzas físicas y mentales mediante un período de descanso, que debe ser seguido para que logre su verdadero cometido...”⁸⁰ (El subrayado lo suplente quien redacta)

Por su parte, cuando hablamos del derecho concedido por la Administración al servidor, a fin de permitirle que éste se acoja al beneficio de algún tipo de licencia, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, hacemos referencia a una figura jurídica de absoluta discrecionalidad y potestad de la Administración, la cual puede o no ser otorgada, en razón de las consideraciones técnicas, de interés público y de continuidad del servicio, que pueda tener las instituciones u organismos a la hora de analizar cualquier solicitud en este sentido.

De acuerdo con lo anteriormente apuntado, el artículo 33, inciso b) del Reglamento supra indicado, señala en lo que interesa lo siguiente:

⁷⁹ El Reglamento del Estatuto de Servicio Civil establece como máximo tres fracciones del período de vacaciones legales.

⁸⁰ Dictamen C-065-2005 del 14 de febrero del 2005.





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

“... Podrán disfrutar de licencia ocasional de excepción, de conformidad con los requisitos y formalidades que en cada dependencia establezca el Reglamento Autónomo de Servicio, y sujetos a los siguientes procedimientos y condiciones:

(...)

b. Todos los demás permisos con goce de sueldo, que de acuerdo con las disposiciones reglamentarias internas procedan, deberán ser deducidas del período de vacaciones, sin que el número de días de la licencia exceda el número de días de vacaciones que correspondan al servidor al momento de otorgarse el permiso... (El subrayado no pertenece al documento fuente).

Bajo esta inteligencia, y conforme a los preceptos normativos y jurisprudenciales invocados con antelación, así como a los argumentos vertidos, se debe concluir que cualquier licencia deducida del período de vacaciones y que haya sido debidamente otorgada siguiendo las disposiciones de la norma supra transcrita, debe considerarse para todos los efectos, en una de las fracciones que “excepcionalmente” permite la normativa aplicable, de manera que al ser las licencias o permisos una figura totalmente independiente al instituto de las vacaciones como derecho y deber de los servidores, no podría aceptarse que mediante aquel mecanismo, se fraccione el goce de este derecho en un número que supere lo realmente permitido por ley. Así las cosas, se mantendría incólume la naturaleza jurídica de las vacaciones, cumpliendo de esta manera con el cometido esencial para lo cual fue creado este instituto.

Atentamente,

Original firmado{ Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-240-2011

07 de marzo del 2011

Licenciado

Mario Avendaño Arguedas

Jefe Departamento de Planes y Programas

INSTITUTO DESARROLLO PROFESIONAL

“ULADISLAO GÓMEZ SOLANO”

Estimado señor:



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, y dada la remisión que de su oficio número DDP-048-11 de fecha 4 de febrero del 2011, hiciera el Licenciado José Alberto Rodríguez Salazar, Director del Centro de Capacitación y Desarrollo a esta Área, se atiende la consulta planteada en dicha misiva, la cual, a grandes rasgos, se circunscribe en determinar si resulta legalmente procedente que un servidor que firmó un contrato de licencia para estudio, y que desaprueba una de las materias que cursaba, pueda resarcir con vacaciones el monto que en consecuencia adeuda al Estado.

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, debe llamarse la atención también al hecho de que esta Asesoría Jurídica no puede dar respuesta a las demás interrogantes que le fueran formuladas al Área que su persona dignamente representa, por parte de la señora Heidy Jiménez Sandoval, lo anterior por cuanto las mismas radican en competencias propias de instancias administrativas del Ministerio de Educación Pública, al cuál le corresponde fijar la existencia, los montos, sanciones, y mecanismos de pago que por deudas existan entre sus servidores y dicha autoridad.

En segundo lugar, debe dimensionarse la pregunta en aras de no atender casos concretos, por las razones que ya se dijo, y enfocarla en la posibilidad de convertir el período de vacaciones en una suma líquida con el cual el funcionario que ha adquirido una deuda con el Estado⁸¹ pueda compensarla con el monto resultante de

⁸¹ Deuda que en este caso parece devenir, entre otras cosas, de lo estipulado en el numeral 61 de la Resolución DG-155-97 de la Dirección General de Servicio Civil, el cual en lo conducente indica que: *“Cuando la Unidad de Capacitación detecte que algún beneficiario reprobó el programa de capacitación, o bien, una o*





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

dicha conversión, renunciando con ello al disfrute de los días de descanso a los que tiene derecho.

Así, en aras de dar un mejor abordaje al tema, se debe en primer lugar recordar que la figura jurídica de las vacaciones tiene un fundamento especial constitucionalmente fijado⁸², cual es el descanso del servidor, tregua que trae consecuencias beneficiosas tanto para el servidor como para el patrono, pues tal y como señalara la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su voto N° 2000-07391:

“... El beneficio de las vacaciones responde por una parte al derecho de todo trabajador de tener un descanso y por otra, a la posibilidad del empleador de garantizarse mayor eficiencia con el descanso del primero...”

En igual sentido la Procuraduría General de la República ha señalado que:

“...Beneficio que tiene una doble utilidad, en tanto no sólo viene a recuperar la energía física y síquica de la persona, si no que al reintegrarse a sus labores, cuenta con mayor disposición y rendimiento para continuar prestando sus servicios, y en ese sentido, también se beneficia el patrono, sea éste privado o público....”

más de las materias contratadas, remitirá el caso a la Asesoría Jurídica de la institución respectiva, a fin de que proceda a efectuar la investigación correspondiente. (...) Si de la investigación resulta que el incumplimiento es atribuible al servidor, la Asesoría Jurídica respectiva le comunicará por escrito a éste, la obligación de restituir al Estado el monto que corresponda por salarios devengados y cualquier otro gasto derivado de la licencia concedida para cursar los estudios o el programa de capacitación correspondiente...”

⁸² Señala el numeral 59 de la Carta Magna que: *“Todos los trabajadores tendrán derecho 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.”*





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Así, en la resonada sentencia constitucional, No. 5969-93, de las quince horas con veintiún minutos del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres, la Sala del Derecho de la Constitución, explicó, en lo que interesa:

"...pues el beneficio de las vacaciones responde a una doble necesidad, tanto del trabajador como de su empleador: a) por una parte, es evidente el derecho del cual debe disfrutar toda persona, de tener un descanso que a nivel constitucional puede inclusive entenderse como derivado del derecho a la salud (artículo 21 de la Constitución), b) por la otra, las vacaciones del primero benefician también al segundo, ya que el descanso de aquél por un período, favorece su mayor eficiencia, al encontrarse, luego de ese lapso razonable de reposo, en mejores condiciones físicas y psíquicas para el desempeño de sus labores. Con base en ello, se concluye que las vacaciones tienen la ambivalencia de ser derecho y deber del trabajador, pudiendo incluso su empleador obligarlo a disfrutarlas en tiempo." Dictamen C-493-2006.

Así, partiendo de que las vacaciones tienen como fin el establecer un período de descanso para que el funcionario se recupere física y mentalmente de sus labores cotidianas, resulta fácilmente comprensible el hecho de que jurisprudencialmente y en aplicación del bloque de legalidad, se haya determinado que existe, en torno a esta figura, una imposibilidad tanto para acumularlas, renunciar a ellas, como de compensarlas económicamente, regla última que únicamente se rompe en los supuestos estipulados por el numeral 156 del Código de Trabajo, aplicable supletoriamente a las relaciones de empleo estatutarias según lo dispone el numeral 51 del Estatuto de Servicio Civil, el cual señala que:

“Artículo 156.- *Las vacaciones serán absolutamente incompensables, salvo las siguientes excepciones:*

a. Cuando el trabajador cese en su trabajo por cualquier causa,



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

tendrá derecho a recibir en dinero el importe correspondiente por las vacaciones no disfrutadas.

b. Cuando el trabajo sea ocasional o a destajo.

c. Cuando por alguna circunstancia justificada el trabajador no haya disfrutado de sus vacaciones, podrá convenir con el patrono el pago del exceso del mínimo de dos semanas de vacaciones por cada cincuenta semanas, siempre que no supere el equivalente a tres períodos acumulados. Esta compensación no podrá otorgarse, si el trabajador ha recibido este beneficio en los dos años anteriores.

Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, el patrono velará porque sus empleados gocen de las vacaciones a las cuales tengan derecho anualmente. En todo caso, se respetarán los derechos adquiridos en materia de vacaciones”

De las normas trascritas fácilmente se colige que la compensación económica por concepto de vacaciones no disfrutadas solamente procede en situaciones de comprobada excepcionalidad, bajo ciertos presupuestos predeterminados por la norma, otorgándosele incluso al patrono la posibilidad de realizar dicha compensación si así lo quiere, es decir la compensación económica de las vacaciones, mientras subsista la relación de servicio⁸³, es ante todo una facultad de la Administración, y no un derecho del servidor, pues tal y como indicara la Sala Constitucional:

“Dentro de las excepciones a las que se refiere la Constitución Política debe admitirse la posibilidad de compensación de las vacaciones con el reconocimiento de una suma dineraria, sin embargo, para no hacer nugatorio este derecho fundamental, éstas deben responder a "excepciones muy calificadas". Desde esta perspectiva, es claro que el disfrute efectivo de las vacaciones es la regla y no la excepción, de ahí que pueda hablarse de un derecho fundamental a las vacaciones pero no de un derecho fundamental a su

⁸³ Respecto a la compensación de vacaciones no disfrutadas una vez finalizada la relación de servicio véase el oficio AJ-033-2008 de la Asesoría Jurídica de esta Dirección General.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

compensación. Esta conclusión no se deriva únicamente de la literalidad del artículo 59 constitucional, sino de una realidad social en la que los trabajadores podrían preferir, aún en contra de la finalidad básica del derecho a las vacaciones, su compensación a cambio de una suma dineraria que pudiera mejorar momentáneamente su condición económica. La posibilidad de enfocar un derecho fundamental a la compensación de las vacaciones implicaría negar "la situación económica de los trabajadores, en ocasiones especialmente deteriorada, (que) hace que aquéllos cuenten con la compensación de sus vacaciones, para hacerse con unos ingresos adicionales" Voto número 2001-05418. El destacado no es del original.

En un sentido más amplio la Procuraduría General de la República ha señalado que:

"Como puede verse, la disposición transcrita contiene varias restricciones para que las vacaciones puedan ser compensadas. Primero, no constituye un derecho para el trabajador, ni una obligación para el patrono compensarlas, sino, será en todo caso el resultado de un convenio, sea, acuerdo entre partes, siempre que por circunstancias justificadas, al trabajador se le haga imposible el disfrute de dicho derecho. Segundo, únicamente puede ser objeto de compensación el exceso del mínimo de dos semanas. Tercero, no podrán compensarse si se ha procedido en ese sentido en los dos años anteriores.

En lo tocante a la expresión contenida en dicha disposición: "circunstancias justificadas", la Contraloría General de la República ha dispuesto sobre la necesidad de que la institución respectiva dicte una resolución donde conste el acuerdo de las partes y las razones que motivaron el no disfrute oportuno de las vacaciones, así como las que fundamentan a la administración a aceptar el pago compensatorio (ver en este sentido Circular del órgano contralor N° DFOE-264 de 22 de junio de 2000). (Ver Dictamen No. C-019-2001 de 24 de enero del 2001)



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Como se puede observar, este Órgano Consultor de la Administración Pública, enfatiza que la posibilidad del pago de las vacaciones acumuladas, no es un derecho del trabajador o funcionario, y mucho menos una obligación por parte del patrono, sino que ello sería posible mediante un convenio suscrito entre ambas partes, en virtud de encontrarse el caso dentro de los supuestos que el citado numeral 156, claramente prevé.

En otras palabras, dicho acuerdo puede darse cuando las circunstancias que justificaron la acumulación vacacional así lo permita, amén de que el pago no exceda el mínimo que establece el artículo 153 del Código en consulta, no sobrepase el equivalente a tres períodos de vacaciones acumuladas, y no haya recibido el funcionario ese beneficio en los dos años anteriores. Al propio tiempo se señala en aquel pronunciamiento, que la Contraloría General de la República ha determinado en Oficio No. DFOE-264 de 22 de junio del 2000, que todos los datos a que hace referencia el inciso c) del artículo 156 Ibid, deben quedar debidamente plasmados en una resolución administrativa. Lo anterior, -se agrega ahora- en concordancia con lo dispuesto en los artículos 134 y 136 de la Ley General de la Administración Pública.

En efecto, el Órgano Contralor en referencia indicó en el mencionado Oficio DFOE-264, en lo que interesa:

“ i) Debe dictarse una resolución donde conste el acuerdo de las partes para proceder a la compensación; así como las razones por el no disfrute oportuno de las vacaciones y las que tiene la Administración para aceptar el pago compensatorio.” ii) No se pueden compensar más de tres períodos acumulados.iii) No se pueden compensar vacaciones si se había pagado ese concepto en los dos años anteriores.” Dictamen C-269-2006, citado en el Dictamen C-444-2007, el subrayado no es del original

Como puede notarse las reglas de excepcionalidad, a criterio de las altas instancias judiciales y administrativas citadas, son taxativas y restrictivas, siéndole prohibido a la administración el ampliar su gama



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

de cobertura en situaciones no previstas por el numeral 156 ya citado, pues una actuación como esta acarrearía una abierta violación al principio de legalidad establecido en el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública y su homólogo Constitucional.

Como último punto debe llamarse la atención al hecho de que resulta indiferente para la resolución de casos como el descrito, el que el servidor se encuentre de acuerdo en renunciar a su derecho al descanso anual, sea la causa que sea, pues la misma Constitución Política le otorga a este tipo de derechos el carácter de irrenunciable, pues en el tocante existe una:

“...imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio./ Renuncia equivale a un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho reconocido a su favor...”⁸⁴.

Incluso, valga señalar, la misma Procuraduría General de la República ha indicado que el disfrute de las vacaciones no solo implica un derecho del servidor, sino también un deber⁸⁵, mismo que recae tanto en el funcionario como en el patrono, pues aquél está compelido a tomar las vacaciones, y éste a enviar a su planilla a disfrutar las mismas.

Atentamente,

Original firmado { Lic. Mauricio Álvarez Rosales

Lic. Mauricio Álvarez Rosales

ASESORÍA JURÍDICA

⁸⁴ PLA RODRÍGUEZ, Américo; Los Principios del Derecho del Trabajo; Editorial desalma; Buenos Aires; 1978; Pág. 67.

⁸⁵ Véase al respecto el Dictamen de la Procuraduría General de la República C-493-2006.





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-484-2011
16 de junio del 2011

Máster
Juan Antonio Gómez Espinoza
Director
Director de Recursos Humanos
Ministerio de Educación Pública

Estimado señor:



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Con la aprobación de la Directora de la esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio número DRH-403-2011-AL, de fecha siete de junio del año en curso, el cual refiere sobre el tema del pago de vacaciones no disfrutadas por los docentes por un mecanismo propuesto por ese ente ministerial, el cual plantea la creación de una acción de personal que contemple dicho pago⁸⁶.

En vista de lo anterior y por ser esta sede, órgano rector en materia de empleo público y relacionado el tema en escrutinio con aspectos valorados dentro de esta dependencia, nos damos a la tarea de emitir el criterio jurídico con respecto al fondo en estudio.

De este modo y entrando a conocer sobre el planteamiento, se aborda el tema de vacaciones y su naturaleza jurídica, que como es de todos conocido, el derecho de todo servidor a las vacaciones se encuentra garantizado tanto en instrumentos internacionales como en la legislación estatutaria y laboral vigente, y de la cual se pueden inferir una serie de principios que rigen dicho instituto, como por ejemplo el de legalidad, retribución, irrenunciabilidad, generabilidad, anualidad y proporcionalidad.

De manera que la normativa sobre el fondo instaura en lo que interesa dentro del artículo 59 de nuestra Carta Magna:

“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.”*

⁸⁶ Sobre el particular se cita dentro del oficio indicado al inicio como referencia, lo dispuesto en el oficio DRH-97-52011 del 09 de febrero de 2011 donde se indica que el reconocimiento de las vacaciones no disfrutadas por los docentes se podría hacer mediante una acción de personal, propuesta que: *“técnicamente considera de aplicación práctica esta Administración (Refiriéndose al Ministerio de Educación Pública) con la implementación del sistema INTEGRA 2 para ajustar su conducta al ordenamiento jurídico.”*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Leemos lo dispuesto por el Código de Trabajo:

“ARTICULO 153.-

Todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales remuneradas, cuyo mínimo se fija en dos semanas por cada cincuenta semanas de labores continuas, al servicio de un mismo patrono. [...]”

“ARTICULO 158.-

Los trabajadores deben gozar sin interrupciones de su período de vacaciones. Estas se podrán dividir en dos fracciones, como máximo, cuando así lo convengan las partes, y siempre que se trate de labores de índole especial, que no permitan una ausencia muy prolongada.”
(Lo que se subraya no es del original)

A nivel reglamentario encontramos que el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil dispone en lo relativo al tema en estudio lo siguiente:

"Artículo 28.-

*Todo servidor regular disfrutará de una **vacación anual** de acuerdo con el tiempo servido, en la forma siguiente: [...]*

“Artículo 32.-

***Los servidores deben gozar sin interrupciones de su período de vacaciones** y sólo podrán dividir las hasta en tres fracciones por la índole especial de las labores que no permitan una ausencia muy prolongada, tal y como lo regula el artículo 158 del Código de Trabajo; los jefes respectivos están en la obligación de autorizar **el pleno goce de este derecho a sus subalternos, y disponer el momento en que éstos lo disfruten, debiendo programarlas** dentro de las quince semanas siguientes al advenimiento del derecho y otorgarlas antes de que se cumpla un nuevo período. Por consiguiente queda prohibido la acumulación de vacaciones, salvo cuando las necesidades del servicio lo requieran y a solicitud escrita del servidor, se podrá acumular únicamente un período, mediante resolución razonada de la máxima autoridad que así lo autorice, según los términos del Artículo 159 del citado Código.”* (Lo que se resalta no es del original)





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Clara la normativa y desprendiéndose de la misma la naturaleza por la que se creó dicho instituto jurídico, la Sala Constitucional ha reafirmado en su jurisprudencia el doble propósito que se encuentra inmerso dentro del disfrute al derecho de vacaciones, al disponer desde el voto N° 5969-93 de las 15:21 horas del 16 de noviembre de 1993, lo siguiente:

“(...) el beneficio de las vacaciones responde a una doble necesidad, tanto del trabajador como de su empleador: a) por una parte, es evidente el derecho del cual debe disfrutar toda persona, de tener un descanso que a nivel constitucional puede inclusive entenderse como derivado del derecho a la salud (artículo 21 de la Constitución), b) por la otra, las vacaciones del primero benefician también al segundo, ya que el descanso de aquél por un período, favorece su mayor eficiencia, al encontrarse, luego de ese lapso razonable de reposo, en mejores condiciones físicas y psíquicas para el desempeño de sus labores. Con base en ello, se concluye que las vacaciones tienen la ambivalencia de ser derecho y deber del trabajador, pudiendo incluso su empleador obligarlo a disfrutarlas en tiempo. Obviamente, en el caso del artículo 30 impugnado, la acumulación de vacaciones presupone la sucesión de varios períodos en los cuales el trabajador no ejerció ese derecho, en detrimento de su descanso y, de paso, de su capacidad de trabajo, y, consecuentemente también de la empresa. La prohibición de acumularlas más de una vez, pues, guarda armonía con los preceptos y principios enunciados del Derecho de la Constitución.”

De esta forma, el disfrute de las vacaciones permite *“...por una parte al derecho de todo trabajador de tener un descanso y por otra, a la posibilidad del empleador de garantizarse mayor eficiencia con el descanso del primero.”*⁸⁷.

⁸⁷ Resoluciones de la Sala Constitucional número 2004-02615 de las 10:54 horas del 12 de marzo del 2004, que reitera los votos 2002-10944 de las 15:12 del 20 de noviembre del 2002, 2001-13075 de las 15:58 horas del 19 de diciembre del 2001, el N°2000-07391 de las 15:59 horas del 22 de agosto del 2000, 2003-13131 de las 14:59 horas del 11 de noviembre del 2003, 2003-09415 de las 10:30 horas del 5 de setiembre del 2003



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Por su parte, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado mediante sus fallos la naturaleza de las vacaciones e incluso en la sentencia que se transcribe a continuación -en lo que interesa- retoma las consideraciones dadas por el Tribunal Constitucional en la resolución que se citó supra. En ese sentido leemos:

"III.-

*El instituto de las vacaciones, como es ampliamente conocido, constituye uno de los derechos de mayor trascendencia del trabajador (a), y nace como consecuencia de la prestación, en tiempo, de su fuerza de trabajo. Su razón de ser la **constituye el necesario descanso, luego de un lapso efectivo de labores, para que de esa forma reponga las energías gastadas por sus esfuerzos físicos y mentales, y pueda así continuar laborando.** De ello se colige que, las vacaciones, tienen un carácter profiláctico, dirigido a proteger la salud del trabajador (a). Por otra parte, garantizan una mayor eficiencia en sus prestaciones; lo cual también beneficia directamente al empleador. Rodríguez Manzini ha dicho al respecto: "Una de las conquistas sociales más recientes fue el reconocimiento del derecho de los trabajadores dependientes a gozar de un descanso anual remunerado. Razones similares a las que se han considerado con relación a la jornada y al descanso, semanal y diario, sirven de argumento básico para reconocer el derecho del trabajador (a) a gozar de un descanso pago, más amplio en cada año, para reponerse de la fatiga que ocasiona su trabajo; y para atender más adecuadamente a las necesidades de esparcimiento y recreación propias y de su grupo familiar. [...]"*

En lo que no existe ningún tipo de discusión, es en que este beneficio fue instituido para que el funcionario lo goce en forma efectiva- atento a la finalidad higiénica y social que persigue-, **por lo cual se debe descartar toda posibilidad de que sea sustituido o compensado por otra especie de concesión.** El servidor que prestó servicios ininterrumpidos, durante el período en que le hubiese correspondido gozar de vacaciones, no tiene derecho a compensación alguna, porque el no descanso no se lo puede sustituir por



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

dinero ni acumularse, salvo, en una mínima proporción, según veremos.

En esta última línea, cuando existe una imposibilidad de que las vacaciones sean tomadas como en derecho corresponde, la legislación señala al respecto supuestos excepcionales, para su compensación los cuales se encuentran dentro del artículo 156 del Código de Trabajo, el cual reza:

Artículo 156.- ()*

Las vacaciones serán absolutamente incompensables salvo las siguientes excepciones:

- a) Cuando el trabajador cese en su trabajo por cualquier causa, tendrá derecho a recibir en dinero el importe correspondiente por las vacaciones no disfrutadas.*
- b) Cuando el trabajo sea ocasional o a destajo.*
- c) Cuando por alguna circunstancia justificada el trabajador no haya disfrutado de sus vacaciones, podrá convenir con el patrono el pago del exceso del mínimo de dos semanas de vacaciones por cada cincuenta semanas, siempre que no supere el equivalente a tres períodos acumulados. Esta compensación no podrá otorgarse, si el trabajador ha recibido este beneficio en los dos años anteriores. Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, el patrono velará porque sus empleados gocen de las vacaciones a las cuales tengan derecho anualmente. En todo caso, se respetaran los derechos adquiridos en materia de vacaciones.⁸⁸ (*)*

Además puede verse el fallo de la Sala Segunda, N° 2004-335 de las 9:40 horas del 7 de mayo del 2004, en cuanto a la compensación del pago de vacaciones:

⁸⁸(*) El segundo párrafo del presente artículo ha sido adicionado por Ley No. 5 de 6 de octubre de 1943

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7641 de 17 de octubre de 1996. LG # 219 de 14 de noviembre de 1996.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7805 de 25 de mayo de 1998. LG# 122 de 25 de junio de 1998.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7989 de 16 de febrero del 2000. LG# 41 de 28 de febrero del 2000.





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

III.-

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: SOBRE LA NATURALEZA DE LAS VACACIONES: *El período de vacaciones se otorga a los trabajadores con un fin profiláctico, cuyo propósito es proporcionar al trabajador una pausa para su descanso físico y mental, y para compartir con su familia ese tiempo libre, después de haber laborado en forma continua por un período determinado por el legislador en un lapso de 50 semanas. Es por ello que las vacaciones no pueden compensarse mediante pago pues se estaría incurriendo en el peligro de provocar un deterioro en la salud del trabajador. Ahora bien, por vía de excepción se permite la compensación en situaciones muy calificadas y bajo determinados supuestos, sin embargo, en muchos casos, esta excepción se ha constituido en la norma, por lo que en algunas instituciones, donde el derecho a vacaciones, por normativa interna, ha superado el mínimo general que establece el artículo 153 del Código de Trabajo se ha convertido en una costumbre y hasta en un mecanismo que utilizan los trabajadores para obtener un pago adicional. La posibilidad de compensar las vacaciones lejos de beneficiar al trabajador, lo perjudica pues si el período de vacaciones otorgado con fundamento en una Convención Colectiva, o en una ley especial supera el mínimo de dos semanas, el propósito es proporcionar un mayor plazo para el descanso y la compañía familiar, y su disfrute debe cumplir con este propósito y no puede sacrificarse en aras de percibir mayores ingresos económicos, y esto es así, porque lo que se tutela es la salud del trabajador, lo cual no se logra con un mayor ingreso, sino con el descanso requerido. Es importante señalar que esta concepción es producto de una evolución conceptual respecto a la importancia del descanso que se proporciona mediante la institución de los períodos de vacaciones, especialmente, si se toma en cuenta, que actualmente la mayoría de las personas sufren un mayor nivel de stress, lo que ha conducido a establecer la imposibilidad de compensación de vacaciones(...)*

A tal efecto, es importante tener claro que el supuesto fundamental exigido por nuestro ordenamiento jurídico positivo, en punto a las vacaciones anuales, es que constituyen un derecho



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

que se adquiere después de cincuenta semanas de prestación laboral continua al servicio de un mismo patrono⁸⁹; así quedó determinado constitucional y genéricamente en el artículo 59 de la Carta Magna y en el 153 del Código de Trabajo, normativa que ha servido de fundamento a reiterada jurisprudencia del más alto Tribunal Laboral del país, en el sentido de que el supuesto de hecho requerido que da origen al derecho al descanso anual remunerado⁹⁰ es la efectiva prestación del servicio. De modo que, partiendo de esta premisa, punto medular para el surgimiento del citado derecho, no se pueden reconocer vacaciones en los casos en que no se ha laborado del todo durante esas cincuenta semanas generadoras del derecho. Así lo ha estimado la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia al indicar:

“VII – El reclamo por vacaciones, que comprende las de los años mil novecientos ochenta y cuatro a mil novecientos ochenta y ocho, es improcedente. En lo que se refiere al período cubierto por salarios caídos, según la sentencia del Tribunal de Servicio Civil, si no hubo trabajo efectivo, no puede existir un descanso que sea compensado. Obsérvese que el artículo 153 del Código de Trabajo, que establece el derecho a vacaciones anuales remuneradas, hace la fijación tomando en cuenta la existencia de labores continuas al servicio de un solo patrono, lo cual implica un supuesto de trabajo realizado que amerite el descanso, lo que no se da en el sub lite”. (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. N° 90-182 de las 9:40 hrs. del 9 de noviembre de 1990).

En otro fallo, esa misma Sala expuso:

“No lleva razón el actor en vista de que, como acertadamente lo ha considerado el Tribunal a quo, es la efectiva y continua prestación del servicio, en que consiste el trabajo del funcionario lo que da origen a un derecho a

⁸⁹ Sea el ESTADO en el caso en estudio

⁹⁰ Refiriéndose en este término a que dicha remuneración lo será con carácter de salario y todas sus implicaciones





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

percibir un descanso legalmente garantizado. Precisamente, el fundamento de las vacaciones es otorgar la oportunidad de que el empleado recobre la energía psicofísica desplegada en su trabajo, mediante el descanso correspondiente. Presupuesto de ellas, lo es que el empleado haya laborado durante el tiempo que la ley dispone, para que tenga derecho a ese descanso. En el sub júdice, ese presupuesto no está presente. Independientemente de que la no prestación laboral se debiera a un despido, que se ha calificado como desvinculado del procedimiento legal aplicable, es lo cierto que el actor no laboró, en el terreno de los hechos, durante el lapso que ha pretendido que se le cancelen las vacaciones. Esa circunstancia, y la naturaleza dicha del derecho a vacaciones, hacen que falte el supuesto de hecho requerido por la normativa del artículo 153 y siguientes del Código Laboral –aplicable en ausencia de norma administrativa pertinente-, para que sea procedente el acogimiento de ese extremo del "petitus".⁹¹

Bajo esta inteligencia ha de entenderse que cuando no se ha cumplido el plazo necesario para el reconocimiento al derecho de las vacaciones remuneradas, sean las cincuenta semanas de servicio, lo procedente es la compensación de las mismas vía indemnización esto en resguardo al bloque de legalidad, por lo que debe quedar claro que, ese importante beneficio⁹², de enorme necesidad, por regla general, es incompensable. Esto es así, en virtud de la finalidad que persigue dicho instituto, según lo ya expuesto.

Es por ello que, la compensabilidad de éstas no constituye un derecho para el servidor, ni una obligación para el patrono. Esto sólo puede darse por convenio entre las partes de la relación laboral, siempre que medien determinadas circunstancias justificadas; cuando

⁹¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. N° 91-011 de las 8:30 hrs. del 11 de enero de 1991). (Ver también de esa misma Sala la N° 83-082 de 14:30 hrs. del 15 de junio de 1983.

⁹² Las vacaciones





ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

al funcionario se le haga imposible el disfrute de sus indispensables vacaciones; que sean éstas en exceso sobre el mínimo de dos semanas; y, que no se hayan compensado las anteriores, comprendidas en un lapso de dos años.

Ahora bien hablando sobre el medio o la forma en que estas deben ser pagadas y que es en el fondo lo que en realidad analizamos, deben distinguirse dos situaciones diferentes:

a) El dinero que el empleado recibe, durante el disfrute real y efectivo de sus vacaciones o por la compensación de estas; tanto en el período mínimo legal como en los casos de exceso del mismo;

b) y el pago que por concepto de liquidación final de vacaciones recibe el funcionario, con ocasión de la terminación de la relación laboral.

En el primer caso, es claro, y no presenta dudas ni dificultades, ante lo preceptuado por los ordinales 156 y 157 del Código de Trabajo; que, expresamente, les otorgan el carácter de salario, como aquél que el funcionario recibe durante toda la vigencia de la relación laboral. Igual carácter presenta el dinero que recibe, cuando dichas vacaciones son compensadas, y así lo ha definido la Sala Segunda, en su voto N° 98, de las 10:10 horas, del 21 de junio de 1991:

“Sobre el particular, la Sala considera que si lo que el accionante paga, por el disfrute de las vacaciones a sus trabajadores, comprendiendo tanto el período mínimo legal, como el exceso de éste, es salario, igualmente lo debe ser también lo pagado cuando dicho exceso es compensado y retribuido en dinero al obrero. No avala la Sala dar un trato desigual a una situación que no lo amerita, pues así como el salario que percibe el empleado, cuando se acoge al descanso, es aquél que devenga en la última semana, más el promedio de las remuneraciones extraordinarias, recibidas en las últimas veinticinco semanas, igual solución presenta la compensación de vacaciones, al ordenar la convención que se remuneren con el doble de los salarios ordinarios y extraordinarios, recibidos por el empleado, inclusive con la salvedad de no limitar los



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

extraordinarios a las últimas veinticinco semanas. Además, aquí se trata de una retribución que surge producto del contrato laboral, como contraprestación de los servicios dados por el empleado, en forma continúa e ininterrumpida durante cuarenta y ocho o cincuenta semanas, la cual, a tenor de los numerales 153, 156 y 157 del Código de Trabajo, debe conceptuarse como salario.”

Por otra parte, también ha interpretado ese mismo estrado judicial el precitado ordinal, en el sentido de que lo pagado por vacaciones no disfrutadas, al finalizar una relación de servicio, no constituye salario; sino más bien una indemnización del derecho que, el servidor, no logró disfrutar antes de la terminación de la relación de servicio. Así, en el mismo Voto transcrito, se resolvió:

*“VII. En relación con lo anterior, la Sala considera que el extremo impugnado, y que concierne al pago que se le hace al servidor, por concepto de liquidación final de vacaciones, con ocasión de la terminación del respectivo contrato de trabajo, no puede tener la condición de salario pues, más bien, de lo que se trata es de una indemnización al no poder disfrutar, el trabajador, de sus vacaciones; **por lo que no existe la alternativa legal y sólo pueden ser pagadas, de ahí su carácter indemnizatorio.** El apoyo jurídico, para sostener esa tesis, lo encontramos en el artículo 153, párrafo 2º y en el numeral 156, párrafo 1º, del Código de Trabajo. Efectivamente, en ambas normas, se establece el mandato legislativo expreso, de que cuando la vacación no se puede disfrutar materialmente, físicamente, por la cesación de la relación laboral, debe ser pagada en dinero -el trabajador tiene que ser indemnizado-, y a ello corresponde el rubro de mérito, denominado liquidación final de vacaciones, que se hace después de concluido el contrato de trabajo. Consecuentemente, por su carácter claramente indemnizatorio, al no ser salario, no está sujeto al pago de las cargas establecidas por la citada Ley Orgánica.”*
(Destacado es de quien transcribe)

Siguiendo sobre esta misma línea y ante la costumbre administrativa con la que actúan ciertas dependencias, de igual



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

manera y sobre el tema ha señalado la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia:

*“(...) los actores apelan a una costumbre existente en la “JASEC”, de considerar el monto devengado por los trabajadores, por concepto de tales vacaciones compensadas, como parte de los últimos seis salarios devengados para el cálculo del aguinaldo, de las vacaciones, y del auxilio de cesantía, al momento de la terminación del contrato laboral. En respaldo de dicha tesis manifestó el testigo ... Campos Loaiza, quien laboró varios años en la institución: “Cuando yo me refería a la costumbre para un determinado cálculo de prestaciones legales, incluyendo preaviso, cesantía, vacaciones, aguinaldo, la compensación de vacaciones, se incluía en el pago de preaviso y cesantía, porque en verdad se estimaba que ello era parte del beneficio del trabajador, considerando que todo lo devengado componía el salario, para efectos de liquidación, desde luego.” (folios 81 y 82 fte). En iguales términos se manifestó otra antigua trabajadora de la “JASEC”, señora ...Rojas Meneses: “En el cálculo de preaviso, cesantía, vacaciones y aguinaldo, se incluía el pago o compensación de vacaciones”. (folio 84 fte). Concluye esta Sala que no lleva razón el recurrente, en este aspecto, por dos razones fundamentales. Primero, y a partir de la citada interpretación de la ley, no constituye salario lo pagado por concepto de vacaciones no disfrutadas, al momento de la terminación de la relación laboral. Además, como bien lo indicó el Tribunal, y esta Sala en su Voto N° 210, de las 10 horas, del 19 de agosto de 1998, la “JASEC” forma parte del Sector Público, y se encuentra, por ende, sujeta al principio de legalidad (artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de Administración Pública); **conforme al cual, la Administración Pública actuará siempre sometida al ordenamiento jurídico; por lo que únicamente puede realizar los actos previstos y autorizados por ley.** En tal sentido, y según lo reiterado por esta Sala y por la Constitucional, debe tenerse presente que, en las relaciones de servicio público, rigen principios generales propios, distintos y muchas*



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

veces hasta contrapuestos a aquellos que rigen en el campo del derecho laboral privado⁹³ (Destacado es impropio)

Por lo tanto, conforme la anterior interpretación de la ley, respecto de la compensación de vacaciones, al terminar la relación de servicio, y no existiendo una norma específica que regule dicho aspecto, y en atención a la jerarquía de las fuentes del derecho, no se podría aplicar entonces una costumbre contrapuesta a una norma escrita del ordenamiento jurídico; toda vez que de ser así ello devendría en una práctica administrativa o en una costumbre “contra-legem”. En igual sentido, en reiteradas circunstancias los altos Tribunales de Justicia se han referido, diciendo:

“Al respecto, es necesario indicar que no puede aplicarse una costumbre opuesta abiertamente al contenido expreso de una norma, como se ha pretendido en el caso de que se conoce, cuando la empleadora es una entidad sujeta al derecho público y, por ende, al principio de legalidad (artículos 11, 49 y 129 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública), por lo que el ordenamiento jurídico la obliga a que sus servidores ejerzan sus potestades y realicen sus actos administrativos, solo de conformidad con lo que está expresamente permitido por la ley, siendo su deber ineludible el cumplirla y nunca rebasar arbitrariamente sus atribuciones”⁹⁴

Concluimos entonces que la propuesta hecha por las autoridades del Ministerio de Educación Pública en cuanto a la posibilidad de mediante la figura de una acción de personal resolver el tema de la compensación de las vacaciones no disfrutadas se podría hacer respetando y valorando lo supra expuesto dentro de este criterio, en cuanto a que dicho acto debe contemplarse con carácter

⁹³ Ver, al respecto, los Votos de la Sala Constitucional Nos. 3865, de las 10:57 horas, del 14 de julio de 1995; 3089, de las 15:00 horas, del 12 de mayo de 1998; 1696, de las 15:30 horas, del 23 de agosto de 1992; y, de esta Sala, Nos. 254, de las 9:30 horas, del 30 de agosto de 1996; 91, de las 10:05 horas, del 25 de marzo de 1998; 236, de las 9:50 horas, del 18 de setiembre de 1998; 258, de las 10:00 horas, del 31 de agosto de 1999; y 518, de las 14:48 horas, del 19 de mayo de 2000; entre otros.

⁹⁴ Ver, Voto N° 102, de las 9:00 horas, del 31 de marzo de 1995





Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

indemnizatorio, y no como se señala en el oficio DRH-403-2011-AL de fecha 07 de julio de 2011 en donde en la parte conclusiva se indica literalmente:

“Así las cosas, en virtud de lo dispuesto por el pronunciamiento de cita⁹⁵ y las potestades asignadas a esta Dirección de Recursos Humanos por el bloque de legalidad aplicable, con el objeto de ajustar la conducta de la Administración de derecho, se ha dispuesto reconocer en el Sistema INTEGRA2 el pago de las vacaciones de los funcionarios docentes con nombramiento interino, que corresponden de conformidad con el tiempo laborado, mediante una acción de personal que permita hacerlo mediante salario, es decir, se reconocen los días que corresponden como derecho a vacaciones y se les cancela mediante salario ordinario, tomando en cuenta el proporcional de vacaciones que frente al nombramiento deben disfrutar y que por algún motivo no lo pueden hacer en el momento definido por el numeral 88 del Reglamento de la Ley de Carrera Docente”

Esto por cuanto pese a considerarse según los términos utilizados mediante oficio DRH-97-2011-AL⁹⁶ *“propuesta que técnicamente considera de aplicación práctica esta Administración”*, lo cierto es que como se citó supra, la Administración debe actuar legalmente, de manera completa apegada a derecho, respetando el bloque de legalidad.

Atentamente,

Original firmado/ Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA.

⁹⁵ Refiriéndose esto al oficio DAJ-014-C-02-2011 de fecha 10 de febrero de 2011 emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Educación Pública.

⁹⁶ Oficio DRH-97-2011-AL de fecha 9 de febrero de 2011 emitido por la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Educación Pública.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



Costa Rica
ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

AJ-555-2011
21 de julio de 2011

Máster
José Joaquín Arguedas Herrera
DIRECTOR GENERAL

Estimado señor:

Damos respuesta a su solicitud verbal, por medio de la cual solicita criterio jurídico, con la finalidad de pedir reconsideración al dictamen emitido por la Procuraduría General de la República número C-493-2006 de fecha 14 de diciembre del 2006, en el se cual determina que las vacaciones colectivas decretadas por el Gobierno Central para la Semana Santa y los días que se rebajan por concepto de vacaciones al final de año se cuentan como fracciones, de las tres a que tienen derecho los funcionarios bajo el Régimen de Servicio Civil, según lo establecido en el artículo 32 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Sobre el particular le manifestamos lo siguiente:

Es criterio de esta Asesoría Jurídica que las vacaciones constituyen un derecho fundamental del funcionario, instituto que inclusive se tutela directamente en nuestra Constitución Política en cuyo artículo 59 se dispone que:

“...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



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

comprenderán menos de dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo...”.

Por su parte, el Código de Trabajo retoma este mandato y señalando en el artículo 153 lo siguiente:

“... Todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales remuneradas, cuyo mínimo se fija en dos semanas por cada cincuenta semanas de labores continuas, al servicio de un mismo patrono...”

El Estatuto de Servicio Civil, en el numeral 37 inciso b), así como su Reglamento en los artículo 28 y 32, de la misma forma protegen este derecho y lo amplía en cuanto a la cantidad de días, así:

“Artículo 37.- Los servidores del Poder Ejecutivo protegidos por esta ley gozarán de los siguientes derechos:

a)...

b) Disfrutarán de una vacación anual de quince días hábiles durante el primer lustro de servicios, de veinte días hábiles durante el segundo, y de un mes después de diez años de servicios.” ...

“Artículo 28.- Todo servidor regular disfrutará de una vacación anual de acuerdo con el tiempo servido, en la forma siguiente:

a) Si ha trabajado durante un tiempo de cincuenta semanas a cuatro años y cincuenta semanas, gozará de quince días hábiles de vacaciones;

b) Si ha prestado servicios durante un tiempo de cinco años y cincuenta semanas a nueve años y cincuenta semanas, gozará de veinte días hábiles de vacaciones; y

c) Si ha trabajado durante un tiempo de diez años y cincuenta semanas o más, gozará de un mes de vacaciones.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

“Artículo 32.- Los servidores deben gozar sin interrupciones de su período de vacaciones y sólo podrán dividirlos hasta en tres fracciones por la índole especial de las labores que no permitan una ausencia muy prolongada, tal y como lo regula el artículo 158 del Código de Trabajo; los jefes respectivos están en la obligación de autorizar el pleno goce de este derecho a sus subalternos, y disponer el momento en que éstos lo disfruten, debiendo programarlas dentro de las quince semanas siguientes al advenimiento del derecho y otorgarlas antes de que se cumpla un nuevo período. Por consiguiente queda prohibido la acumulación de vacaciones, salvo cuando las necesidades del servicio lo requieran y a solicitud escrita del servidor, se podrá acumular únicamente un período, mediante resolución razonada de la máxima autoridad que así lo autorice, según los términos del Artículo 159 del citado Código.”

En este cuerpo normativo, se hace indispensable distinguir entre el derecho del patrono para fraccionar en forma unilateral la vacaciones del servidor, por las razones que señala el artículo 32 citado y el derecho del funcionario de solicitar este mismo fraccionamiento, por razones de oportunidad y conveniencia, siempre que se den los supuestos establecidos en el citado numeral.

Pese a ello, la Procuraduría General de la República mediante el Dictamen supra indicado, señala lo siguiente:

“ ... Obviamente, el disfrute de las vacaciones correspondería a cada trabajador a partir del momento en que cumpla aquel las cincuenta semanas de servicio, lo que va a diferir entonces en cada uno de los servidores, dependiendo de la fecha de ingreso a la Institución. Pero, dadas las necesidades de la administración patronal, y estando de acuerdo los servidores, es posible establecer períodos durante los cuales a conveniencia de ambas partes, se



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

puedan fijar épocas en que sean disfrutadas las vacaciones en forma colectiva ... (El subrayado no pertenece al original).

En este mismo dictamen la Procuraduría General de la República concluye de la siguiente manera:

“...Por todo lo expuesto, y a tenor de lo que disponen los artículos 155, 156, párrafo final y 158 del Código de Trabajo, así como lo dispuesto en el artículo 32 del Reglamento al (sic) Estatuto de Servicio Civil y doctrina que les informa, las vacaciones decretadas por el Estado, forman parte de los tres tractos en los que se pueden dividir las vacaciones.”

En este mismo sentido y observando las conclusiones indicadas, a que hace referencia el Dictamen número C-415 del 21 de noviembre del 2007 ⁹⁷, establece el órganos Estatal consultivo vinculante:

“ ... De los textos jurídicos de cita, se ha podido acotar que precisamente por virtud de la naturaleza de las vacaciones, la forma de su disfrute debe ser sin interrupciones de ninguna especie; salvo situaciones muy especiales, de conformidad con las siguientes pautas:

-Solo podrían dividirse las vacaciones hasta en tres fracciones por la índole especial de las funciones.

-Pese dicha posibilidad de fraccionarlas, las interrupciones no pueden ser muy prolongadas.”

Por otra parte mediante la opinión jurídica 109 del 6 de setiembre del 2004, se indica que “Debe existir convenio entre el patrono y funcionario para que tal fracción o fracciones se permitan ...”⁹⁸

⁹⁷ Dictamen número C-415 del 21-11-2007, Procuraduría General de la República.

⁹⁸ Opinión Jurídica número OJ-109-2004 del 6-9-2004, Procuraduría General de la República.





Costa Rica

ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Es claro que existe algún vacío en las argumentaciones anteriores, toda vez que la posibilidad de fraccionamiento debe contar con la anuencia del servidor, situación que no se logra clarificar en los casos en que la administración (El Estado) decide otorgar vacaciones colectivas, cuyo derecho no cuestionamos, dada las potestades de imperio de la administración frente al administrado, sin embargo, debe revisarse lo indicado sobre estos fraccionamientos.

En este sentido cabe la posibilidad de separar el derecho de la administración y el del servidor que no puede ser afectado unilateralmente por el patrono, sin contar con la anuencia previa de éste.

En este orden de ideas nuestro criterio es que desde el punto de vista del servidor, su derecho a solicitar el fraccionamiento debe permanecer incólume, toda vez que en caso de vacaciones colectivas o decretadas por la administración dicho fraccionamiento ha sido establecido por la Administración, dejando al funcionario desprotegido en caso de que quisiera hacer uso de su derecho.

A manera de resumen, concluimos que las vacaciones colectivas que usualmente decreta el Gobierno al final de año y en semana Santa, cuentan como fraccionamientos, tal y como lo establece la Procuraduría General de la República, pero afecta el derecho de los funcionarios cubiertos por el ámbito del Régimen de Servicio Civil, quienes de acuerdo con la normativa supra transcrita, podría solicitar por su parte los tres fraccionamientos a que hace referencia el artículo 32 citado.

En razón de lo anterior, sería conveniente solicitar a la Procuraduría General de la República, reconsiderar el criterio vertido en el Dictamen número C-493-2006 en cuanto a que las vacaciones decretadas por el Estado como un acto unilateral de la Administración, sin contar con la anuencia de los servidores, no debe afectar el derecho de éstos en caso que requieran solicitar fraccionamientos, a la luz del artículo 32 del Reglamento Del Estatuto de Servicio Civil.



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIMOS UN PAÍS SEGURO



ASESORÍA JURÍDICA

Contribuyendo a la gobernabilidad democrática de Costa Rica desde 1953

Atentamente,

Original firmado por Licda. Margarita Rodríguez Soto

Licda. Margarita Rodríguez Soto

ASESORÍA JURÍDICA

Original firmado por Licda. Miriam Rojas González

Vº Bº Licda. Miriam Rojas González

DIRECTORA DE LA ASESORIA JURIDICA



Gobierno de Costa Rica

CONSTRUIAMOS UN PAÍS SEGURO