

REVISTA



JURISPRUDENCIA II SEMESTRE 2011

REVISTA DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Número 21 II Semestre Agosto del 2011 a Diciembre del 2011

ASUNTO	AJ NÚMERO	PÁGINA
--------	-----------	--------

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. Oralía Torres Leytón

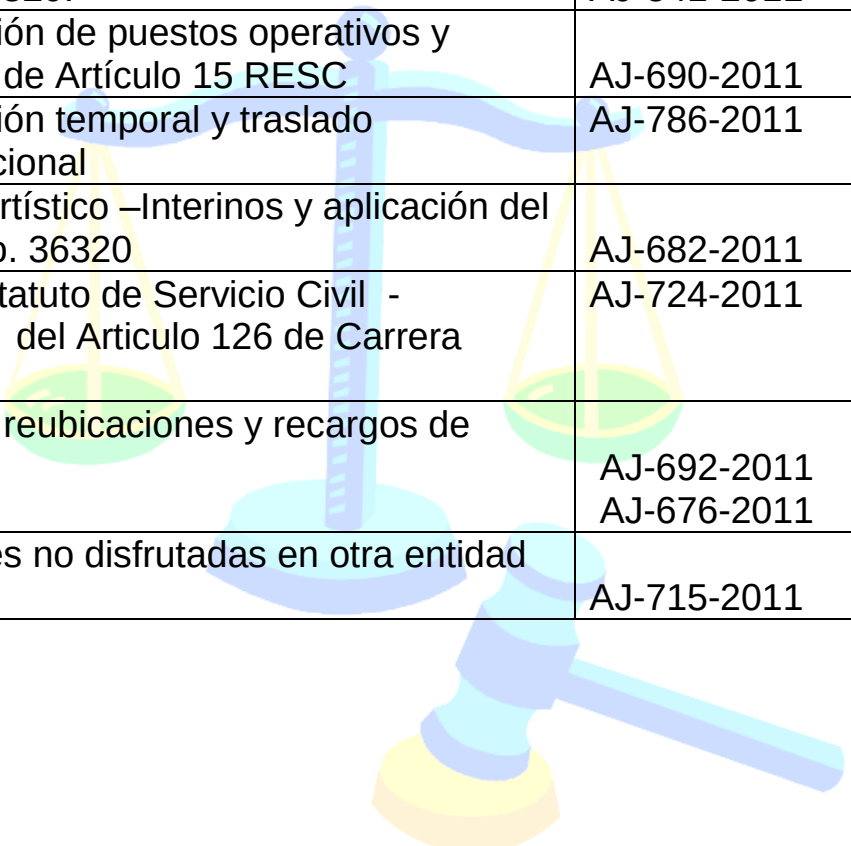
Personal de Apoyo:

Sra. Rita Isabel Acuña Rodríguez. Secretaria

Sr. Jorge Vargas Quirós. Notificador

Levantado de Texto: Sra. Gabriela Sánchez Obando.

Carrera profesional –Reconocimiento de oficio del factor Experiencia-	AJ-589-2011	
Dedicación Exclusiva –vigencia-	AJ-578-2011	
Dispensa de requisitos en reasignación.	AJ-522-2011	
Disponibilidad y su indemnización al eliminarse o reducción de porcentaje.	AJ-778-2011	3
Evaluación del desempeño		17
-Calificación extemporánea: -falta de calificación o una mala calificación y el aumento anual	AJ-654-2011 AJ-777-2011	
Exoneración de marca	AJ-585-2011	22
Homologación de puestos del Banco Anglo Costarricense.	AJ-738-2011	25
Incapacidades a funcionarios del Título II del Estatuto de Servicio Civil	AJ-600-2011	30
Interino sustituto y su ingreso al Régimen de meritos	AJ-570-2011	33
Jurados Asesores	AJ-686-2011	
Licencia sin goce de salario a un interino.	AJ-553-2011	
Nóminas y su refrendo	AJ-619-2011	
Nulidad de acto administrativo	AJ-693-2011 Reconsiderado por AJ-147-2012	
Pago de onceavos y dozavos a conserjes	AJ-701-2011	
Parentesco.	AJ-518-2011	
Período de prueba: - En primer ingreso	AJ-728-2011	69
Prohibición		



- Requisito del puesto y formación académica -Licenciados en Ciencias Económicas -Especialidad de Cómputo - A un Técnico Profesional en Derecho - Incompatibilidad	AJ-613-2011 AJ-606-2011 AJ-676-2011 AJ-536-2011 AJ-610-2011	
Puestos de confianza- aplicación del Decreto 36320.	AJ-541-2011	72
Reasignación de puestos operativos y calificados de Artículo 15 RESC.	AJ-690-2011	75
Reasignación temporal y traslado interinstitucional	AJ-786-2011	79
Régimen artístico –Interinos y aplicación del Decreto No. 36320	AJ-682-2011	86
Título II Estatuto de Servicio Civil - Transitorio del Artículo 126 de Carrera Docente	AJ-724-2011	
Traslados, reubicaciones y recargos de funciones	AJ-692-2011 AJ-676-2011	109
Vacaciones no disfrutadas en otra entidad	AJ-715-2011	116

AJ-589-2011
11 de agosto de 2011

Licenciado
Bernal Robles Robles
Coordinador Unidad de Recursos Humanos
Dirección General de servicio Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta al Oficio RH-067-2011, fechado 18 de julio del año en curso, suscrito por la Licda. María Lucrecia Siles Salazar, quien ostentaba en esa oportunidad el cargo de Coordinadora de la Unidad Técnica presidida actualmente por su persona, documento mediante el cual se solicita a este centro de trabajo "...un criterio jurídico del "reconocimiento de oficio" que indica la Resolución DG-064-2008 en su artículo 18 inciso b)..."

Sobre el particular, y previo a los argumentos que se dirán, resulta importante aclarar a quien consulta, que por no ser competencia de esta Asesoría Jurídica el pronunciarse sobre casos concretos sometidos al escrutinio de la Administración Activa, el tema en discusión será abordado en forma general conforme a la especialidad técnica de esta oficina, omitiendo cualquier tipo de apreciación del caso particular que dio origen a la misiva recibida en este Despacho, y que como corresponde, deberá ser resuelto por su representada.

Efectivamente, y como bien se apunta en el Oficio RH-067-2011, supra citado, el elemento central de la solicitud que se nos plantea,

está relacionado con el inciso b) del artículo 18 de la Resolución DG-064-2008, de las 12:00 horas del 28 de febrero del 2008, que a la letra reza lo siguiente:

*“...**Artículo 18:** El estudio y resolución de las solicitudes de ingreso o ajuste del incentivo de Carrera Profesional estará a cargo de la Oficina de Recursos Humanos de cada institución, la cual deberá:*

(...)

b) Efectuar de oficio, tanto los estudios de ajuste por el factor experiencia, como los correspondientes a la capacitación recibida o impartida que se hayan realizado bajo su coordinación directa y sujeta a las condiciones normativas del SUCADES...” El subrayado no aparece en el documento fuente.

El texto normativo anteriormente reproducido, evidencia con meridiana claridad y sin necesidad de un estudio a profundidad, que la labor de ajuste del incentivo de Carrera Profesional, se puede llevar a cabo “de oficio” por parte de la Oficina de Recursos Humanos de que se trate, única y exclusivamente para funcionarios que hayan recibido o impartido capacitaciones, que estuvieron bajo la “coordinación directa” de tales dependencias técnicas al interior de sus instituciones, y siempre que tales actividades se encuentren sujetas a la normativa del Subsistema de Capacitación y Desarrollo del Régimen de Servicio Civil (SUCADES), aplicable en estos casos.

Conforme lo señala la Licda. Siles Salazar en el oficio citado con antelación, el tema que nos ocupa ha sido objeto de consultas anteriormente planteadas al Centro de Capacitación y Desarrollo (CECADES)¹, como dependencia técnica competente en dilucidar situaciones que involucren aspectos relacionados con la capacitación del capital humano dentro del Régimen Estatutario. En este sentido,

dicha dependencia externó su posición recientemente mediante el Oficio CCD-236-2011, fechado 5 de mayo del año en curso, cuyas conclusiones en esta materia, y según lo dicho líneas atrás, son compartidas por esta Asesoría Jurídica, en estricto apego al principio de legalidad, y según surge de la observancia y aplicación estricta de la normativa vigente al respecto.

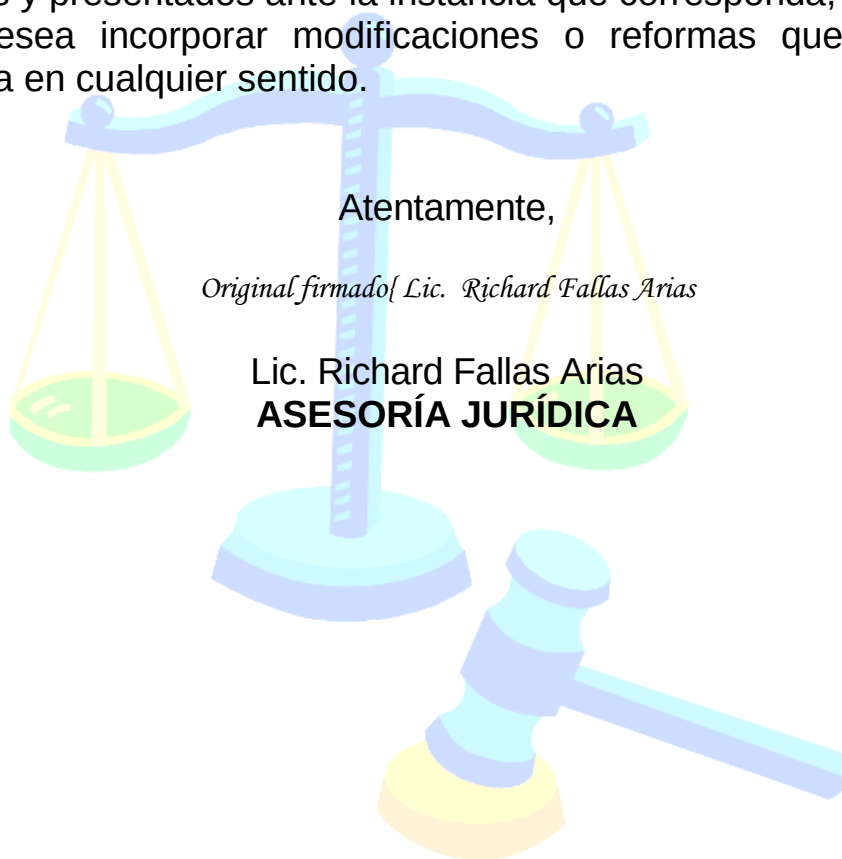
¹ Refiérase al Oficio RH-CP-045-2011, del 27 de abril del 2011.

Así las cosas, y sin entrar a estudiar el detalle del caso específico sometido a consideración de la Unidad de Recursos Humanos de esta Dirección General, hemos de terminar diciendo que la normativa que se encuentra vigente en la normalización de los diferentes temas concernientes a la gestión de los recursos humanos, debe aplicarse en la forma como quedó establecida desde el momento mismo de su nacimiento a la vida jurídica, de manera que, la disconformidad que pueda tenerse y manifestarse en algún momento respecto a su alcance y los efectos que de ella se busca, deben ser alegados y presentados ante la instancia que corresponda, en especial si se desea incorporar modificaciones o reformas que tiendan a mejorarla en cualquier sentido.

Atentamente,

Original firmado{ Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA



AJ-578-2011

9 de agosto de 2011

Licenciada

Giselle Ramírez Solano

Encargada Subproceso de Gestión Humana

Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia

IAFA.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su Oficio AA-GH-818-2011, fechado 26 de julio del año en curso, mediante el cual se solicita a este centro de trabajo criterio jurídico en torno al tema de los contratos de dedicación exclusiva, suscritos entre esa institución y sus funcionarios, y la duda que se deriva respecto a la correcta aplicación del marco jurídico que los regula.

En su consulta se detalla la siguiente situación: *“...dado que algunos funcionarios del Instituto que por motivos de cambio de puesto se les ha tenido que aplicar los alcances de la resolución vigente (DG-254-2009) manifiestan su derecho de continuar con los contratos iniciales al amparo de la DG-070-94 que en su oportunidad (sic) no se había establecido el plazo de la contratación de este plus, lo cual no les afectaría en el tiempo...”*.

Sobre este particular, y como preámbulo aclaratorio de la respuesta que se dirá, esta Asesoría Jurídica considera importante indicar a quien consulta, 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, en

razón de la imposibilidad que tiene esta oficina para pronunciarse sobre casos particulares, cuyo estudio son resorte exclusivo de la Administración Activa. No obstante lo anterior, y en virtud de que esta dependencia se ha manifestado en anteriores ocasiones sobre el

particular², conviene compartir nuevamente los argumentos vertidos en tales oportunidades, (especialmente lo indicado en el Oficio AJ-628-2009 del 9 de noviembre del año 2009)³, los cuales pasamos a transcribir a continuación, debido a que al día de hoy mantienen plena vigencia y podrían resolver satisfactoriamente el objeto de su consulta:

“...En otro orden de cosas, se presenta la interrogante en relación con la determinación del plazo en los contratos de dedicación exclusiva, y si existe la posibilidad de que los mismos se suscriban indefinidamente, mientras subsista la relación de servicio o una de las partes quiera (sic) poder fin al vínculo contractual. En este sentido, la Resolución DG-254-2009, antes mencionada, resuelve en forma clara esta situación al señalar, en lo que interesa, lo siguiente:

*“...**Artículo 2.-** La Dedicación Exclusiva bajo el Régimen de Servicio Civil, por su carácter contractual, requiere que sea pactada por un plazo determinado (...) 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. (Lo subrayado no corresponde al original)*

De igual manera los artículos 6 y 9 del mismo cuerpo normativo, establecen que:

*“...**Artículo 6.-** (...). Dicho contrato será de plazo fijo, término que será previamente establecido por las partes y no podrá ser prorrogado automáticamente.*

Ambas partes serán las responsables de vigilar el término de los contratos suscritos y previo a su vencimiento, la Oficina de Recursos Humanos deberá efectuar la 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

² Refiérase a los oficios AJ-490-2009, AJ-628-2009 y AJ-069-2011, fechados 7/9/2009, 9/11/2009 y 21/1/2011, en el orden usual.

³ Mediante el citado oficio se atendió consulta sobre este mismo tema a la Licenciada Giselle Ramírez Solano, funcionaria del IAFA, quien se convierte en signataria de la presente solicitud de criterio técnico jurídico.

mantiene, así como el interés de que el ocupante continúe afecto al Régimen de Dedicación Exclusiva, deberá 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, (...)

Artículo 9.- *El contrato de Dedicación Exclusiva, su prórroga o addendum tienen vigencia a partir del día en que es aceptado y firmado por las partes y durante el plazo pactado..." (El subrayado es propio)*

Los numerales supra transcritos, evidencian la clara intencionalidad de que los contratos, addendum o cualquier tipo de prórroga que se suscriba para estos efectos, se realice por un plazo determinado o fijo, de manera que la Administración pueda no sólo planificar los recursos presupuestarios que le permita hacerle frente a dicha obligación, sino que además posibilite, una vez vencido el término del contrato, revisar las condiciones originales que le dieron origen, y constatar de esta forma, si aún prevalecen, y justifican la suscripción de un nuevo acuerdo, en aras del interés público.⁴

Noten los consultantes que la norma menciona un plazo determinado pero en forma genérica, con lo cual se deja claro que en cada situación o caso particular, la propia institución responsable, a través de la dependencia técnica correspondiente, deberá analizar las condiciones por medio de las cuales fue nombrado el servidor, a fin de que el contrato de dedicación exclusiva, addendum o prórroga, según se trate, se ajusten, (por su condición de accesorio), a los requerimientos de la relación de servicio, pactada entre el funcionario y la Administración..." (El subrayado está contenido en el documento fuente.)

⁴ La doctrina señala que: "...La finalidad del contrato administrativo, al igual que la del acto administrativo, es el interés público. Si la ley prevé que debe estipularse para conseguir un determinado fin y la Administración lo realiza con un fin distinto, ha habido un desvío de finalidad porque se ha torcido la intención de la ley... (Fernández, Emilio. Diccionario de Derecho Público. ASTREA, Buenos Aires, 1981. Pág. 150)

Como podrá constatar la servidora consultante, el razonamiento supra transcrito, esbozado en su momento como respuesta a una interrogante de estrecha similitud a la que fundamenta actualmente la presente solicitud, resulta a todas luces, amplia y explicativa de lo que en derecho procede a la hora de someterse a consideración de la Administración situaciones como la traída a estudio en esta oportunidad. Sin embargo, se considera igualmente necesario y prudente complementar a lo ya externado por esta Asesoría Jurídica, el hecho de que la dedicación exclusiva, como figura jurídica contractual que se convierte finalmente en un estipendio para el servidor y genera una erogación financiera para la Administración, debe, necesariamente, ser otorgado, con fundamento en un interés público existente, lo cual de alguna manera, lo diferencia sustancialmente del régimen de prohibición, el cual tiene su origen en la ley.

En esta misma línea se ha manifestado anteriormente esta sede administrativa, citando inclusive pronunciamientos de nuestros tribunales ordinarios y de la misma Procuraduría General de la República, al señalar que: *“... 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 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 interés público, sin el cual no puede llegarse al concurso de voluntades que requiere un contrato de cualquier naturaleza.

(...)

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(...) 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 ⁵ (Lo subrayado pertenece al original)

Como se puede apreciar, la dedicación exclusiva se constituye en un instituto totalmente susceptible de ser renunciado por el servidor o prescindible de parte de la Administración, dependiendo de los intereses que aleguen unos y otros; no obstante, lo que sí se considera un componente central de la negociación que en estos términos se realice, es el hecho de que la Administración como parte patronal y de conformidad con el principio de legalidad, debe basar su decisión de suscribir o continuar un contrato de dedicación exclusiva con sus servidores, siempre y cuando prevalezca la posibilidad presupuestaria de hacerlo, así como el interés público de la prestación del servicio bajo esta modalidad. De no ser así, se estaría dando, como lo ha dicho nuestro máximo Tribunal Constitucional, un evidente mal uso de recursos públicos, no solo criticable, sino además sujeto a la aplicación de un posible régimen de responsabilidad contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

Conforme lo dicho hasta aquí, resulta atendibles las razones de legalidad que pudiera tener la Administración, en este caso representada por el IAFA (ante el cambio de puestos en su personal), a efectos de aplicar la Resolución DG-254-2009⁶, mencionada con antelación, a los contratos de dedicación exclusiva que actualmente se suscriben con funcionarios de esa institución, toda vez que este cuerpo normativo derogó la anterior Resolución DG-207-2009 de las 9:00 horas del 3 de julio del 2009, misma que en su oportunidad

⁵ Ver Oficio AJ-069-2011 de fecha 21 de enero del 2011.

⁶ De las trece horas del doce de agosto de dos mil nueve

sacara de vigencia la Resolución DG-070-94 del 3 de agosto de 1994 dictada en esta materia.

La potestad y el deber de revisión que tiene la Administración, en relación con el marco normativo que le gobierna, deviene en la responsabilidad que se cierne sobre las diferentes instituciones y

organismos públicos de actualizar sus planes, a fin de dar un uso más adecuado y racional a los fondos públicos que le corresponde administrar, de forma tal que el tema de la dedicación exclusiva no se convierte en una excepción a la regla, toda vez que el mismo se orienta a la prestación de un servicio para el cual se requiere que el funcionario dedique la totalidad de su fuerza laboral a satisfacer los estándares de calidad que el mismo exige, según lo ha definido la institución y el interés público prevaleciente; sin la existencia de estas condiciones, resulta imposible la materialización de dicho propósito, y podría a todas luces tornarse improcedente desde el punto de vista jurídico.

Como se ha venido insistiendo, y para el caso particular traído a estudio a esta sede administrativa, siempre bajo las consideraciones normativas y jurisprudenciales invocadas supra, hemos de finalizar diciendo que la determinación de la procedencia o no en el pago del mencionado estipendio, deviene en competencia exclusiva de la Administración Activa, (es decir su representada), al ejercitar las facultades legales conferidas y por medio de las dependencias técnicas creadas al efecto; de manera que, al reiterar los argumentos transcritos en páginas precedentes como respuesta ofrecida en otro momento a situaciones prácticamente idénticas a las traídas a colación en esta oportunidad, damos por agotado nuestro criterio sobre el particular.

Atentamente,

Original firmado{ Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

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 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 al 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...”⁷

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 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...”

⁷ 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

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.⁸ 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 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.

⁸ Así fue indicado por esta Asesoría Jurídica mediante el oficio número AJ-832-2004.

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 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.

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).

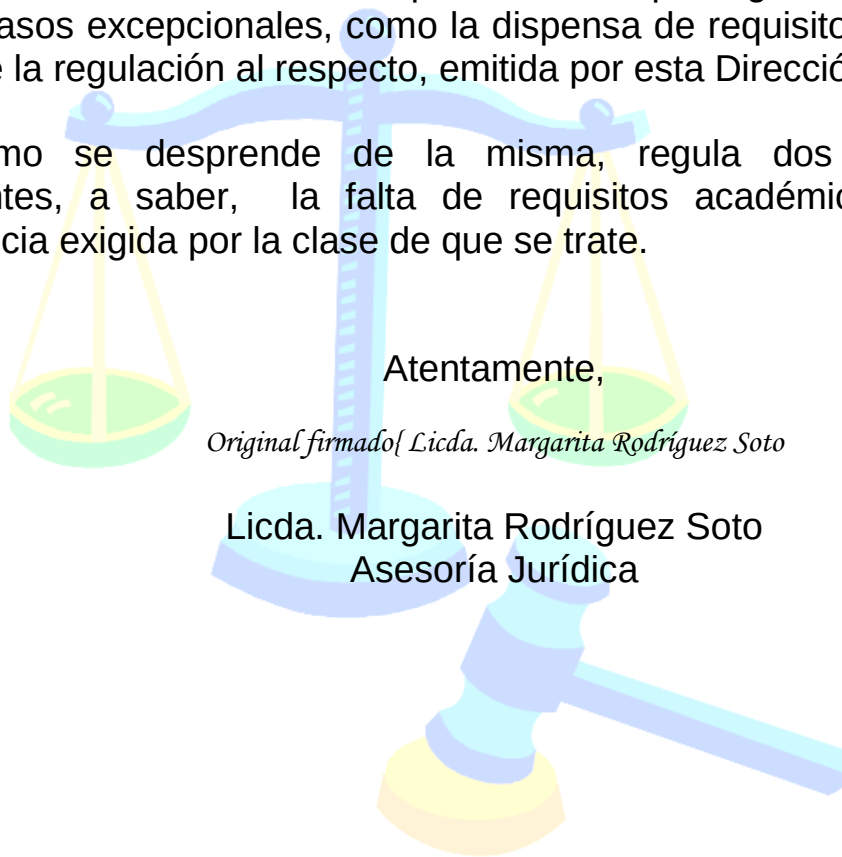
En conclusión debemos manifestar que el procedimiento para efectos de solicitar reasignación de puestos, en apego al artículo 110 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, debe seguirse tal y como está establecido en el cuerpo normativo que regula esta materia y para casos excepcionales, como la 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-778-2011

1° de diciembre de 2011

Máster
Francisco Chang Vargas
Director
Área de Salarios e Incentivos

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su atento Oficio SI-178-2011, fechado 15 de noviembre del año en curso, mediante el cual se consulta a este centro de trabajo, si se debería indemnizar a los funcionarios de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, a los cuales se les ha venido reconociendo el incentivo salarial de “disponibilidad” conforme a lo que establece el Decreto Ejecutivo N° 26393-MP y su transitorio, norma vigente desde el 20 de octubre de 1997, y la Resolución DG-126-97 de las diez horas del 11 de noviembre del mismo año, así como normativas anteriores, en la eventualidad de que basados en estudios técnicos, se determine reducir el porcentaje salarial reconocido por este concepto o bien su eliminación definitiva, siempre que las condiciones originales que justifican su pago hayan variado significativamente.

Como aspecto previo y aclaratorio a la evacuación de su consulta, conviene indicar al señor Chang Vargas que esta dependencia técnica encuentra limitaciones de orden legal para pronunciarse sobre casos o situaciones particulares referente a instituciones cubiertas por el Régimen Estatutario, que devienen en responsabilidad exclusiva de las Oficinas de Recursos Humanos,

competencias cuyo ejercicio no puede, en modo alguno, ser suplantado por esta Asesoría Jurídica. No obstante, y desde nuestro ámbito de acción, procedemos a indicarle que este Despacho abordará su inquietud desde una perspectiva general, trayendo a

colación los fundamentos jurídicos y de jurisprudencia que podrían contribuir a esclarecer, por parte de su representada, la situación expuesta con antelación.

Para iniciar diríamos que, efectivamente, como Usted bien lo señala en su misiva, la figura jurídica que conocemos como “disponibilidad” laboral, se encuentra regulada en el Decreto Ejecutivo N° 26393-MP, supra indicado, mediante el cual se establece el Reglamento para el Reconocimiento de Disponibilidad a Funcionarios del Poder Ejecutivo, además de la Resolución DG-126-97, de previa cita, y el Oficio Circular DG-012-2001 de fecha 19 de octubre del año 2001, por medio del cual se deroga el Oficio Circular DG-002-2000, estableciéndose los trámites para el reconocimiento del referido estipendio.

Sobre el régimen de “disponibilidad”, esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en algunas ocasiones⁹, dando a conocer su criterio respecto a diversos tópicos consultados, en relación con el mencionado incentivo salarial que nos ocupa. En tales oportunidades, esta representación ha sostenido, entre otros, los siguientes aspectos a destacar, y que encuentran plena vigencia y pertinencia para el asunto traído a estudio:

1-) En primer lugar, se ha hecho énfasis en que, al igual que otras remuneraciones salariales de carácter “excepcional”, el reconocimiento de la “disponibilidad” se hace en relación con el puesto y no al servidor beneficiario. Con esto queremos decir, que es el puesto el que se encuentra afecto al mencionado incentivo, una vez

que del análisis técnico que se realice por parte de la Administración, se determine que existen las condiciones requeridas para su implantación; así las cosas, diríamos que el funcionario que transitoria o permanentemente lo está ocupando, se hará acreedor del mismo mientras permanezca en dicho puesto y prevalezcan las condiciones originales que motivaron su pago.

⁹ Refiérase a los Oficios AJ-320-2008 y AJ-020-2011, fechados 3/6/2008 y 11/1/2011, en el orden usual.

2-) El segundo punto es una derivación lógica del primero, y está referido a la naturaleza “contractual” del citado incentivo, lo cual se explica en el sentido de que, como ya indicamos, al ser la “disponibilidad” un reconocimiento salarial de excepción (es decir, no todos los puestos están afectos al mismo), y por no estar amparado su otorgamiento a una ley sino a un reglamento y otras disposiciones normativas de menor rango, su eficacia se logra mediante la suscripción de un convenio entre el servidor y la Administración Activa, lo cual se materializa en la firma de un contrato entre ambas partes.

Ahora bien, qué es lo que consigna de manera general estos diversos cuerpos normativos citados con anterioridad. En primera instancia, el Decreto Ejecutivo N° 26393-MP estipula en su artículo 1° un concepto o definición del término “disponibilidad” y cómo debe ser entendido el mismo por parte de los operadores del Derecho; señala la norma de comentario lo siguiente:

“...Se denominará "Disponibilidad" como aquella obligación en que están ciertos servidores de permanecer

(sic) expectantes y de atender fuera de la jornada ordinaria, un evento o emergencia que requiere de su participación, sin que cuente para ello la hora ni el día, todo conforme a sus funciones y las necesidades reales,

*complejas e impostergables que demanda el buen servicio público...”*¹⁰

¹⁰ Esta definición ha sido respaldada por la propia Procuraduría General de la República en algunos de sus pronunciamientos, de los cuales se puede consultar la Opinión Jurídica N° OJ-071-1999 del 10 de junio del año 1999. De igual manera el consultante puede revisar el Dictamen C-077-90 del 23 de mayo de 1990, en donde el Órgano Asesor del Estado señaló lo siguiente: “... Se entiende por disponibilidad laboral la necesaria prestación de un servicio fuera de la jornada ordinaria de trabajo o en días inhábiles (como el descanso semanal o los feriados) por parte de un servidor, ante la necesidad de la institución. La prestación del servicio en esas condiciones es excepcional, depende exclusivamente del cargo o puesto desempeñado y no se le puede equiparar a la jornada extraordinaria, debido a que ésta última sólo se remunera si se labora efectivamente, mientras

Este mismo cuerpo reglamentario, establece en uno de sus “Considerandos” que:

“...este incentivo, por su naturaleza y fin que cumple, no puede generar derechos permanentes a ningún servidor, pues el disfrute está sujeto al desempeño de un cargo y la necesidad institucional de concederlo, para garantizar un servicio...” (Se supe el subrayado en el texto original)

Del anterior texto se colige, con meridiana claridad, que el reconocimiento del incentivo en discusión no puede conceder derechos permanentes al servidor beneficiario una vez que es otorgado, dada su condición especial de estar sujeto al cumplimiento de determinados supuestos, de los cuales, evidentemente, sobresale la “necesidad institucional”, real y actual, cuya existencia deviene en requisito “sine qua non” para su suscripción. Este aspecto es de trascendental importancia, y por lo tanto, debe quedar así pactado en el contrato firmado por las partes intervinientes, de forma tal que se convierte prácticamente en la condición esencial, que al desaparecer, faculta a la Administración a rescindir dicho convenio, sin derivar ante esto responsabilidad civil o pecuniaria alguna.

En esta misma línea ha resuelto la Dirección General de Servicio Civil mediante la Resolución número DG-126-97, de repetida cita, al señalar en su artículo 18 que: “... *La compensación por Disponibilidad al ser contractual y temporal, no genera derechos permanentes al servidor afectado...*”, con lo cual diríamos, queda resuelto cualesquier litigio de carácter laboral que pretenda hacer valer derechos laborales inexistentes como producto del otorgamiento del referido estipendio, aún en condiciones donde la continuidad del servicio público no lo amerita.

Nótese que el mismo Reglamento contenido en el Decreto Ejecutivo Nº 26393-MP, de reiterada referencia, dispone taxativamente que:

“...En ningún caso esta compensación podrá considerarse como un derecho adquirido ni permanente, de forma que la Administración podrá rescindir el contrato en cualquier

que el pago de la llamada compensación de (sic) que se haya laborado o no en el período correspondiente...” (El subrayado es propio)

momento, sin responsabilidad para ésta, para lo cual deberá justificar adecuadamente su decisión y comunicarla al funcionario con 30 días naturales de antelación...¹¹ **(El subrayado no pertenece al documento fuente)**

Esta tesitura, como ya se indicó en páginas precedentes, ha sido de igual manera sostenida por esta oficina asesora, en el criterio vertido en el Oficio AJ-320-08, antes apuntado, en el cual se indicó que:

“...la disponibilidad es un concepto adicional a los deberes y obligaciones que derivan de la relación de servicio del funcionario, a fin de cubrir tareas excepcionales fuera de la jornada de trabajo, y como tal, sólo puede originarse a través de un convenio suscrito entre el funcionario y el patrono, sin el cual, no podría

existir ningún tipo de obligación de ninguna de las partes y menos el pago o retribución económica, (...). La disponibilidad está íntimamente relacionada con las necesidades que plantea el cargo y el servicio que se presta, por lo que la determinación del rol de trabajo depende de las necesidades que tenga o no el empleador de contar con los servicios del funcionario más allá de la jornada ordinaria...”

Volviendo al tema de la regulación que establece el Decreto Ejecutivo N° 26393-MP, muchas veces mencionado, y particularmente a lo dispuesto en su único transitorio, podemos inferir que el mismo establece condiciones especiales para determinados funcionarios, que en principio, podríamos asegurar no enerva los argumentos esgrimidos en párrafos precedentes, dado que mantiene los elementos centrales de una posición que se ha venido sosteniendo a lo largo de estas líneas. De hecho, el transitorio de marras señala en su párrafo final que: “...Este transitorio rige para las personas que han devengado esta compensación económica y mientras la Administración considere que se mantienen las condiciones que

¹¹ Ver artículo 5 de dicho cuerpo normativo.

justifiquen su reconocimiento...” (Se adiciona nuevamente el subrayado en el texto de origen)

En resumen, y a la luz de lo manifestado hasta aquí, podríamos decir que el tema de una posible “indemnización” para aquellos funcionarios que gozando del “plus” salarial de disponibilidad, sean objeto de una revisión contractual por parte de la Administración, a fin de determinar la existencia de condiciones que permitan la continuidad o no en el otorgamiento de dicho estipendio, parecería no ser una situación inminente a resolver en el corto y mediano plazo, en razón de como ya se indicó suficientemente, este procedimiento se constituye en una potestad de la Administración Activa, en aras de garantizar no solo la prestación del servicio público, sino además la

adecuada ejecución de los recursos financieros y presupuestarios, que le son conferidos para una sana y racional administración.

Atentamente,

Original firmado/ Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-654-2011
20 de setiembre de 2011

Licenciado
Bernal Robles Robles
Coordinador de la Unidad de Recursos Humanos

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a atender la consulta planteada mediante el oficio número RH-721-2011 fechado seis de setiembre del año en curso, por medio del cual se expone una situación relacionada con la materia de “evaluación anual del desempeño” y ciertas irregularidades identificadas en algunos de los documentos cursados a tenor de dicho tema, de algunos funcionarios del Área de Carrera Docente, las cuales se debieron a hechos particulares y situaciones sobrevenidas en dicha área de trabajo.

Previo a evacuar la consulta planteada, se debe hacer notar que por política de esta Asesoría Jurídica, no nos pronunciamos sobre casos concretos o particulares, sino se orientará la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento y respeto al bloque de legalidad, sea el 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 dar algún tipo de solución efectiva a la situación planteada, ha de tomarse la particularidad de que al ser la materia sobre medición

de rendimiento anual en estudio sobre funcionarios de la Dirección General de Servicio Civil, debe necesariamente analizarse el instrumento técnico-jurídico ha utilizar para dicha evaluación, siendo el “Manual de procedimientos para la medición de resultados y rendición de cuentas de la Dirección General de Servicio Civil”, el indicado y del cual y para lo que interesa se pueden extraer las normas que posteriormente se transcribirán, las cuales servirán de base para tratar de ubicar las situaciones irregulares presentes y de cuestionamiento en el caso en estudio, las cuales en tres puntos concretos podrían resumirse de la siguiente manera:

- Evaluación del desempeño no firmada por el colaborador.
- Evaluación del desempeño firmada por el evaluador.
- Evaluación del desempeño en la que no consta la resolución razonada para la calificación cualitativa de “EXCELENTE” de los funcionarios de un Área de trabajo, sin atender la regla técnica para dicha calificación.
- Evaluaciones extemporáneas actualmente y sin resolver.

Claros con los supuestos a analizar, tenemos ahora las normas que se interrelacionan con los puntos expuestos, todas del manual de anterior cita:

“(…)

8. Aspectos Administrativos Importantes:

- 8.1 *Una vez que los evaluadores (jefe inmediato o el superior del jefe inmediato, en el caso de que éste hubiere participado en el proceso evaluativo,) haya firmado y fechado la Matriz de Medición de Resultados y Rendición de Cuentas Anual, de los colaboradores a su cargo, tendrá ocho*

días naturales para enviarla con sus dos copias y un informe sobre los resultados de la medición, a la Oficina de Recursos Humanos, para su revisión y registro oportuno

Una vez que la Oficina de Recursos Humanos haya revisado y devuelto la matriz, el evaluador deberá entregar el original al colaborador y registrar la fecha y la firma que haga constar que éste recibió dicho documento. A partir de esta fecha de entrega de la matriz, empezará a regir el plazo para el agotamiento de la vía administrativa.

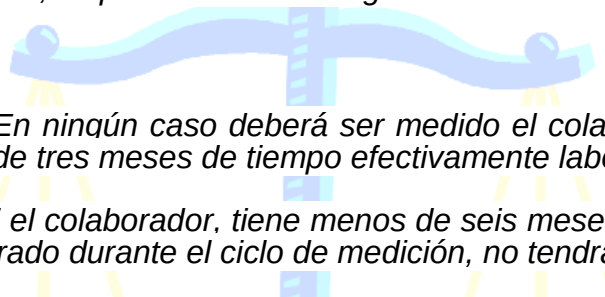
- 8.2 *La Medición de Resultados y Rendición de Cuentas Anual de esta Dirección General, solo surtirá los efectos administrativos correspondientes, una vez*

que conste en los registros que lleva la Oficina de Recursos Humanos. No obstante, en sí misma la Matriz de Medición de Resultados y Rendición de Cuentas, tiene validez y eficacia legal desde el momento en que el resultado es comunicado al colaborador.

8.3 (...)

8.4 Si por razones de licencia, incapacidad, becas u otras causas, el colaborador hubiere interrumpido sus servicios durante el ciclo de medición, se procederá de acuerdo con lo señalado en el siguiente numeral.

8.5 **Para determinar la Medición Anual del colaborador que tenga menos de 12 meses de tiempo efectivamente laborado durante el ciclo de medición, se procederá de la siguiente manera:**

- 
- a. En ningún caso deberá ser medido el colaborador que tenga menos de tres meses de tiempo efectivamente laborado.
 - b. Si el colaborador, tiene menos de seis meses de tiempo efectivamente laborado durante el ciclo de medición, no tendrá Medición Anual.
 - c. Si el colaborador no tuvo al menos un seguimiento individual durante el proceso de medición y a la fecha de la Medición Anual tiene menos de seis meses de tiempo efectivamente laborado durante el ciclo de medición, no tendrá Medición Anual, en cuyo caso, para cualquier efecto de orden administrativo se le tomará en cuenta la Medición de Resultados y Rendición de Cuentas Anual del ciclo anterior.

No obstante, para cualquier efecto de orden administrativo, por ejemplo, pago de incentivos, se le tomará en cuenta la Medición de Resultados y Rendición de Cuentas Anual del ciclo anterior.

8.6 En caso de que a la fecha del seguimiento individual, el colaborador se encuentre ausente de su puesto, ya sea por incapacidad, vacaciones o licencia, el proceso deberá realizarse cuando éste regrese al trabajo. Para ello, el evaluador (jefe inmediato) deberá justificar el caso en forma escrita, ante la Oficina de Recursos Humanos a la cual deberá remitir copia de la justificación.

Solamente en las situaciones antes citadas o cuando exista justificación por caso fortuito valorada por la Dirección General, serán aceptadas las Mediciones de Resultados y Rendición de Cuentas Anual efectuadas en forma extemporánea.

8.7 En caso de que el colaborador se encuentre ausente de su puesto por motivo de licencias sin goce de salario, no deberá exigirse su medición del rendimiento, para ningún efecto administrativo ni legal.

8.8 Tanto el colaborador como los evaluadores (jefe inmediato o el superior de éste, en caso de que participe en el proceso de medición), deberán firmar con su puño y letra los originales de la matriz de

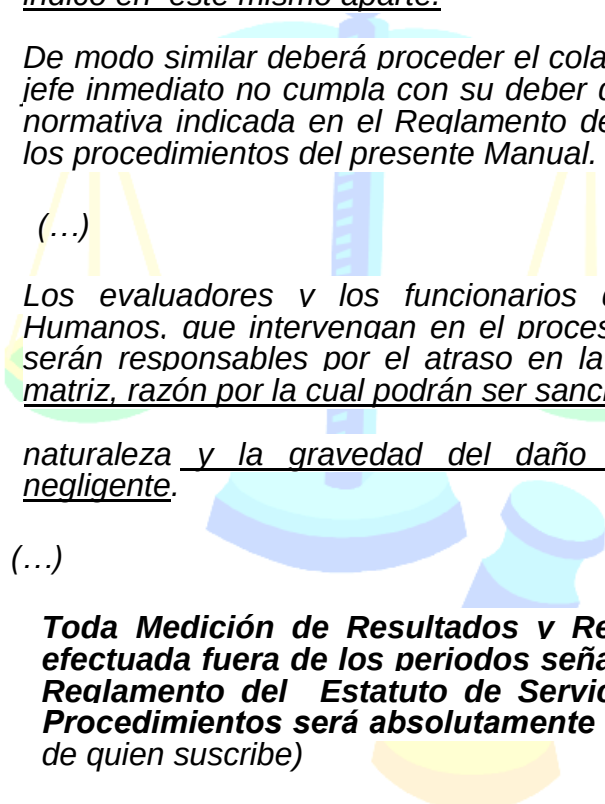
medición anual; no se admitirá el uso de facsímiles para éste propósito.

La ausencia de la firma del jefe invalidará la evaluación del desempeño, por lo cual éste será responsable por los perjuicios que tal omisión cause al colaborador.

La ausencia de la firma del colaborador hará presumir que éste no recibió el resultado de la medición del rendimiento. Sin embargo, si la omisión obedece a que el colaborador se negó a firmar, el jefe deberá indicarlo así, en el aparte H "Observaciones Generales del Evaluador".

además, registrar el hecho en una acta avalada con su firma y la de, por lo menos, dos testigos con sus respectivas calidades, tal como se indicó en este mismo aparte.

De modo similar deberá proceder el colaborador en el caso de que su jefe inmediato no cumpla con su deber de medirlo, de acuerdo con la normativa indicada en el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y los procedimientos del presente Manual.

8.9 (...) 

8.10 Los evaluadores y los funcionarios de la Oficina de Recursos Humanos, que intervengan en el proceso de medición de resultados serán responsables por el atraso en la remisión o el extravío de la matriz, razón por la cual podrán ser sancionados de acuerdo con la naturaleza y la gravedad del daño causado con su actuación negligente.

8.11 (...)

8.12 ***Toda Medición de Resultados y Rendición de Cuentas Anual efectuada fuera de los periodos señalados por el Artículo 41 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, y este Manual de Procedimientos será absolutamente nula.*** (Todos los destacados de quien suscribe)

Puede evidenciarse de los lineamientos de supra cita, que las actuaciones expuestas incluidas dentro de las evaluaciones del desempeño para el periodo 2009-2010 en estudio, no se encuentran dentro de ninguno de los supuestos para que dichas evaluaciones puedan ser atendibles de manera extemporánea y evidencian así, que no existieron las justificaciones requeridas cuando se comprobaron los inconvenientes en tiempo y derecho, de modo que al no existir asidero jurídico que satisfaga alguna eventual solución, las mediaciones del rendimiento efectuadas son inválidas e ineficaces.

Ante dicho panorama, pueden los involucrados en la medida en que sus necesidades juzguen conveniente, accionar conforme a lo establecido en el “Manual de procedimientos para la medición de resultados y rendición de cuentas de la Dirección General de Servicio Civil”, y el artículo 88 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, si es que pueden ver afectados sus derechos subjetivos derivados de sus evaluaciones del desempeño.

Dice así “Manual de procedimientos para la medición de resultados y rendición de cuentas de la Dirección General de Servicio Civil”, puntos número 7:

El Proceso de Apelación o Revisión:

El colaborador podrá apelar o solicitar revisión de la medición de resultados y rendición de cuentas anual.

Todo colaborador podrá impugnar en la vía administrativa ante el superior jerárquico, el resultado de la medición de resultados y rendición de cuentas anual dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba el original de esta, de conformidad con lo estipulado en el artículo 99 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio

Civil. Si después de agotada la vía administrativa el colaborador persistiere en su reclamo, podrá recurrir ante las instancias legales correspondientes.

Por su parte, el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Capítulo IX, de las Peticiones, reclamos y despidos, Artículo 88, dispone lo siguiente:

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

a) Si se tratare de reclamos contra los jefes inmediatos de cualquier órgano, antes de recurrir al Tribunal de Servicio Civil, deberá agotarse

la vía administrativa, a cuyos efectos deberá obtenerse un primer pronunciamiento del superior jerarca de la dependencia de que se trate, y un segundo pronunciamiento del Ministro respectivo. Si el reclamo se presentará contra un acto del propio Ministro, no se requiere más trámite que impugnarlo directamente ante dicho funcionario.

En estos últimos dos casos, tanto el jerarca como el Ministro, tendrán un plazo máximo de ocho días hábiles para resolver lo procedente,

entendiéndose que el mismo se tendrá por agotado si no se diere respuesta durante su transcurso;

(Inciso reformado por el artículo 1° del Decreto N° 19824 del 27 de junio de 1990)

b) Cumplido el trámite anterior, si el servidor persistiere en su reclamo, podrá recurrir ante el Tribunal, llenando al efecto los requisitos establecidos en el artículo 81 de este Reglamento. El Tribunal ordenará levantar información por medio de la Dirección General, si así lo estimare necesario para dictar su fallo, que será definitivo; y

c) La Dirección General cumplirá, en lo que fuere dable, las disposiciones del inciso e) del artículo 43 del Estatuto, y tramitará las respectivas diligencias con intervención del reclamante y del jefe contra quien se dirija la acción. Sin embargo, una vez levantada la información y antes de ser devuelto el expediente al Tribunal, se concederá audiencia al respectivo Ministro, cuando no haya sido parte del asunto, para lo que estime conveniente proponer o manifestar.”

Procedemos a devolver todos los antecedentes remitidos por ese centro de trabajo, para que los mismos queden en los archivos y bajo la custodia de esa Unidad, que es la competente según la materia expuesta.

Atentamente,

Original firmado/ Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

CC/ Lic. Jorge Allan Aguilar Cubillo, Área de Carrera Docente.
Lic. Oscar Gómez García, Unidad de Planificación Institucional, Oficina de Recursos Humanos del Ministerio de Hacienda.
Licda. Ligia Espinoza Molina, Área de Carrera Docente.
Lic. William Amador Hernández, Área de Salarios e Incentivos.
Lic. Javier Abarca Meléndez, Jefe de Recursos Humanos de la Comisión Nacional de Riesgos y Prevención de Emergencias.



AJ-777-2011

1° de diciembre de 2011

Señorita
Rosibel García Piedra
rgarcia@mopt.go.cr
S. O.

Estimada señorita:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico de fecha 25 de noviembre del año en curso, por medio del cual solicita se atienda una consulta relacionada con la normativa aplicable al proceso de evaluación del desempeño.

Sobre el particular le informamos que nos referiremos en términos generales, debido a que, de acuerdo con la normativa vigente y al lineamiento emitido por el Área de Gestión de Recursos Humanos, cada institución debía elaborar los instrumentos necesarios para aplicarlos en el proceso de evaluación del desempeño y, en su caso particular, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes tiene su propia Guía de Aplicación del Modelo de Evaluación del Desempeño.

En cuanto a la consulta: “... *que un funcionario no evaluado o con evaluación inferior a muy bueno, por (sic) puede recibir el aumento anual?...*” y adiciona “... *también necesito saber donde dice que no recibirá aumento anual cuando no es evaluado ...*”.

Sobre el particular señalamos lo siguiente:

Primero suponiendo que lo que se quiso decir era “no” en lugar de “por”, lo que establece la Guía de Aplicación para la Evaluación del

Desempeño de los Servidores Cubiertos por el Título I y IV del Estatuto (Modelo Prototipo Transitorio), cuando se den interrupciones u otros aspectos de carácter similar, señala en los puntos 8.2 y 8.3, lo siguiente:

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

8.3 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.

Lo señalado nos indica que por los motivos descritos en el punto 8.2, en donde existe una interrupción laboral y que tenía menos de seis meses de laborar, no se evalúa pero se justifica ante la Dirección de Recursos Humanos y se indica la calificación anterior.

En el punto 8.3, señala que tiene más de seis meses laborados, pero tiene una licencia o interrupción, lo que procede en este caso es justificar la situación y cuando regrese el funcionario se le evalúa.

Por otro lado, en caso de incumplimiento del Artículo 42 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, la Guía de Aplicación establece que:

8.12 Jefatura inmediata incumple lo dispuesto en el artículo 42 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y se negare a realizar la evaluación del desempeño: el colaborador(a) deberá comunicar por escrito el hecho a la Oficina de Gestión de Recursos Humanos Institucional o la unidad competente, indicando en su denuncia el nombre de dos testigos que puedan dar testimonio del hecho.

Asimismo prosiguiendo con la evaluación del desempeño, la Ley de Salarios de la Administración Pública N° 2166, en lo que concierne a aumentos anuales indica en su artículo 5:

“ ... Los aumentos anuales serán concedidos por méritos a aquellos servidores que hayan recibido calificación por lo menos de “bueno”, en el año anterior ...”

En este contexto y tal y como lo afirma la norma, serán acreedores al aumento anual por antigüedad, los servidores que

hayan obtenido en su calificación de servicio como mínimo un bueno, a contrario sensu, si no lo obtuvo, o fue inferior, no tendrá derecho a tal reconocimiento.

Atentamente,

Original firmado{ Licda. Margarita Rodríguez Soto

**Licda. Margarita Rodríguez Soto
ASESORÍA JURÍDICA**

AJ-585-2011

10 de agosto de 2011

Licenciada
Esmeralda Campos Vindas
miscampos2009@hotmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico de fecha 1° de agosto del año en curso, por medio del cual expone su situación ante un traslado a otra institución y el respecto de los derechos adquiridos en cuanto a la exoneración de marca al cumplir 20 años de servicio público, así como cuando va a realizar trámites ante el Colegio de Enfermas, aun presentando certificación de tiempo, le realizan el rebajo salarial cuestionando “no entra esto como un derecho del colegiado”(sic).

Sobre el particular debemos indicarle que este es un asunto de resorte netamente interno sobre el que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para pronunciarse, ya que de acuerdo con lo que señala el artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública en sus incisos d) y e), corresponde al señor Ministro del ramo como órgano jerárquico superior del Ministerio respectivo, agotar la vía administrativa, resolviendo los recursos pertinentes y las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio.

Dice este numeral en lo que interesa lo siguiente:

“Artículo 28.-

El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio,

1- Corresponderá exclusivamente a los Ministros:

(...)

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

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

Por otra parte, debemos indicarle que la protección que da el Régimen de Méritos a sus servidores, les permite, en caso de que consideren que una disposición de la jefatura le está causándole perjuicio, acudir al Tribunal de Servicio Civil, de conformidad con lo que disponen los artículos 88 y 89 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que dicen:

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

a) Si se tratare de reclamos contra los jefes inmediatos de cualquier órgano, antes de recurrir al Tribunal de Servicio Civil, deberá agotarse la vía administrativa, a cuyos efectos deberá obtenerse un primer pronunciamiento del superior jerarca de la dependencia de que se trate, y un segundo pronunciamiento del Ministro respectivo. Si el reclamo se presentará contra un acto del propio Ministro, no se requiere más trámite que impugnarlo directamente ante dicho funcionario.

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

(Inciso reformado por el artículo 1° del Decreto N° 19824 del 27 de junio de 1990)

b) Cumplido el trámite anterior, si el servidor persistiere en su reclamo, podrá recurrir ante el Tribunal, llenando al efecto los requisitos establecidos en el artículo 81 de este Reglamento. El Tribunal ordenará levantar información por medio de la Dirección General, si así lo estimare necesario para dictar su fallo, que será definitivo; y

c) La Dirección General cumplirá, en lo que fuere dable, las disposiciones del inciso e) del artículo 43 del Estatuto, y tramitará las respectivas diligencias con intervención del reclamante y del jefe contra quien se dirija la acción. Sin embargo, una vez levantada la información y antes de ser devuelto el expediente al Tribunal, se concederá audiencia al respectivo Ministro, cuando no haya sido parte del asunto, para lo que estime conveniente proponer o manifestar.

Artículo 89.- Si en la reclamación que conforme con el artículo anterior plantear el servidor perjudicado, se comprobare el incumplimiento por parte del jefe de alguna de las obligaciones o prohibiciones prescritas por el Estatuto, el Reglamento o el Código de Trabajo, el Tribunal podrá acordar, por vía de corrección disciplinaria, las sanciones de advertencia y de suspensión, en los términos de los incisos a) y b) del artículo 41 del Estatuto, sin perjuicio de que el Ministro pueda optar por el despido de dicho funcionario, en el supuesto de haberse comprobado que este incurrió en alguna de las faltas graves que determina el artículo 27, inciso a) del presente Reglamento

Atentamente,

Original firmado { Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURIDICA

AJ-738-2011
10 de noviembre de 2011

Señor
Lemuel Byram López
Apartado Postal 1184-1250
Tel: 8832-5555
ESCAZÚ, SAN JOSÉ.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su oficio sin número, recibido en este Despacho el día 27 de octubre del año en curso, relativo a varias consultas sobre la homologación de puestos del extinto Banco Anglo Costarricense, a lo cual nos referiremos en términos generales, en virtud de que dicho estudio no era competencia de esta Dirección General, sino más bien la intervención fue a manera de colaboración.

En relación con el Dictamen número C-197-99 de la Procuraduría General de la República y el Voto de la Sala Constitucional N° 2002-03516 que Usted menciona y que afirma que ordenaban a la Dirección Nacional de Pensiones, suministrar la información necesaria para que esta Dirección General realizara una homologación, nos permitimos informarle lo siguiente:

La homologación a que hace referencia era un proceso de alto grado de dificultad porque se trataba de una estructura ocupacional que ya no existía, cuyo estudio se pretendió varios años después de que el Banco cerrara sus puertas, de forma que la comparación con

las estructuras ocupacionales bancarias existentes, siempre fue cuestionada por la administración activa.

Con las salvedades indicadas en el párrafo anterior, los estudios se concluyeron y fueron remitidos al Director de la Dirección Nacional

de Pensiones, mediante el Informe número IT-NT-026-2003 de fecha 28 de julio de 2003, emitido por el anterior Departamento de Instrumentación Tecnológica, Unidad de Normatización Técnica de esta Dirección General.

Esta Dirección General desconoce el trámite y las decisiones que la Dirección Nacional de Pensiones haya tomado, en relación con el grupo de pensionados pertenecientes al extinto Banco Anglo Costarricense, de forma que cualquier explicación sobre el tema, corresponde a dicha Entidad brindarla.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Margarita Rodríguez Soto

Licda. Margarita Rodríguez Soto
ASESORÍA JURÍDICA



AJ-600-2011
19 de agosto de 2011

Licenciada
María Eugenia Espinoza Zamora
Coordinadora
Comité Técnico Funcional de Integra

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta al Oficio CTFI-046-2011, fechado 3 de agosto del año en curso, remitido por su persona a la señora Subdirectora General de esta Institución, documento mediante el cual solicita realizar las gestiones que correspondan, a fin de que se lleve a cabo un análisis técnico jurídico, en torno al alcance e interpretación del numeral 173, incisos a) y b) de la Ley de Carrera Docente, debido a las posibles inexactitudes que se pueden generar a la hora de su aplicación, aspecto que se enfatiza en la misiva de referencia al señalar lo siguiente: “...*dado que estimamos que (sic) se requiere determinar si cabe o no una reforma a dicha disposición...*”

Efectivamente, y como bien se apunta en el oficio supra indicado, la Ley de Carrera Docente, N° 4565 del 4 de mayo de 1970, regula en su artículo 173 la forma de reconocimiento de incapacidades por enfermedad de los servidores públicos cubiertos por el Título II del Estatuto de Servicio Civil; reza literalmente la norma de comentario:

“...Las incapacidades por enfermedad del servidor no contempladas en el artículo 167, se regirán por las siguientes normas:

a) Durante los primeros cuatro días se les reconocerá el equivalente a un 50% de salario. Igual distribución se aplicará en los permisos para asistir al Seguro Social, o licencias por enfermedad que no incapaciten al servidor, al juicio del superior inmediato.

(...),

b) Si el servidor estuviese protegido por el Seguro Social, el Ministerio de Educación le reconocerá la diferencia de salario hasta completar el 100% (ciento por ciento) del mismo; caso de no estarlo, el pago del salario correrá por cuenta del Ministerio de Educación... (El subrayado no pertenece al documento fuente)

Como se puede constatar con relativa claridad, el texto legal supra transcrito, no hace más que evidenciar una regla prácticamente presente en los diferentes cuerpos normativos vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, por medio de los cuales se regula el tema de incapacidades médicas que sirve de sustento a la consulta que nos ocupa, entre ellos, y solo para citar algunos: el Reglamento para el otorgamiento de incapacidades y licencias a los beneficiarios del Seguro de Salud, el Reglamento del Seguro de Salud, el Código de Trabajo, la Ley sobre Riesgos del Trabajo, así como el mismo Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

La vasta legislación antes citada, coincide de alguna manera en reconocer que todo servidor asalariado (genéricamente hablando) debe, necesariamente y sin excepción, estar cubierto por el sistema de seguridad de la salud existente en nuestro país, el cual se brinda a través de la Caja Costarricense del Seguro Social y que en lo referente a riesgos del trabajo se realiza por medio del Instituto Nacional de Seguros. Con esto queremos decir, que independientemente del Órgano Público que emita la incapacidad por razones médicas del

servidor, el mismo establecerá un procedimiento de cálculo y reconocimiento del subsidio correspondiente a ese período durante el cual dicho funcionario se mantendrá sin laborar, siendo que al Estado como empleador o patrono le asiste la obligación de cubrir la diferencia resultante al otorgamiento del cien por ciento del subsidio total, cuando así lo establezca la norma, de lo contrario, reconocerá el porcentaje que taxativamente estipule la misma.

Bajo esta regla general, resultaría improcedente desde el punto de vista jurídico, reconocer un subsidio al servidor incapacitado

superior a su ingreso regular por concepto de salario, situación que, evidentemente, lo pondría ante un escenario de enriquecimiento indebido e impropio derivado de su condición, y contrario a la legislación del país. Así las cosas, corresponde a los operadores de la norma y el derecho, sea la Administración Activa, establecer los porcentajes, que conforme a las disposiciones vigentes en la materia, debe reconocer el Estado, (representado a través de sus instituciones y en su papel de gran empleador público), a sus servidores por concepto de subsidio, cuando éstos se encuentran gozando de períodos de incapacidad otorgados por causa de enfermedad o accidentes de trabajo.

En relación con las posibles “malas interpretaciones” que, eventualmente, podrían generarse en la observancia y aplicación de la norma traída a colación en páginas precedentes, aducida por su persona, considera esta Asesoría Jurídica que es el producto de una apreciación muy particular, propia de quien entrando a conocer el texto normativo lo interpreta según su entender, pero que bien no podría representar el grado o modo de comprensión en otras instancias, de manera que, si se considera que dicha disposición debe ser objeto de alguna modificación o reforma a efectos de mejorarla, se sugiere que dicho planteamiento sea presentado formalmente ante las instancias administrativas que correspondan, en el entendido de que tratándose de una norma con rango legal, exige la presentación de un borrador

del proyecto de ley que habrá de ser sometido al Parlamento de la República.

Atentamente,

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-570-2011
1 de agosto de 2011

Señora
Guiselle Ruiz Araya
Fax: 2285-5094
Correo electrónico: guisruiz1@yahoo.com

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a atender la misiva expuesta mediante oficio sin número de fecha 15 de julio del presente año, en donde se establece una situación jurídica que requiere del análisis de este Despacho en cuanto a la posibilidad de la aplicación del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, en relación con la figura del interino sustituto y su ingreso al Régimen de Méritos por las formalidades de dicho numeral.

Según se señala en la consulta, quien la plantea se encuentra bajo la figura de interino sustituto en un puesto cubierto por el Régimen de Servicio Civil desde el año 2005 y cuyo titular del puesto presentó su renuncia finalizando el año 2010 por lo que al quedar vacante el mismo, sugiere la aplicación del numeral 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil que reza en lo que interesa:

“...La misma norma se aplicará al servidor sustituto interino, con dos o más años de labor ininterrumpidamente en el mismo puesto, si éste quedare vacante al vencer la licencia otorgada al titular de la plaza, y siempre que el servidor sustituto, hubiese sido escogido del Registro de Elegibles que lleva la Dirección General...”

Lo anterior siendo que el sustituto interino en el caso que nos ocupa ingresó al registro de elegibles a partir del 4 de noviembre de 2009 según aduce el mismo.

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

Debe tenerse en cuenta que el supuesto establecido dentro del numeral 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil es un mecanismo excepcional de ingreso al Régimen de Méritos, sin el sometimiento al procedimiento del concurso por oposición.

La norma establece claramente, en el apartado de la misma que nos tiene en estudio, que podrá aplicarse a aquel servidor que **“hubiere sido escogido del Registro de Elegibles”** y no así el que hubiese ingresado a dicho requisito posteriormente, lo que es consecuente con el principio de idoneidad plasmado en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, en donde se garantiza con dicho principio que los funcionarios a quienes les es aplicable la norma, hayan demostrado su idoneidad para el puesto mediante la aprobación de diversas pruebas, así como la conformación de un registro de elegibles y finalmente deben ser escogidos de dicho registro, es decir han pasado por un proceso de selección, previo a su nombramiento como servidor interino sustituto.

De modo que no establece la norma la posibilidad de poder aplicar la excepción establecida en ella, a aquellos servidores interinos sustitutos que a pesar de tener el tiempo requerido¹² y que cuenten con los demás requisitos preestablecidos, no fueron escogidos del registro de elegibles al momento de ser nombrados como interinos sustitutos.

¹² Dos o más años ocupando el puesto y que éste vacante el mismo

Como conclusión en los supuestos de no contar con todos los requisitos expresos en la norma de excepcionalidad de ingreso al Régimen de Méritos¹³ es imposible optar por un nombramiento en propiedad bajo los supuestos del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.



¹³ Por medio del procedimiento del artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

AJ-686-2011
10 de octubre de 2011

Máster
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su solicitud verbal, mediante la cual se requiere conocer el criterio jurídico de este centro de trabajo, en relación con el papel que cumplen los “Jurados Asesores” de la Dirección General de Servicio Civil, mencionados en el numeral 87, siguientes y concordantes, del Estatuto de Servicio Civil.¹⁴

Como punto de partida del análisis que se hará en torno a la temática de interés, conviene transcribir previamente lo que establece el artículo 87, supra citado, con respecto a la figura jurídica que nos ocupa; indica la norma de comentario, 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 del personal propiamente docente, como del personal técnico y administrativo docente, estará a cargo de jurados asesores de la Dirección General de Servicio Civil.

Estos jurados tendrán, además, la función de determinar la calificación mínima que, en cada concurso, se requiera para obtener calificación de

¹⁴ Ley N° 1581 del 30 de mayo de 1953 y sus diversas reformas parciales.

"elegible". ...” (Tanto el subrayado como lo que se resalta no aparece en el documento fuente).

Del anterior texto normativo se puede inferir con meridiana claridad, que los Jurados Asesores a que hace referencia el mencionado numeral, se constituyen en Órganos cuya existencia resulta completamente obligatoria dentro del proceso regular de selección del personal propiamente docente, así como del personal técnico y administrativo docente, que requiere el Poder Ejecutivo para la realización de sus funciones en el campo de la educación. Nótese que sus funciones, en primera instancia se encuentran referidas a la elaboración de las bases y los promedios para la selección previa de dicho recurso humano, pero a la vez están compelidos por norma expresa a determinar cuáles serán las calificaciones mínimas que se requerirán en cada concurso, a efectos de considerarla en una posición de “elegibilidad”.

Continúa señalando el referido artículo 87:

“...Estarán integrados por un delegado de cada una de las siguientes instituciones, asociaciones y colegios:

1) Para puestos en Pre-Escolar y Primaria:

- a) Universidad de Costa Rica;***
- b) Asociación Nacional de Educadores;***
- c) Ministerio de Educación Pública;***
- d) Dirección General de Servicio Civil; y***
- e) Conferencia Episcopal de Costa Rica, cuando se trate de maestros de religión.***

2) Para puestos de Enseñanza Media, Especial y Superior:

- a) Universidad de Costa Rica;***
- b) Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza;***
- c) Asociación Nacional de Educadores;***
- d) Ministerio de Educación Pública;***
- e) Colegios Profesionales Docentes;***

- f) Dirección General de Servicio Civil; y**
g) Conferencia Episcopal de Costa Rica cuando se trate de profesores de religión.

Excepto el delegado de la Dirección General, los restantes deberán ser profesionales, del nivel para el cual se hará la selección de candidatos.

La sede del jurado estará en el edificio de la Dirección General de Servicio Civil, salvo que, para favorecer los trámites, aquel resuelva reunirse en otro local u oficina...”

Evidentemente, la transcripción final de la norma que nos interesa, establece la naturaleza jurídica de los mencionados jurados asesores, en el tanto se constituyen en Órganos Colegiados, cuya conformación está dada en razón del tipo de puestos sobre el que se va a decidir, y con delegados tanto de entidades de derecho público, como de organizaciones gremiales y sindicales. La representatividad de tales entes, se encuentra orientada, a todas luces, a la especificidad técnica de la materia hacia la que se orienta su accionar, de manera que las decisiones que se tomen en temas tan sensibles del campo de la educación, se encuentre, en lo fundamental, permeada por el mayor grado de objetividad, equidad, racionalidad, eficacia y eficiencia, que requiere la Dirección General de Servicio

Civil, en el cumplimiento de sus competencias legales dentro de esta área de trabajo.

Al analizar el papel de los jurados asesores, y conforme lo señala expresamente el mismo cuerpo normativo de repetida cita, se puede constatar sin gran dificultad, el carácter vinculatorio de sus decisiones, y por lo tanto, la obligación que denota su observancia y aplicación, en la definición final de las bases de selección que deberá estructurar y echar a andar la Dirección General de Servicio Civil, en cuanto al personal que refiere la norma. En esta línea, señala en lo pertinente, los artículos 88 y 89 de la Ley N° 1581, antes citada:

“...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 al puesto solicitado;***
- c) Aptitudes del candidato en relación con el cargo; y***
- d) Las demás condiciones que, a juicio del Jurado, deban ser consideradas.***

Artículo 89.-El Departamento de Selección de Personal de la Dirección General de Servicio Civil calificará las ofertas de servicio, en las fechas que estime convenientes para mantener actualizado el registro de elegibles, conforme a las bases y promedios establecidos por el Jurado...” (Se agrega el resaltado en las frases del texto)

Nótese que la participación de estos Órganos Colegiados, nunca deviene en mero formalismo o cumplimiento de un requisito de orden

legal; por el contrario, supone un papel esencial e indispensable en el proceso de selección, que culminará posteriormente, con un correcto y adecuado acto de nombramiento por parte de la Administración Activa, desde el punto de vista técnico.

Esto es así toda vez que el mismo cuerpo legal prevé la posibilidad de que tales instancias técnicas, verifiquen requisitos para asegurar la detección temprana y oportuna no solo de “inconsistencias” y la presencia de ciertas dudas que deban ser resueltas antes de la selección y nombramiento del recurso humano, sino además de los mismos parámetros de medición y calificación de atestados, los cuales deben estar basados en los más elevados estándares de rigurosidad técnica posible, para lo cual pueden, inclusive, invocar el derecho de “petición” ante la Administración Pública y el acceso a documentos, que le permitan el cabal cumplimiento de sus obligaciones.

En estos términos, señalan los numerales 90 y 91 del Estatuto de Servicio Civil, lo siguiente:

“... Artículo 90.-Cualquier duda que se presentare al evaluar los atestados que han de ser objeto de calificación, como equivalencias, estudios, experiencia, etc., será resuelta por los miembros del Jurado.

Artículo 91.-Los miembros del Jurado podrán solicitar, a la Dirección General de Servicio Civil, la información que juzguen conveniente, relativa a la calificación de los candidatos a fin de verificar la correcta evaluación

de los atestados que se ponderan...” (Se suple nuevamente el subrayado en el texto original)

En otro orden de cosas, resulta de capital importancia enfatizar, que si bien es cierto, es el Estatuto de Servicio Civil la estructura normativa que por excelencia regula lo concerniente a la naturaleza y competencia de los jurados asesores de esta Dirección General en materia de selección del recurso humano propiamente docente, además del personal técnico y administrativo docente, también resulta claro que las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo no resuelve todas las posibles situaciones que pueden generarse con ocasión de su presencia y funcionalidad dentro del engranaje institucional.

En este sentido, parecería lo más aceptable y razonable, que en materia de convocatoria y el establecimiento de procedimientos a lo interno del Órgano Colegiado, en ausencia de disposiciones y jurisprudencia que profundice en este tema o que expresamente así lo regule, debería la misma Dirección General de Servicio Civil, tener un papel protagónico convocando a los posibles miembros de las diferentes instituciones, quienes en su seno podrán decidir la forma en que se integrarán, así como las instancias y procedimientos de trabajo que acuerden.

No resulta por tanto apresurado pensar, que a pesar de que los artículos 51 del Estatuto de Servicio Civil y 80 de su Reglamento, no remiten en forma taxativa o expresa, la aplicación supletoria de la Ley General de la Administración Pública, en los casos no regulados por aquellos cuerpos normativos, lo cierto es que por tratarse de Órganos Colegiados, los jurados Asesores de la Dirección General de Servicio Civil deben atenerse en primera instancia a lo regulado en la Ley N° 1581, de repetida cita, sin detrimento de que pueda, en aras de salvaguardar el interés y servicio público, observar algunas reglas generales de integración y organización bastante conocidas para este tipo de entes, contempladas en el artículo 49, siguientes y concordantes de la Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978, y sus reformas.

Atentamente,

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias

ASESORÍA JURÍDICA

Aprobado:

Original firmado por Licda. Miriam Rojas González

Licda. Miriam Rojas González.

DIRECTORA

AJ-553-2011
20 de julio del 2011

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

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 institución¹⁵.

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.

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),

¹⁵ 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.

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 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)

“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.

El Órgano consultivo por excelencia indicó mediante criterio C-151-2008¹⁶ que mientras que la norma no haga una distinción en la

¹⁶ Criterio C-151-2008, del 08 de mayo del 2008

forma en que se preste el servicio¹⁷, 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 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

¹⁷ Indistintamente de que sea de forma regular o interina.

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-015-2009¹⁸ 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 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).

¹⁸ Criterio C-015-2009, del 28 de enero del 2009.

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)

(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 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{ Lic. César Soto Solís

Lic. César A. Soto Solís
ASESORÍA JURÍDICA



AJ-619-2011

29 de agosto de 2011

Máster

Maricela Tapia Gutiérrez

Subdirectora General

DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIO CIVIL

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su Oficio SDG-034-2011, fechado 24 de agosto del año en curso, mediante el cual solicita a este centro de trabajo criterio jurídico en cuanto a la modificación efectuada por el Director del Área de Reclutamiento y Selección de Personal, en el procedimiento para la confección, envío y resolución de nóminas, en los términos del Oficio Circular ARSP-016-2011 de fecha 3 de agosto del 2011, a fin de que las nóminas que se envían a las instituciones, sean refrendadas únicamente al final del proceso y no al inicio y al final como se venía ejecutando.

Sobre el particular y previo a los argumentos que se dirán, resulta importante aclarar que el tema en discusión será abordado en forma general conforme a la especialidad técnica de este Despacho, y que como corresponde, deberá ser resuelto por el Área sometida a revisión.

El Estatuto de Servicio Civil en el Capítulo V, denominado “De la Selección de Personal”, establece en lo que interesa, en el artículo 21 lo siguiente:

*“... La selección de los candidatos elegibles para servidores públicos comprendidos por esta Ley **corresponderá a la Dirección General de Servicio Civil** de acuerdo con lo que dispone los artículos siguientes...”*

(El Subrayado no pertenece al original).

Asimismo, el artículo 22 del mismo cuerpo jurídico supra citado, indica entre otras cosas:

“... La selección se hará por medio de pruebas de idoneidad a las que se admitirá únicamente a quienes satisfagan los requisitos...”

Por su parte, el artículo 23 estatutario dispone en lo conducente:

“... Las pruebas de solicitantes a puestos del Servicio Civil se calificarán con una escala del uno al ciento, estableciendo la de setenta como calificación mínima aceptable...”

Se trae a colación también el numeral 25, el cual señala:

*“... Para llenar la vacante que no sea objeto de promoción según el artículo 33, la dependencia respectiva **deberá dirigir a la Dirección General de Servicio Civil** un pedimento de personal enumerándole sucintamente las condiciones del servidor que se necesite y la naturaleza del cargo que va a desempeñar o indicando el título del cargo que aparezca en el “Manual Descriptivo de Empleos...” (El subrayado no pertenece al original)*

En este mismo sentido, los artículos 26 y 27 respectivamente indican lo siguiente:

*“... Al recibir el pedimento, **la Dirección General de Servicio Civil, deberá** presentar al Jefe petionario, a la mayor brevedad posible, una nómina de los candidatos más idóneos, agregadas las preferencias a **que tengan derecho...**” (El subrayado no pertenece al original).*

*“ ... El ministro o jefe autorizado deberá escoger al nuevo empleado entre los tres primeros candidatos de la nómina de elegibles **que le presentará la Dirección***

General de Servicio Civil, salvo que tenga razones suficientes para objetarlos, en cuyo caso deberá razonar ante la Dirección General su objeción y solicitar una nueva nómina. Si la Dirección General considera que las objeciones son atendibles repondrá la nómina, y si no hubiere avenimiento, decidirá en alzada el Tribunal de Servicio Civil ...” (El subrayado no pertenece al original).

La normativa descrita determina que el acto administrativo final de nombramiento de un nuevo funcionario al amparo del Régimen de Servicio Civil, implica la ejecución de diversos actos administrativos que involucran varias instancias de la Administración Pública, como son la Dirección General de Servicio Civil, el ministerio que requiere hacer el nombramiento, la Oficina de Servicio Civil, y el Tribunal de Servicio Civil, en caso de que la resolución deba ir en alzada por desavenencia en la resolución de la nómina, según la normativa descrita.

En este sentido la Ley General de la Administración Pública es clara en establecer las competencias de cada uno de los órganos de la Administración que intervienen, primeramente de los ministerios y el Poder Ejecutivo, según lo dispone el artículo 25 de la citada Ley:

“Artículo 25.-

- 1. El Presidente de la República y el respectivo Ministro ejercerán las atribuciones que conjuntamente les señala la Constitución Política y la ley.***
- 2. Salvo lo que dispone la Constitución Política respecto del Poder Ejecutivo, el Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio, sin perjuicio de la potestad del Presidente de la República para avocar el conocimiento, conjuntamente con aquél, de cualquiera de los asuntos de su competencia.”***

Por otra parte, la Dirección General tiene sus propias competencias, según lo dispone el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, el cual no sólo le ordena los actos que le son propios, sino que además determina otros actos que en materia de selección de personal debe realizar el ministerio u órgano de la administración de que se trate.

Sobre el procedimiento establecido en la normativa citada, es claro y reiterativo al indicar:

“ la dependencia respectiva deberá dirigir a la Dirección General de Servicio Civil un pedimento de personal”, asimismo, “ la Dirección General de Servicio Civil deberá presentar al Jefe peticionario”, y, “nómina de elegibles que le presentará la Dirección General de Servicio Civil”, lo cual significa, que esa función está dentro de las competencias que le corresponden a la persona que ocupa la Dirección de esa Área ó en la persona en quien se delegó ese acto.

Luego le ordena de nuevo al ministerio:

“ ... El ministro o jefe autorizado deberá escoger al nuevo empleado entre los tres primeros candidatos de la nómina de elegibles que le presentará la Dirección General de Servicio Civil...”

Ahora bien, en lo que respecta a la naturaleza del acto administrativo, según lo define la Ley General de la Administración Pública, tenemos lo siguiente:

“Artículo 120.-

- 1. Para los efectos de clasificación y valor, los actos de la Administración se clasifican en externos e internos, según que vayan destinados o no al administrado; y en concretos y generales, según que vayan destinados o no a un sujeto identificado.*
- 2. El acto concreto estará sometido en todo caso al general y el interno al externo, con la salvedad contemplada en los artículos 126 y 127. ”*

“Artículo 122.-1. Los actos internos carecerán de valor ante el ordenamiento general del Estado en perjuicio del particular, pero no en su beneficio.

2. En este último caso el particular que los invoque deberá aceptarlos en su totalidad...”

Artículo 123.-

1. Tendrán relevancia externa ante los administrados y los tribunales comunes, no obstante lo dicho en el artículo anterior, los actos internos que estén regulados por ley, reglamento u otra norma cualquiera del Estado.

2. Tendrán igual relevancia externa para los servidores de la Administración los actos internos de ésta que afecten sus derechos en las relaciones de servicio entre ambos...”

Como se puede observar, el proceso de nombramiento se compone de varios actos administrativos, que no sólo son distintos por su naturaleza, sino porque deben ejecutarlos instancias diferentes, mismos que inician con la declaratoria de elegibilidad luego del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil y 9 de su Reglamento, posteriormente se continúa con la postulación de candidatos que hace la Dirección General ante la instancia peticionaria. Esta debe emitir un acto de elección o de rechazo razonado. La Dirección General debe avalar el procedimiento para que se realice el nombramiento, que es el acto final en caso de resolución favorable o inicio del procedimiento de nómina si se acepta el rechazo, o bien, remisión en alzada al Tribunal de Servicio Civil, cuando exista desavenencia con las razones de la devolución.

El documento donde se informa sobre las nóminas contiene información de carácter personal, por los nombres de las personas que ahí se indican, es discrecional y confidencial para los efectos de la información que maneja la Dirección General de Servicio Civil, por consiguiente, en virtud de los eventuales derechos que pueden producir la aplicación de esa información a los candidatos que la componen y por ser una expectativa de derecho, el documento como

tal puede ser impugnado tanto en la vía civil, administrativa y eventualmente penal, porque el acto de postulación de candidatos tal y como se propone, no tiene una persona responsable, pues lo único identificable es la “Boleta de Remisión”, pero esta es independiente y no posee información suficiente, y los postulantes, pueden alegar que ellos participaron en un concurso, siguieron el procedimiento y después de ser declarados y ubicados en un registro de elegibles, la Dirección General de Servicio Civil o en quien esta delega, no se hace responsable de las personas que integran la terna ó nómina, además, que no se aplicó la normativa al efecto. Por tanto, debe ser verificable, constatable y debidamente autorizado por alguien en forma directa.

Todo lo anterior permite concluir que el proceso de elaboración, remisión y resolución de nóminas, conlleva la emisión de varios actos administrativos, tanto por parte de la Dirección General, como del ministerio o instancia peticionaria, de forma tal que la postulación de candidatos para integrar la nómina, es un acto que debe estar debidamente visado por el representante de la Dirección General designado expresamente para dicho proceso, en virtud de que es la expresión de la voluntad de la Dirección General en representación de la administración activa y afecta a terceros de buena fe que se encuentran en el registro de elegibles, así que, una vez que la nómina regresa a la Dirección General, se requerirá el refrendo final por parte del funcionario de esta Institución que sea competente¹⁹ para realizar este acto final, mismo que avala todo el procedimiento realizado desde el inicio.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Margarita Rodríguez Soto

Licda. Margarita Rodríguez Soto
ASESORÍA JURÍDICA

¹⁹ Entiéndase aquí el Coordinador de la Oficina de Servicio Civil.

AJ-693-2011

12 de octubre de 2011

FUE RECONSIDERADO
POR OFICIO AJ-147-2012
DEL 27 DE FEBRERO DEL 2012

Licenciado
Róger Umaña Chacón
Coordinador
Oficina de Servicio Civil-SINAC

Estimado señor:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su oficio OSC-S-710-2011 de fecha 28 de setiembre de 2011, en el cual se nos consulta literalmente:

“¿Se puede sanear o convalidar el acto por medio de la obtención posterior de la aprobación de la Oficina de Servicio Civil (la del paso 3 de arriba²⁰), de manera que la Oficina de Servicio Civil pueda emitir una resolución con ese saneamiento o convalidación? (Bajo el supuesto de que la recomendación del informe original -el no presentado a aprobación- de la oficina de recursos humanos es conforme con la técnica de clasificación de puestos)”

Lo anterior en virtud de la emisión de resoluciones de resignación que requieren un trato especial o diferente al procedimiento establecido cuando se trata de efectuar los respectivos estudios de análisis ocupacional para reasignación de puestos de funcionarios destacados en la unidad de recursos humanos por ser esta área de trabajo la encargada de la elaboración de dicho acto y que en apariencia ese trámite especial fue omitido.

De previo a emitir el criterio jurídico solicitado, resulta conveniente, hacer del conocimiento del consultante que por política de esta Asesoría Jurídica, no nos pronunciaremos sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración

²⁰ “...3. La Oficina de Servicio Civil da su aprobación a ese estudio y la comunica a la oficina de recursos humanos ministerial.”

Activa en la resolución de sus asuntos, de ahí que no resulte procedente atender los casos hipotéticos o concretos 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 y siempre manteniendo el criterio dentro del bloque de legalidad al efecto.

Del cuadro factico de cita, se desprende que se ha emitido un acto declarativo de derechos en dos situaciones identificables, según el antecedente de la misiva los cuales son:

a) Informe de Análisis Ocupacional, sobre estudio de reasignación de puesto a nivel profesional, ubicado en el Departamento de Recursos Humanos del Ministerio de Cultura y Juventud, que obtuvo como resultado la reasignación del puesto desde el mes de setiembre de 2010.

b) Informe de Análisis Ocupacional, sobre estudio de reasignación de puesto a nivel profesional, ubicado en el Departamento de Recursos Humanos indicado, que obtuvo como resultado la reasignación del puesto desde el 17 de junio del 2011.

A simple vista puede que tengan similitud los casos indicados supra, empero lo anterior la diferencia atiende a que la situación a) se encuentra ya en firme y el puesto ocupado en propiedad, lo que genera por si un acto declarativo de derechos al ocupante de la plaza, mientras que la reasignación de la situación b) expuesta, se encuentra aún en su periodo de provisionalidad conforme lo establecen los numerales 115 y 116 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil,

situación que enmarca un contexto diferente al que trataremos como fondo del presente oficio y que se retomará finalizando el mismo.

Ahora bien, entrando en fondo ha de recalcarse la existencia de un procedimiento establecido mediante el oficio CIRCULAR-GESTIÓN 010-2008 de fecha 12 de junio de 2008²¹, suscrito por el señor José

²¹ Oficio Circular-GESTIÓN-010-2009 dirigida a Jefes de Oficinas de Recursos Humanos Auditores Internos. Jefes de Área, Dirección General de Servicio Civil

Joaquín Oviedo Corrales, en su momento Director a.i del Área de Gestión de Recursos Humanos, el cual indica en lo conducente:

*“...Para los efectos correspondientes y por recomendación formulada por la Auditoría de Recursos Humanos de esta Dirección General, contenida en varios informes de evaluación, los estudios de análisis ocupacional para determinar la clasificación de los puestos ubicados en las **OFICINAS DE RECURSOS HUMANOS** de las instituciones y órganos adscritos bajo el ámbito del Estatuto de Servicio Civil, deben ser remitidas a la Dirección General de Servicio Civil para que, su instancia competente, ejecute la investigación e informe del caso correspondiente, con el propósito de mantener un equilibrio y consistencia ocupacional de los puestos dedicados en el área y estructura de las unidades de recursos humanos”*

Como procedimiento general en materia de reasignaciones, y tratándose de Oficinas de Recursos Humanos de las diferentes dependencias ministeriales, en donde por medio de la resolución DG-015-98²², se les ha facultado a los jefes del Departamento de Recursos Humanos, para la elaboración y emisión de la resolución respectiva a efectos de concluir el acto de reasignación, se exceptúa el hecho, de que ese procedimiento posee una variante cuando se

trata de la clasificación, ya sea de jefaturas propias o bien de funcionarios destacados en el Departamento de Recursos Humanos de los diferentes ministerios, donde corresponde entonces, la aprobación del informe del estudio de análisis ocupacional a la Oficina de Servicio Civil respectiva, ésta, una vez aprobado el estudio, lo reenvía a la oficina de Recursos Humanos nuevamente, quien traslada el resultado al interesado en espera de algún pronunciamiento o manifestación sobre la conformidad del acto, una vez obtenida respuesta conforme del interesado, la Oficina de Servicio Civil emite la resolución respectiva. Además de lo citado, es importante destacar al respecto de la atención de las directrices emitidas por parte de esta Dirección General como ente rector en la materia de clasificación y

Coordinadores Área de Gestión de Recursos Humanos: Personal Profesional y Técnico. Emitida por: José Joaquín Oviedo Corrales, Director a.i. Gestión de Recursos Humanos Servicio Civil. Asunto: Ejecución de estudios de reasignación de los puestos pertenecientes a las Oficinas de Recursos Humanos de las Instituciones y órganos adscritos bajo el ámbito del Estatuto de Servicio Civil.

²² Recientemente derogada por la DG-347-2011

valoración de puestos cubiertos por el Régimen de Méritos, que la resolución de anterior cita DG-015-98, vigente al momento de la emisión de los actos que nos ocupan señalaba en su artículo 9:

“...Artículo 9º: Actividades a desempeñar por las Oficinas de Recursos Humanos de los Ministerios e Instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil:

a)...

b) Aplicar las políticas y normativa que en materia de Administración de Recursos Humanos, emita la Dirección General de Servicio Civil y otras entidades que por ley tengan competencia afín.

c)...

i) Realizar los estudios y actividades correspondientes al proceso de análisis ocupacional, en concordancia con la estructura y los requerimientos ocupacionales de la Institución. Emitir el informe respectivo y someterlo a conocimiento de la Oficina de Servicio Civil. Posteriormente, y cuando corresponda, la Oficina de Recursos Humanos comunicará al funcionario propietario del puesto o al jefe autorizado en caso de plazas vacantes el resultado del estudio, para que en un plazo máximo de tres días puedan efectuar las objeciones que estimen pertinentes.”

Según se desprende de los antecedentes de consulta, el procedimiento expuesto en párrafos anteriores no fue llevado a

cabo como se dispone por el Departamento de Recursos Humanos implicado, siendo estos quienes elaboraron el informe respectivo, realizaron todo el trámite de comunicación y finalmente emitieron las resoluciones respectivas, siendo que en ningún momento las mismas fueron enviadas para aprobación a la Oficina de Servicio Civil, quien por los lineamientos de supra cita, era quien poseía competencia para la emisión de tales actos, violentando el procedimiento establecido.

Ahora bien, ahondando en el fondo del caso, en primer lugar a de atenderse en cuanto a las competencias de cada instancia inmersa en el tema y la emisión del acto, para lo cual la Ley General de Administración Pública señala en el numeral 129:

“El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y

de lo requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia”
(Destacado no corresponde al original)

De la letra del artículo transcrito puede identificarse en relación con los lineamientos expuestos sobre la emisión del acto dictado, que la instancia que lo emitió incurrió en incompetencia, pues era la Oficina de Servicio Civil quien debía haber efectuado el mismo, situación esta que convierte el acto en una nulidad absoluta. Ahora bien al ser evidenciada dicha incompetencia por estar establecidas directrices para la atención de este tipo de actuaciones y siendo que el acto lo es declarativo de derechos, se trae a colación lo dicho por el órgano consultor de la República, quien en su pronunciamiento C-100-2007 del 3 de abril de 2007 indicó:

“II.-
SOBRE LA ANULACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA DE UN ACTO DECLARATIVO DE DERECHOS.

En principio, la Administración se encuentra inhibida para anular, en vía administrativa, los actos propios que hayan declarado algún derecho a favor de los

administrados. En ese sentido, la regla general establece que para dejar sin efecto ese tipo de actos, la Administración debe acudir a la vía judicial, y solicitar que sea un órgano jurisdiccional el que declare dicha nulidad, mediante el proceso de lesividad regulado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, n. °3667, del 12 de marzo de 1966.

La razón para limitar la posibilidad de que la Administración anule por sí misma los actos suyos declarativos de derechos, se fundamenta en motivos de seguridad jurídica: el administrado debe tener certeza de que los actos administrativos que le confieren derechos subjetivos no van a ser modificados, ni dejados sin efecto arbitrariamente por la Administración.

*A pesar de lo anterior, existe una excepción al principio según el cual los actos que declaran derechos a favor del administrado son intangibles para la Administración, y es la contenida en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, Ley N.°6227, del 2 de mayo de 1978. De conformidad con esa norma, la Administración puede anular en vía administrativa un acto suyo declarativo de derechos, siempre que ese acto presente una nulidad que sea **absoluta, evidente y manifiesta**. Dicho artículo dispone, en lo que interesa, lo siguiente:*

“Artículo 173.-

1.- *Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos fuere evidente y manifiesta, podrá ser declarada por la Administración en la vía administrativa, sin*

necesidad de recurrir al contencioso de lesividad señalado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, No. 3667, de 12 de marzo de 1966, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República. Cuando la nulidad versare sobre actos administrativos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, la Contraloría General de la República deberá rendir el dictamen favorable.”

En otras palabras, no es cualquier nulidad la que podría ser declarada por medio del trámite descrito, sino sólo aquella que resulte clara, palmaria, notoria, ostensible, etc.

Respecto a las características que debe presentar una nulidad para que sea catalogada como absoluta, evidente y manifiesta, la Procuraduría General de la República²³ ha indicado lo siguiente:

“En forma acorde con el espíritu del legislador y con el significado de los adjetivos ‘evidente’ y ‘manifiesta’, debe entenderse que la nulidad absoluta evidente y manifiesta es aquella muy notoria, obvia, la que aparece de manera clara, sin que exija un proceso dialéctico su comprobación por saltar a primera vista.

La última categoría es la nulidad de fácil captación y para hacer la diferencia con las restantes tenemos que decir, que no puede hablarse de nulidad absoluta evidente y manifiesta cuando se halla muy lejos de saltar a la vista de comprobación, comprobación cuya evidencia y facilidad constituyen el supuesto sustancial e indeclinable que sirve de soporte fundamental a lo que, dentro de nuestro derecho, podemos denominar la máxima categoría anulatoria de los actos administrativos...”

Para evitar abusos en el ejercicio de la potestad que confiere a la Administración el artículo 173 mencionado, el legislador dispuso que de previo a la declaratoria de nulidad, debe obtenerse un dictamen favorable de la Procuraduría General de la República (o de la Contraloría General de la República, en caso de que el asunto verse sobre materias propias de su competencia), mediante el cual se acredite la naturaleza absoluta, evidente y manifiesta de la nulidad que se pretende declarar.

De igual manera, el inciso 3 de dicho artículo establece el deber por parte de la Administración de realizar un procedimiento administrativo

²³ Dictamen C-140-87 del 14 de julio de 1987. En sentido similar pueden consultarse los dictámenes C-012-1999 del 12 de enero de 1999, el C-119-2000 del 22 de mayo del 2000, el C-183-2004 del 8 de junio de 2004, el C-227-2004 del 20 de julio del 2004

ordinario de previo a declarar la anulación del acto administrativo, todo en beneficio y resguardo de las garantías y derechos del administrado. A mayor abundamiento, cabe cerrar este apartado con la más reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional que se ha encargado de explicitar los alcances de la potestad de revisión de oficio que

contempla nuestro ordenamiento jurídico, y que se extrae para mayor claridad de la Resolución N° 2005-03004, de las 8:31 horas del 18 de marzo del 2005:

“III.-

LA ANULACIÓN O REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES O DECLARATORIOS DE DERECHOS PARA EL ADMINISTRADO. Esta posibilidad que tienen las administraciones públicas y sus órganos constituye una excepción calificada a la doctrina de la inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado o del principio de intangibilidad de los actos propios, al que esta Sala especializada le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política (Ver sentencias Nos. 2186-94 de las 17:03 hrs. del 4 de mayo de 1994 y 899-95 de las 17:18 hrs. del 15 de febrero de 1995)-. La regla general es que la administración pública respectiva no puede anular un acto declaratorio de derechos para el administrado, siendo las excepciones la anulación o revisión de oficio y la revocación. Para ese efecto, la administración pública, como principio general, debe acudir, en calidad de parte actora y previa declaratoria de lesividad del acto a los intereses públicos, económicos o de otra índole, al proceso de lesividad (artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), el cual se ha entendido, tradicionalmente, como una garantía para los administrados. Sobre este particular, este Tribunal Constitucional en el Voto No. 897-98 del 11 de febrero de 1998 señaló que “... a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido confiriendo derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos, con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración, al emitir un acto y con posterioridad al emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido, sea por error o por cualquier otro motivo. Ello implica que la única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso de jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado, o bien, en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República (como una garantía más a favor del administrado) y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, si la

Administración ha inobservado las reglas de estos procedimientos, o bien, las ha omitido del todo o en parte... el principio de los actos propios determina como efecto de dicha irregularidad la invalidez del acto.” A tenor del numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública, un ente u órgano público bien puede anular en vía administrativa un acto declaratorio de derechos para el administrado pero lesivo para los intereses públicos o patrimoniales de la primera, sin necesidad de recurrir al proceso contencioso administrativo de lesividad normado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (proceso en el cual la parte actora es una administración pública que impugna un acto propio favorable para el administrado pero lesivo para ella) cuando el mismo esté viciado de una nulidad absoluta evidente y manifiesta. La nulidad absoluta evidente y manifiesta debe ser dictaminada, previa y favorablemente, por la Procuraduría o la Contraloría Generales de la República —acto preparatorio del acto anulatorio final—. Le corresponderá a la Contraloría cuando la nulidad verse sobre actos administrativos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa (Hacienda Pública). Ese dictamen es indispensable, a tal punto que esta Sala en el Voto No. 1563-91 de las 15 hrs. del 14 de agosto de 1991 estimó que “... Es evidente, entonces, que a partir de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, la competencia de anular en sede administrativa solamente puede ser admitida si se cumple con el deber de allegar un criterio experto y externo al órgano que va a dictar el acto final. ”. Se trata de un dictamen de carácter vinculante —del que no puede apartarse el órgano o ente consultante—, puesto que, el ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que es de acatamiento obligatorio, a través del cual se ejerce una suerte de control previo o preventivo de legalidad, en cuanto debe anteceder el acto final del procedimiento ordinario incoado para decretar la anulación oficiosa, que no riñe con ninguno de los grados de autonomía administrativa, por ser manifestación específica de la potestad de control inherente a la dirección intersubjetiva o tutela administrativa. Resulta lógico que tal dictamen debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la administración consultante, y sobre todo que constate, positivamente, la gravedad y entidad de los vicios que justifican el ejercicio de la potestad de revisión o anulación oficiosa. La Administración pública respectiva está inhibida por el ordenamiento infraconstitucional de determinar cuándo hay una nulidad evidente y manifiesta, puesto que, ese extremo le está reservado al órgano técnico-jurídico y consultivo denominado Procuraduría General de la República, como órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia. En los supuestos en que el dictamen debe ser vertido por la Contraloría General de la República, también, tiene naturaleza vinculante en virtud de lo dispuesto en artículo 4°, párrafo in fine, de su Ley Orgánica No. 7428 del 7 de septiembre de 1994.

V.-

LA NECESIDAD DE INCOAR UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORDINARIO PARA LA REVISIÓN O ANULACIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES PARA EL ADMINISTRADO. La administración pública respectiva —autora del acto que se pretende anular o

revisar—, de previo a la declaratoria de nulidad, debe abrir un procedimiento administrativo ordinario en el que se deben observar los principios y las garantías del debido proceso y de la defensa (artículo 173, párrafo 3°, de la Ley General de la Administración Pública), la justificación de observar ese procedimiento está en que el acto final puede suprimir un derecho subjetivo del administrado (artículo 308 ibidem). Durante la sustanciación del procedimiento ordinario, resulta indispensable recabar el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría siendo un acto de trámite del mismo. Tal y como se indicó supra, el dictamen debe pronunciarse, expresamente, sobre el carácter absoluto, manifiesto y evidente de la nulidad (artículo 173, párrafo 4°, de la Ley General de la Administración Pública). Si el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría Generales de la República es desfavorable, en el sentido que la nulidad absoluta del acto administrativo no es evidente y manifiesta, la respectiva administración pública se verá impedida, legalmente, para anular el acto en vía administrativa y tendrá que acudir, irremisiblemente, al proceso ordinario contencioso administrativo de lesividad. El dictamen de los dos órganos consultivos citados es vinculante para la administración respectiva en cuanto al carácter evidente y manifiesto de la nulidad. Sobre este punto, el artículo 183, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública preceptúa que “Fuera de los casos previstos en el artículo 173, la administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos a favor del administrado y para obtener su eliminación deberá recurrir al contencioso de lesividad previsto en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁴”.

Como se infiere, la declaratoria de nulidad absoluta, evidente y manifiesta debe realizarse con sujeción a las reglas y principios del Debido Proceso.

El artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública obliga a la Administración a realizar previamente un procedimiento administrativo ordinario, ya que se considera que la regulación de este procedimiento satisface plenamente el derecho fundamental al debido proceso y el valor justicia. Por ello, la declaratoria de nulidad absoluta de un acto sin sujeción a ese procedimiento, es absolutamente nula en los términos de la citada Ley, pero además dudosamente constitucional en virtud de que se violenta el debido proceso.

Ahora bien, por razones obvias, hemos determinado que las disposiciones del artículo 173 transcrito tienen como objeto regular la

²⁴ En igual sentido, las resoluciones n.º 2005-12324 de las 10:28 horas del 9 de setiembre; 2006-8767, de las 16:40 horas del 21 de junio; y 2006-8960, de las 10:53 horas del 23 de junio).

nulidad de “actos declaratorios de derechos”; por lo que no resultan aplicables a actos de distinta naturaleza. Es por ello que cobra particular importancia el concepto “acto declaratorio de derechos”.

Como es sabido, el acto administrativo es una declaración de voluntad realizada por la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa. En los términos del artículo 130 de la Ley General de la Administración Pública, una declaración de voluntad libre y consciente, dirigida a producir un efecto jurídico determinado por el ordenamiento. Entonces, cuando ese efecto jurídico es el crear, reconocer o declarar la existencia de un derecho subjetivo o de una situación jurídica consolidada, estamos en presencia de un acto declaratorio de derechos para los efectos del artículo 173 de mérito.

Por lo expuesto, podemos afirmar que el acto declaratorio de derechos es un acto administrativo definitivo, es decir, decisorio e imperativo, y además favorable, porque produce un efecto jurídico positivo en la esfera jurídica del administrado, en el tanto le reconoce u otorga un derecho, una facultad o le libera de una limitación, deber o gravamen. Y es casualmente en función de ese administrado, y en aras de asegurarle el ejercicio legítimo y efectivo del derecho de defensa - *que comprende el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión fundada y el derecho a impugnar la*

decisión administrativa -, que se establece el carácter garantista del procedimiento establecido en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, porque sin lugar a dudas, la declaratoria de nulidad absoluta de un acto creador de derechos incide fuertemente en la esfera jurídica del administrado²⁵.

Así las cosas, resulta irrefutable en nuestro medio que aquel procedimiento tiene una doble finalidad. Por un lado, -*como dijimos* -: salvaguardar la integridad de los derechos e intereses de los administrados y por el otro, garantizar que la actuación administrativa, tendente a declarar la nulidad de un acto declaratorio de derechos,

²⁵ Véanse al respecto las resoluciones N°s 1563-91 de las 15 horas del 14 de agosto de 1991 y 4639-2003 de 8:30 hrs. de 23 de mayo de 2003, ambas de la Sala Constitucional

responde a criterios objetivos, respeta los derechos de los ciudadanos y se somete por demás al ordenamiento jurídico.

Siendo así las cosas queda por tratar un tema y es sobre a quien corresponde la declaratoria de nulidad para lo cual el numeral 173 inciso 2) de la Ley General de Administración Pública indica literalmente:

"Cuando se tratare de la administración del Estado, el órgano constitucional superior que emitió el respectivo acto deberá declarar la nulidad. En los actos del Poder Ejecutivo, el Ministro del ramo designará el órgano director del procedimiento administrativo. Si se tratare de otros entes públicos o Poderes del Estado, deberá declarar la nulidad el jerarca administrativo. Contra lo resuelto por ellos, solo cabrá recurso de reconsideración o reposición. Con la resolución de los recursos se dará por agotada la vía administrativa."

Sobre el particular indicó en su oportunidad la Procuraduría General de la República en su dictamen C-186-2000 sobre el tema:

"Para la correcta interpretación del citado numeral es necesario remitirse al contenido del artículo 21 de la Ley General de la Administración Pública, que a la letra indica:

"1. Los órganos constitucionales superiores de la Administración del Estado serán: El Presidente de la República, los Ministros, el Poder Ejecutivo y el Consejo de Gobierno.

2. El Poder Ejecutivo lo forman: El Presidente de la República y el Ministro del ramo."

De la relación de ambos artículos se desprende que los únicos órganos competentes para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto administrativo son: de una lado, el Presidente de la República, los Ministros, el Poder Ejecutivo, el Consejo de Gobierno (correspondientes a la denominada Administración del Estado), y por otro, los jefes, tanto de los Poderes del Estado como de los otros entes públicos; cada uno, obviamente, dentro sus propios ámbitos de competencia.

Así, por ejemplo, si se tratase de un acto dictado por el Poder Ejecutivo (entendido como Presidente y respectivo Ministro) el órgano competente para iniciar el procedimiento administrativo tendente a la declaratoria de nulidad de un acto y dictar el acto final será el propio Poder Ejecutivo, correspondiéndole al Ministro el nombramiento del órgano director. En aquellos supuestos en que el acto cuya nulidad se pretende haya sido emitido por el Ministro, o bien un órgano que integra la estructura de ese Ministerio, será el Ministro el que puede decidir sobre el inicio

del procedimiento y será a este a quien le corresponda el dictado de la resolución final.

Es por ello que, cuando la Administración, preliminarmente, ha determinado con claridad cuál o cuáles son los actos que pretende anular, es que, a partir del conocimiento de cuál órgano los emitió, que se puede establecer cuál es el órgano competente para tomar la decisión de iniciar el procedimiento administrativo respectivo.”

Bajo esa inteligencia siendo que los actos aquí consultados y estudiados fueron emitidos por el Departamento de Recursos Humanos del Ministerio de Cultura y Juventud, ha de ser este órgano ministerial quien efectúe dicha declaratoria.

En virtud de lo expuesto a lo largo del presente oficio se responde a la interrogante inicial en concreto diciendo que no pueden ser saneados o convalidados los actos en que medie una nulidad absoluta como la

identificada aquí, existiendo de este modo una la imposibilidad de emitir una resolución por parte de la Oficina de Servicio Civil para efectos de convalidar o sanear el acto, esto en razón del supuesto a) indicado al inicio de este documento.

En cuanto a la situación enmarcada dentro del punto b) de consulta, debemos de indicar que atendiendo lo razonado supra y siendo que dicha reasignación se encuentra en periodo de provisionalidad, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 115 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el acto por encontrarse bajo los efectos de incompetencia del órgano emisor, debe ser revocado, veamos:

Artículo 115.- Todo cambio en la clasificación de un puesto se considerará provisional durante los seis meses siguientes a la fecha de su vigencia. En ese período, el acto podrá ser revocado por resolución de la Dirección General, previo estudio del caso.”

Atentamente,
Original firmado/ Licda. Vangie Miranda Barzallo
Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-701-2011

14 de octubre de 2011

Magister
Maricela Tapia Gutiérrez
Subdirectora General
Dirección General de Servicio Civil

Estimada señora:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su consulta vía correo electrónico y trasladada a este Despacho, la cual realizara la Coordinadora del Consejo Técnico Funcional de Integra-CTFI- respecto a si procede o no la inclusión a los funcionarios conserjes de los Centros Educativos del Ministerio de Educación Pública del cálculo de onceavos y dozavos como pago proporcional de las vacaciones no disfrutadas, toda vez que es necesario tener claro el panorama para efectuar el requerimiento técnico-jurídico, para incluir la aplicación del pago por dicho concepto en el sistema INTEGRA 2.

En este sentido, y previo a emitir el criterio jurídico, resulta conveniente, hacer de conocimiento 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, por lo que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Para atender la consulta planteada ha de tenerse presente cierta normativa al respecto, la cual resulta ser la generadora de la interrogante y que es imprescindible traer a colación, iniciando con la

modificación del Reglamento de la Carrera Docente²⁶, al que mediante Decreto Ejecutivo N° 36816-MP-MEP²⁷, se le adiciona el artículo 88 bis, cuya letra dice:

*“Artículo 88 bis: El salario correspondiente a las vacaciones del personal docente que se encuentra impartiendo lecciones, nombrado en calidad interina, se calculará por las siguientes reglas, **siendo éstas únicamente de aplicación para el personal propiamente docente:***

- a) Los educadores que imparten lecciones, cuyo nombramiento sea por todo el curso lectivo, su salario durante el mes de enero se debe calcular por medio de “dozavos”.
- b) Los docentes que imparten lecciones, nombrados por periodos inferiores a once meses para suplir la necesidad de dar continuidad al servicio, en virtud de la falta de un docente propietario, recibirán como salario en el mes de enero el monto proporcional por el tiempo efectivamente laborado durante el curso lectivo dividido entre once meses, “onceavos”.
(Subrayado de quien transcribe)

Puede observarse del contenido de la norma, los supuestos en que se tendrá como efectivo el pago de salario correspondiente a las vacaciones dentro de la figura de *onceavos* y *dozavos* y además se señala puntualmente que dicha modificación es de aplicación **al personal propiamente docente**, situación que de igual manera dispone el ámbito de aplicación general del Reglamento de la Carrera Docente, de supra cita cuando indica en su artículo primero en lo conducente:

*“El Estatuto de Servicio Civil, Título Segundo y el presente Reglamento, regula las relaciones entre **el Ministerio de Educación Pública y sus servidores docentes**....”* (Destacado no corresponde al original)

²⁶ Reglamento de la Carrera Docente, Decreto Ejecutivo N° 2235-EP del 14 de febrero de 1972 y publicado en el diario Oficial “La Gaceta” N°67 del 6 de abril de 1972.

²⁷ El cual se encuentra aprobado por el Departamento de Leyes y Decretos del Ministerio de la Presidencia y que esta en espera de su publicación en el Diario Oficial para que surta los efectos correspondientes.

Así mismo el numeral siguiente del Reglamento de marras, indica toda vez que se refiere a servidores docentes lo siguiente:

“Artículo 2.- Se consideran servidores docentes los comprendidos en el artículo 54 de la Ley de la Carrera Docente...”

Siendo estos:

“Artículo 54.- Se consideran comprendidos en la Carrera Docente los siguientes servidores del Ministerio de Educación Pública: quienes impartan lecciones, realicen funciones técnicas propias de la docencia o sirvan puestos para cuyo desempeño se requiera poseer título o certificado que acredite para ejercer la función docente de acuerdo con el Manual Descriptivo de Puestos”²⁸

Bajo las premisas de cita, el pago de la figura de onceavos y dozavos corresponde únicamente a los servidores docentes, más no así a aquellos funcionarios servidores del Ministerio de Educación Pública en toda ocasión de sus servicios, siendo de este modo que, podemos decir que en el caso de los **Conserjes** de los Centros Educativos, y analizando el tipo de relaciones que regula el Ministerio de Educación Pública con estos servidores, las cuales van en función de la prestación de servicios en los centros educativos oficiales²⁹, y que se compone entre otras de:

- *Realizar las labores de aseo y limpieza en las instalaciones del plantel en que laboran,*
- *Llevar correspondencia oficial, interna y externa a las diferentes dependencias del Ministerio de Educación Pública,*
- *Tocar la sirena o campana a la hora indicada para la entrada, salida o cambio de lecciones, cuando le sea encomendado,*
- *Limpiar el mobiliario tanto para el normal desarrollo de las actividades oficiales de la Institución, como para aquellos eventos o actos especiales que se realicen con carácter oficial, sea aquellas actividades que están en el calendario y se realicen dentro de la Institución.*

²⁸ Ley N° 4565 y sus reformas del 4 de mayo de 1970. Estatuto de Servicio Civil, Título II.

²⁹ Artículo 1° del Reglamento de Servicios de Conserjería de las Instituciones Educativas Oficiales, Decreto Ejecutivo 29773 del 20 de agosto de 2001.

- *Suministrar información sencilla al público acerca de la localización de funcionarios u oficinas de la Institución*³⁰

Analizadas las labores señaladas para los servidores conserjes, las mismas distan profundamente de las indicadas con anterioridad y con las que deben de contar los **servidores docentes**. Partiendo de este hecho y siendo que la norma es clara al decir que la aplicación del pago de onceavos y dozavos es para esa población en especial, no es dable el afirmar que a los servidores Conserjes de las instituciones Educativas Oficiales pueda cubrirseles con la nueva disposición del Reglamento de la Carrera Docente.

Por otro lado en el Reglamento de Servicios de la Conserjería de las Instituciones Educativas Oficiales, Decreto Ejecutivo N°29773 señala en su numeral 37:

“Artículo 37.-Los conserjes que laboren en las instituciones educativas oficiales, tendrán los mismos períodos de vacaciones establecidos por Ley para el personal docente.

Durante el período de vacaciones los conserjes percibirán salario completo...”

De modo que y bajo esa inteligencia, el requerimiento para la aplicación del sistema INTEGRA 2 para el pago de onceavos y

dozavos para los conserjes de los centros educativos, no encuentra asidero jurídico dentro de las normas recién citadas, por lo cual es consideración de esta Asesoría Jurídica que no procede dicho pago a los servidores abordados por medio de la presente consulta.

Atentamente,

Original firmado/ Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

Cc/ María Eugenia Espinoza Zamora, Coordinadora del Comité Técnico Funcional

³⁰ Funciones establecidas mediante el artículo 3 del Reglamento de Servicios de Conserjería de las Instituciones Educativas Oficiales.

AJ-518-2011
4 de julio de 2011

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 indicada³¹.

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:

³¹ 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.

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 Jurídica³², 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

³² 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.

el sistema de control interno institucional. Asimismo, será responsabilidad de la administración activa realizar las acciones necesarias para garantizar su efectivo funcionamiento.”

En el mismo sentido, el artículo 3 de la Ley No. 8422 “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”, dispone:

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

eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.”

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 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 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 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

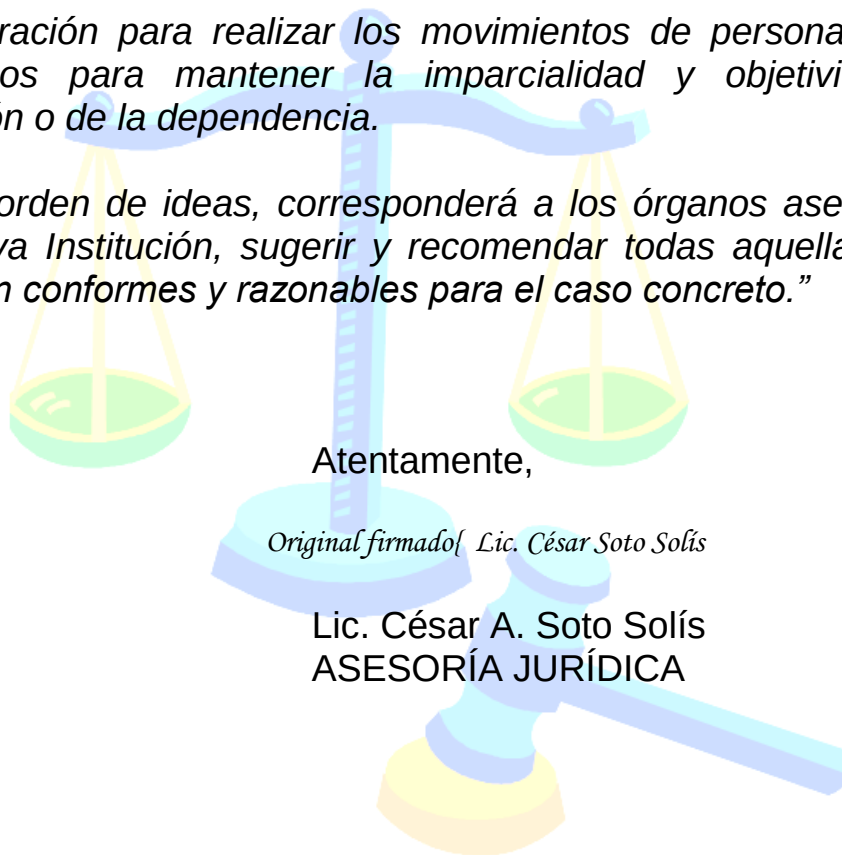
administración para realizar los movimientos de personal que sean necesarios para mantener la imparcialidad y objetividad de la institución o de la dependencia.

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



AJ-728-2011

4 de noviembre del 2011

Señora
Celina Izaguirre Sarkis
Fax: 2258-2034
celinaizaguirre@ice.co.cr

Estimada señora:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su misiva expuesta mediante oficio de fecha veintisiete de octubre de dos mil once y la cual refiere a que se aclare quien es la autoridad responsable de efectuar la evaluación del periodo de prueba en funcionarios de reciente ingreso al Régimen de Méritos.

Previo a evacuar la consulta, hemos de indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta de conformidad a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento estricto del Principio de Legalidad consagrado en los numerales 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública. No obstante lo anterior, hacemos ver 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 activa³³, a quien compete aplicar lo que en derecho corresponde en el caso particular.

En relación con la figura jurídica de aclaración, hemos de indicar que las normas en las que se desarrolla, se encuentran contempladas

en el Estatuto de Servicio Civil en cuyos numerales 30 y 31 rezan literalmente:

“Artículo 30.- Para que un servidor público reciba la protección de esta ley, debe pasar satisfactoriamente un período de prueba hasta de tres

³³ Refiriéndonos al ministerio o dependencia adscrita al Régimen de Servicio Civil en este caso que deba accionar las normas.

meses de servicio contados a partir de la fecha de vigencia del acuerdo de su nombramiento.

Artículo 31.- El periodo de prueba se regirá por estas disposiciones:

- a) Por regla general sólo se aplicará en los casos de iniciación de contrato, pero a juicio del Jefe respectivo podrá exigirse en todos los casos de promoción o traslado en que convenga para garantizar mejor el servicio público.*
- b) El Ministro o Jefe autorizado podrá despedir libremente al empleado durante el período de prueba, pero deberá informar al Director General acerca de los motivos que tuvo para hacerlo.*
- c) El Director General podrá ordenar la remoción de cualquier servidor durante su período de prueba, siempre que encuentre que su nombramiento fue el resultado de un fraude, de una confusión de nombres o de otro error material evidente, en cuyo caso el interesado será oído de previo, para lo cual se le concederá un plazo de tres días.”*

De igual manera refiere a los anteriores el artículo 19 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil³⁴, así de la norma puede extraerse el plazo que ha de tomarse en cuenta para la aprobación del periodo de prueba y los supuestos en que debe ser aplicado, más no indica la regla, la figura responsable de dicho acto de manera concisa.

Señala la norma que el ministro³⁵ o jefe autorizado puede despedir libremente al servidor durante el período de prueba, hecho

que deja ver que pueden estos calificarle desfavorablemente de modo que incida en su cese, por lo que al tenor de la norma, están validados ambos para efectuar dicha calificación, el ministro por su potestad de

³⁴ “Artículo 19.- El período de prueba se regulará por las disposiciones contenidas en los artículos 30 y 31 del Estatuto. Para los efectos de su cómputo, se entenderá interrumpido por la cesación transitoria del servicio que por cualquier causa implique la no prestación del mismo.” Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo N° 21 del 14 de diciembre de 1954

³⁵ Situación que igualmente es homologada los incisos 1) y 2) del numeral 140 de la Constitución Política, y el artículo 12 inciso a) del Estatuto de Servicio Civil, los cuales señalan que:

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

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

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

“Artículo 12.- Son atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

a) Nombrar y remover de acuerdo con los capítulos V y IX de esta ley a los servidores comprendidos por la misma;...”

nombrar y remover a los funcionarios de su dependencia y el jefe autorizado en este caso, quien sería en quien el ministro de ramo delegue el acto final de cese de funciones.

Ahora bien, en atención al sano razonamiento, puede ajustarse el criterio y la interpretación a afirmar que es el jefe inmediato quien se encuentra facultado para la elaboración de la evaluación del periodo de prueba, pues es éste quien indudablemente tiene la probanza necesaria para determinar la idoneidad del desempeño de las labores asignadas al nuevo funcionario y cuyo criterio no obedecería a juicios de valoración subjetiva de otras jefaturas que no tienen la inmediatez de los aspectos que requieren ser evaluados en dicho periodo³⁶ y que son determinados generalmente en los formularios existentes para tales fines, pues el correcto desenvolvimiento laboral, la atención de las responsabilidades y la entrega de las tareas finalmente son actos validados por la jefatura inmediata.

En ocasión de este fondo de estudio, puede agregarse que pese a que el ordenamiento jurídico existente dentro del cuerpo normativo estatutario y su reglamentación, son omisos en la identificación expresa del jefe inmediato como responsable directo de la evaluación el periodo de prueba, lo cierto es que dicha tarea la han efectuado diversos manuales para la aplicación de esa figura³⁷ o bien se encuentran regulados dentro de varios de los reglamentos autónomos de las diferentes dependencias adscritas al Régimen de Servicio Civil y de igual manera en cada uno de los formularios utilizados³⁸ por dichas instituciones para efectuar el trámite de evaluación requerida en dicho sentido.

A tenor de lo indicado y a manera de ejemplo puede denotarse las regulaciones que sobre el tema poseen las diferentes instancias administrativas:

³⁶ Aspectos tales como responsabilidad, productividad, disciplina, habilidad para organizar el trabajo, colaboración y relaciones interpersonales.

³⁷ Tenga se a modo de ejemplo el “Manual Para La Evaluación Período de Prueba”, aprobado mediante resolución DG-411-2003 de las nueve horas del siete de octubre del año dos mil tres, de esta Dirección General de Servicio Civil.

³⁸ Como los utilizados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio y el Ministerio de Agricultura y Ganadería.

1. “Manual Para La Evaluación Período de Prueba” del Ministerio de Economía, Industria y Comercio:

“IV. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA

El presente instrumento está dirigido al personal regulado por el Título I del Estatuto de Servicio Civil que sean sometidos a un período de prueba.

1. Responsable de la evaluación

*La evaluación del período de prueba es un proceso cuyo responsable es el **Jefe Inmediato.***

2. Instrucciones para llenar el Formulario de Periodo de Prueba del Ministerio de Agricultura y Ganadería:

“El período de prueba es parte del proceso de Selección de Personal y constituye la fase final del mismo. Su evaluación es responsabilidad del Jefe Inmediato y de su superior jerárquico.”

En el caso anterior en el entendido que la evaluación la efectúa el jefe inmediato y el superior de este puede dar observaciones o atender en caso de que exista objeción por parte del servidor evaluado en cuanto al resultado que ha de haberle sido debidamente notificado³⁹.

Bajo esta inteligencia, hemos de indicar que es el jefe inmediato en quien recae la responsabilidad de efectuar la evaluación del periodo de prueba y que deben de ser atendidas las directrices institucionales emitidas en razón del tema para que queden claros los aspectos y responsables en que fase de dicho proceder.

Atentamente,

Original firmado/ Licda. Vangie Miranda Barzallo
Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

³⁹ Para mayor ahondamiento sobre el tema puede verse el oficio AJ-673-2007 del 11 de diciembre de 2007, de esta Asesoría Jurídica.

AJ-613-2011

26 de agosto de 2011

Licenciada
Vianney Loaiza Camacho
Directora de Recursos Humanos
MINAET

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su atento oficio DRH-419-11, fechado 17 de agosto del año en curso, mediante el cual se consulta a este centro de trabajo la posibilidad que, de conformidad con el artículo 9 inciso d), capítulo IV del Decreto Ejecutivo N° 22614-H, vigente desde el 2 de noviembre de 1993⁴⁰, se pueda reconocer el incentivo salarial por concepto de prohibición, a una funcionaria que así lo solicita, y que actualmente se encuentra nombrada de manera interina en un puesto clasificado como Técnico en Informática 3, prestando sus servicios en la Secretaría Técnica Ambiental (SETENA), y para lo cual informa que ostenta la condición de egresada del plan de Licenciatura en Ingeniería de Sistemas con Énfasis en Administración Telemática.

Como aspecto previo y aclaratorio a la evacuación de su consulta, conviene indicar a la Licda. Loaiza Camacho la imposibilidad que tiene esta sede administrativa, para pronunciarnos sobre casos o

situaciones particulares que devienen en responsabilidad exclusiva de las Oficinas de Recursos Humanos cubiertas por el Régimen de Méritos, según su ámbito de competencias legalmente establecido, de forma tal que su inquietud será abordada desde una perspectiva

⁴⁰ Denominado "Reglamento para el pago de Compensación Económica por concepto de Prohibición".

general, trayendo a colación los fundamentos jurídicos y de jurisprudencia que podrían contribuir a esclarecer por parte de su representada, la situación expuesta.

Para iniciar, resulta importante reproducir el texto normativo, *supra citado*, que para los efectos de su consulta se utiliza como fundamento de derecho; señala la disposición de comentario lo siguiente:

“...Artículo 9: Salvo disposición expresa en contrario, procede el pago de compensación económica a los servidores que se ajusten a lo siguiente:

(...)

- c) 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...”*

Del texto normativo transcrito con antelación, se puede colegir con suficiente claridad, que la condición especial de ostentar una formación académica afín con el cargo que desempeña, para aquellos funcionarios que aspiran al goce del incentivo salarial por concepto de prohibición, se constituye en uno más de los requisitos que estipula el referido numeral 9 de repetida cita, complementando otros de los requerimientos sin los cuales, no se podría, evidentemente, otorgar dicho beneficio remunerativo, a saber: que el servidor ocupe un puesto que se encuentre afectado legalmente por el mencionado estipendio, que a su vez, reúna alguno de los requisitos académicos indicados en el numeral 1º de la Ley 5867 de 15 de diciembre de 1975 y sus respectivas reformas, y, finalmente, que exista una ley o resolución judicial que, expresamente, autorice la compensación económica respectiva.

Con base en las anteriores reglas, y enfatizando en el referido inciso d) del artículo 9, traído a colación en páginas precedentes, esta Asesoría Jurídica encuentra la posibilidad de reafirmar una vez más, la tesis sostenida a lo largo de sendos pronunciamientos emitidos⁴¹ en

⁴¹ Para mayor abundamiento sobre el tema, consúltese, 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, DG-242-2010 del 11/05/2010, AJ-921-2004 del 16/08/2004, AJ-281-2007 del 11/05/2007, AJ-198-2008 del 10/04/2008, AJ-298-2009 del 08/06/2009,

relación con esta temática, haciendo hincapié en dos vertientes fundamentales:

1.-) Consiste en reconocer que la figura jurídica de la prohibición deviene en reserva de ley⁴², y por lo tanto, supone la existencia no solo de una norma con rango legal que establezca, expresamente, el reconocimiento del incentivo salarial, sino además una ley especial que estipule, taxativamente, la posibilidad de pago en el puesto respectivo de que se trate.

2.-) Por otra parte, se fortalece la idea de que como dependencias auxiliares de la Dirección General de Servicio Civil, (en la materia de su competencia técnica), son las Oficinas de Recursos Humanos de las instituciones y organismos públicos cubiertas por el Régimen de Méritos, las llamadas a verificar el cumplimiento de tales requisitos, y como consecuencia, la determinación final sobre la procedencia o no en el reconocimiento del incentivo salarial conocido como prohibición.

Es evidente que, al detenernos específicamente en la disposición normativa que Usted señala, se puede comprobar sin necesidad de un análisis ulterior profundo, que el requisito referente a la afinidad de la formación académica con el puesto que ocupa el servidor que aspira se le reconozca el plus salarial de prohibición, debe ser definido, como parte de su responsabilidad, por la dependencia técnica competente de la Dirección General de Servicio Civil, cuyas reglas, dicho sea de paso, se encuentran establecidas y

AJ-320-2009 del 15/06/2009, AJ-606-2011 del 23/08/2011 y AJ-610-2011 del 25/08/2011.

⁴² Este incentivo salarial se encuentra regulado, en forma genérica, en la Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975 y su reglamento, estableciendo los puestos afectados por el mismo y su ubicación institucional. Con posterioridad, y por medio de la promulgación de leyes especiales, se fue ampliando su ámbito de aplicación a otros puestos y disciplinas; para citar solo una parte de la mencionada legislación, encontramos la siguiente: 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, Ley 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 N° 7333 del 05 de mayo de 1993, en su artículo 9 y 244, Ley N° 8422 del 06 de octubre del 2004, artículo 14, y su reglamento.

reguladas en diferentes documentos normativos, como es el caso del Manual de Clases Anchas y el Manual Descriptivo de Especialidades, ambos, del Régimen de Servicio Civil, así como diversas resoluciones que han venido modificando parcialmente tales instrumentos técnicos, a efectos de actualizarlos paulatinamente.

Lo anterior no significa, en modo alguno, que si bien es cierto, esta Dirección General no puede obviar su responsabilidad directa en el establecimiento de las bases de clasificación de puestos, y la definición de las respectivas atinencias o especialidades académicas o profesionales de los mismos, no le corresponde sustituir a la Administración Activa, como operadores del derecho en la aplicación de la norma, a efectos de determinar, conforme al ordenamiento jurídico positivo, la procedencia o no en el reconocimiento de puestos afectos al pago de prohibición.

Bajo esta inteligencia, solo resta indicarle a la consultante, que es su representada la instancia técnica competente para resolver la situación descrita en el Oficio DRH-419-11, de previa cita, a la luz de la legislación vigente aplicable a la materia, los criterios jurídicos emitidos anteriormente por esta Asesoría Jurídica, y los pronunciamientos que sobre el tema en estudio han vertido nuestros tribunales ordinarios y la propia Procuraduría General de la República⁴³.

Atentamente,

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

⁴³ A manera de ejemplo, se sugiere consultar los siguientes dictámenes y opiniones jurídicas: C-120-94 del 22 de julio de 1994, C-209-99 del 22 de octubre de 1999, C-025-2001 del 07 de febrero del 2001, C-119-2001 del 20 de abril del 2001 y el C-064-2005 del 14 de febrero del 2005, así como las opiniones jurídicas OJ-167-2001 del 14 de noviembre de 2001, OJ-179-2002 del 19 de diciembre de 2002 y OJ-011-2005 del 21 de enero del 2005.

AJ-606-2011
23 de agosto de 2011

Máster
Francisco Chang Vargas
Director del Área de Salarios e Incentivos

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su Oficio SI-142-2011, fechado 19 de agosto del año en curso, mediante el cual se traslada a este centro de trabajo, la consulta que formulara en su oportunidad el Lic. Danny Méndez González, abogado del Área de Derecho Público de la Procuraduría General de la República, en torno a lo siguiente:

“...Favor indicar (...), si de conformidad con el artículo 33 inciso 2 de la ley 6999, el artículo 14 numeral 18 de la ley 7018 y el artículo 98 de la ley 7083; es o no procedente el pago de un plus salarial del 65% por prohibición para los profesionales en Ciencias Económicas de los diferentes Ministerios del Gobierno Central, incluyendo el Ministerio de Obras Públicas y Transportes...”

Sobre este particular, hemos de indicarle que por tratarse de una consulta que se encuentra en proceso de respuesta por parte del Área a su digno cargo, nuestro criterio sobre el tema en discusión será canalizado a través de su persona, quien lo utilizará según su conveniencia y responsabilidad para los fines del informe que se brindará al Órgano Asesor del Estado. Asimismo, y por tratarse el asunto sobre la interpretación de normas aplicables a la materia de prohibición en el caso concreto de los profesionales en Ciencias Económicas que laboran para las diferentes Carteras Ministeriales,

enfocaremos nuestro análisis desde una perspectiva general, respetando el ámbito de competencias de las diferentes sedes administrativas, a quienes les corresponderá definir y dilucidar lo que corresponda en cada una de las situaciones particulares.

Como punto de partida de los argumentos que se dirán, resulta importante transcribir, en lo que interesa, las normas citadas supra, que fundamentan la consulta aquí vertida:

Ley N° 6999, “Ley de Prórrogas y Nuevos Ingresos y Riesgos del Trabajo de la Policía Ley de Riesgos del Trabajo de las Fuerzas de Policía”, del 3 de setiembre de 1985:

“...ARTICULO 33.- Modifícase el artículo 1º de la ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975 y sus reformas,...”

Ley N° 5867, “Ley de Compensación por pago de Prohibición”, del 15 de diciembre de 1975 y vigente desde el día 27 del mismo mes y año:

“...Artículo 1.- Para el personal de la Administración Tributaria que, en razón de sus cargos, se encuentre sujeto a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo, se establece la siguiente compensación económica sobre el salario base de la escala de sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública:

- a) Un sesenta y cinco por ciento (65%) para los profesionales en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.*
- b) Un cuarenta y cinco por ciento (45%) para los egresados de programas de licenciatura o maestría.*
- 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 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)..."

Ley N° 7018, “Ley de Presupuesto 1986 (Ordinario y Extraordinario)”, del 20 de diciembre de 1985 y vigente desde el día 26 del mismo mes y año:

“...Artículo 14.- Modifícanse (sic) las leyes que a continuación se detallan:

(...)

18.- Agrégase (sic) un párrafo al numeral 2 del artículo 1º de la ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975 y sus reformas, que dirá: "También los servidores de la Dirección General de Servicio Civil que ocupen puestos de la serie Técnico y Profesional, los Funcionarios de la Dirección General de Informática del Ministerio de Obras Públicas y Transportes y los del Centro de Cómputo del Ministerio de Seguridad Pública."..."

Ley N° 7083, “Ley de Presupuesto Extraordinario”, del 25 de agosto de 1987:

“...ARTICULO 98.- Interpretanse (sic) auténticamente el numeral 18 del artículo 14, de la ley N° 7018 del 13 de diciembre de 1985, y el inciso 2) del artículo 35, de la ley N° 6999 del 17 de setiembre de 1985, en el sentido de que la disposición comprende, además, aquellos cargos para los que se exija actualmente el grado académico de licenciatura...”

Se puede constatar con relativa facilidad, que la anterior reproducción de los textos legales, objeto de la presente consulta, constituyen solo una pequeña parte del vasto compendio normativo que regula el reconocimiento del incentivo salarial conocido como “prohibición”, aspecto sobre el que tanto esta Asesoría Jurídica como la misma Dirección General, se han pronunciado en diversas ocasiones⁴⁴, sin desmeritar los criterios emitidos al respecto por la propia Procuraduría General de la República.⁴⁵

⁴⁴ 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, DG-242-2010 del 11/05/2010,

En todos estos documentos oficiales, se ha defendido la posición, vigente al día de hoy, de que el incentivo salarial de Prohibición se constituye en “reserva de ley”, con lo cual se establece la regla obligatoria de que, para que un puesto se encuentre afecto al reconocimiento del mencionado estipendio, debe necesariamente existir no solo una ley general que instituya el incentivo como tal, sino además una norma de igual rango que autorice el pago correspondiente para ese puesto en específico.

Con base en esta tesis, los numerales de las citadas leyes 6999, 7018 y 7083, evidencian el cumplimiento de los requisitos anteriormente descritos, indicando taxativamente, algunos de los puestos y su ubicación, que se encuentran en condición de afectación para el reconocimiento del incentivo salarial por concepto de prohibición, de forma tal que, en virtud del estudio que le corresponde realizar por competencia legal a la Administración Activa, representada por las Oficinas de Recursos Humanos de los diversos Ministerios de Gobierno, se podrá establecer por parte de estas dependencias técnicas ministeriales, si los profesionales con grado académico de Licenciatura en Ciencias Económicas que laboran en sus instituciones,

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. En tales oficios se hace mención a las diferentes modificaciones que ha experimentado la legislación sobre la materia, entre las cuales y solo como ejemplo, se citan las siguientes: la 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 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.

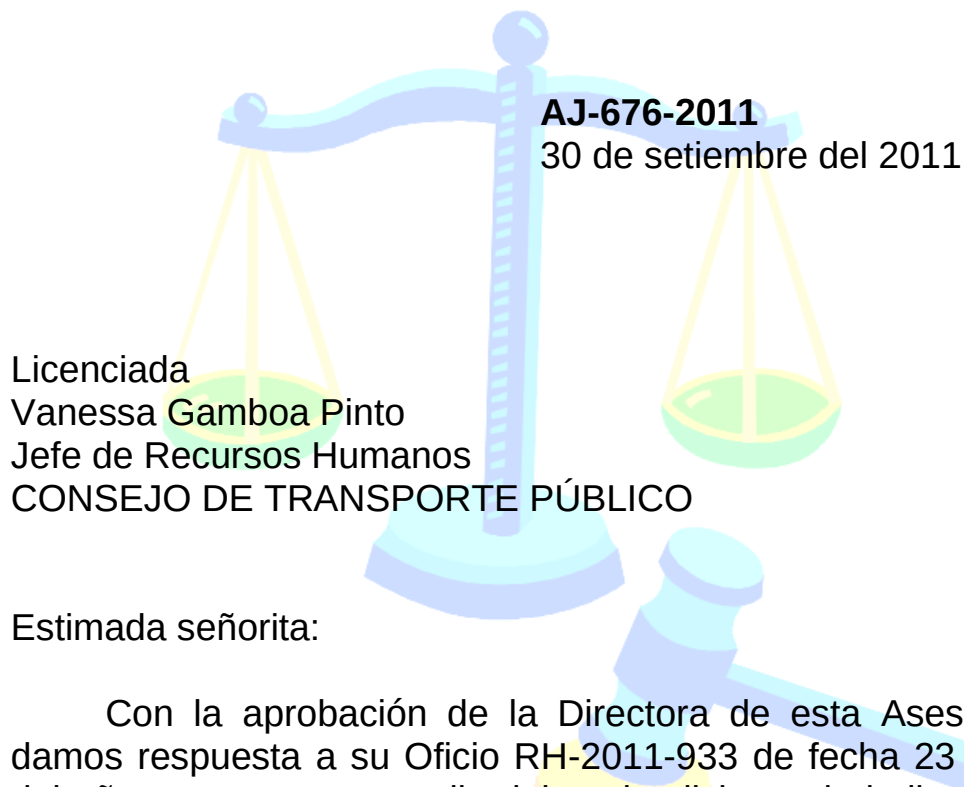
⁴⁵ *Refiérase, a manera de ejemplo, a los dictámenes C-120-94 del 22 de julio de 1994, C-209-99 del 22 de octubre de 1999, C-025-2001 del 07 de febrero del 2001, C-119-2001 del 20 de abril del 2001 y el C-064-2005 del 14 de febrero del 2005. De igual manera la opiniones jurídicas OJ-167-2001 del 14 de noviembre de 2001, OJ-179-2002 del 19 de diciembre de 2002 y OJ-011-2005 del 21 de enero del 2005.*

se encuentran o no reflejados en los supuestos y disposiciones normativas antes dichas.

Atentamente,

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA



Estimada señorita:

Con la aprobación de la Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su Oficio RH-2011-933 de fecha 23 de setiembre del año en curso, por medio del cual solicita se le indique si el Oficio AJ-446-2000 de fecha 13 de noviembre del año 2000, emitido por esta Asesoría Jurídica, se encuentra vigente.

Sobre el particular le manifestamos que el contenido de dicho criterio jurídico versa ante consulta que presentara el Director del Área de Auditoría y Control de Recursos Humanos de aquel entonces, Licenciado Leonel Obando Obando, a raíz de un estudio de auditoría que responde al número AC-180-2000, de fecha 18 de octubre del año dos mil, solicitando criterio sobre las implicaciones jurídicas en cuanto a la adopción de medidas correctivas sobre el pago de prohibición en

la especialidad de cómputo en algunas entidades cubiertas por el Régimen de Servicio Civil.

Ante esa solicitud de pronunciamiento, se analizó el marco normativo de prohibición para los funcionarios con especialidad en cómputo o informática, refiriéndose al artículo 41 de la Ley 7097 del 18 de agosto de 1988.

Posteriormente, se presenta un análisis concretamente del oficio AC-180-2000, supra indicado, exponiendo el respeto que debe privar ante los Principios de Legalidad, Razonabilidad y Racionalidad, agregando que si la auditoría institucional en el ejercicio de su control de legalidad detecta algunas irregularidades en la aplicación de las normas, debe señalarlo así al jerarca institucional para lo que proceda conforme a derecho.

Por último se hace un comentario general sobre el dictamen emitido por la Procuraduría General de la República número C-013-2000.

Expuesto lo anterior, sobre su consulta concreta, debemos manifestar que el oficio AJ-446-2000, se encuentra vigente.

Con respecto a los comentarios generalizados que esboza sobre el tema de los traslados, no se evidencia pregunta alguna, no obstante exponemos de seguido que los traslados y las reubicaciones del personal, debe tenerse claro en qué consisten estas figuras y sus implicaciones, porque se puede correr el riesgo de pagar un incentivo a un funcionario que no le corresponde o viceversa.

Es común confundir estos vocablos y hablar indistintamente de traslado y reubicación, pero nuestro ordenamiento los define así:

El término **traslado**, de acuerdo con el Artículo 3, inciso u) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, es: “... *el paso de un servidor regular de un puesto a otro del mismo nivel salarial...*”, mientras que el inciso x) de este mismo numeral señala que la **reubicación** es: “... *el desplazamiento de un servidor con su puesto dentro de un programa presupuestario, de uno a otro programa o de un ministerio a otro.*”.

Tal y como lo indica la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la Administración puede realizar los cambios de personal que requiera por necesidad institucional, dadas sus potestades de imperio de que goza en el quehacer diario, en el tanto busque perseguir siempre la realización del interés público tutelado, es decir ***“es constitucionalmente legítima la potestad de la administración de cambiar a sus servidores de lugar de trabajo, siempre y cuando exista como causa de ello el interés público...”***⁴⁶.

Para el caso que nos ocupa, los movimientos de traslados y reubicaciones forman parte de la acción de potestad de imperio de la que se encuentra dotada la Administración, con observancia claro está de las limitaciones que el propio ordenamiento jurídico exige.

Es así como el numeral 22 bis del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, recoge esa potestad de la Administración Pública, la cual dispone:

“Los traslados, reubicaciones y recargos de funciones se regirán de acuerdo con lo que se indica a continuación:

- a) Los traslados y reubicaciones podrán ser acordados unilateralmente por la Administración, siempre que no se cause grave perjuicio al servidor.***
- b) Los recargos de funciones de puestos de mayor categoría, que excedan de un mes, podrán ser remunerados, pero estarán sujetos a la aprobación previa de la Dirección General, la que deberá constar que el servidor a quien se hiciere el recargo, reúne los requisitos establecidos. “***

⁴⁶ Voto 2003-03672, emitido por **SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. San José, a las ocho horas con treinta y un minutos del nueve de mayo del dos mil tres.-

En la norma antes citada es clara y evidente la potestad administrativa, con las limitaciones de no causar perjuicio a los servidores objeto del movimiento de personal.

Siendo así, la administración activa debe velar para que en caso de aplicar alguna de las figuras señaladas, no se cause perjuicio al funcionario pero dentro de las normas aplicables.

Se debe considerar además para estos efectos, lo que dispone el artículo 24 del Reglamento de la Ley de Prohibición, Decreto Ejecutivo número 22614, que establece en lo que respecta a la cesación del pago por este concepto:

Artículo 24: Cesará el pago por concepto de prohibición cuando: ...

“e) El servidor sea trasladado con su puesto a un programa que no se halle afectado por el pago de dicho concepto, salvo disposición legal en sentido contrario. No obstante lo anterior, en los casos de reubicación se mantendrá el pago por concepto de compensación económica por prohibición.”

Ante el panorama expuesto, debe la administración activa, en este caso, el Área que usted representa, resolver conforme a derecho lo que corresponda.

Atentamente,

Original firmado Licda. Margarita Rodríguez Soto
Licda. Margarita Rodríguez Soto
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-536-2011
7 de julio del 2011

Licenciado
Jean Fabricio Sanabria Álvarez
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-843-2010⁴⁷, los cuales están estrechamente relacionados con sus interrogantes planteadas.

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*

⁴⁷ 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.

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 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”.

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 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 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 designación profesional por parte de particulares, es decir tiende a evitar la colisión de intereses, -interés público e

interés privado- (Sala Constitucional, resolución, No.3292-95 de las quince horas treinta minutos del 18 de julio de 1995) La prohibición, por lo tanto, es inherente al puesto, es decir, no está sujeta a la voluntad de la Administración o del

funcionario público, por ende, la misma resulta ineludible e irrenunciable.”

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

Además revela dicho dictamen:

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

Agrega dicho Órgano Consultivo:

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

“ ... ”

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

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

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

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

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

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

nivel académico del servidor sea consecuente con la especialidad del puesto, son otros requisitos que deben observarse en estos casos.” (Procuraduría General de la

República. 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 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 N° 5867, aparte de que en esa forma, se eliminan las distorsiones originadas en el pago de la compensación por prohibición, con porcentajes menores al título o nivel real del servidor.”

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

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

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

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

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

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

III. CONCLUSIONES:

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

1. El artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece una prohibición para el ejercicio de la profesión a los abogados del Poder Ejecutivo que realicen labores jurídicas. Esta prohibición incluye a los abogados que realicen esas funciones dentro de la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad.
2. El artículo 5 de la Ley 5867 reconoce a los funcionarios mencionados en el punto anterior, una compensación económica cuando sean egresados o licenciados en derecho.
3. Se les debe reconocer a los funcionarios profesionales en Derecho que laboran para la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad, el pago de la compensación económica por el no ejercicio de la profesión fuera de la institución, según el grado académico que ostenta

y no en virtud del requisito primario del puesto que ocupan, siempre que el grado académico que ostenten sea mayor al grado académico mínimo que el puesto requiera.”

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 Jurídica⁴⁸, 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 Prohibición⁴⁹, la misma consiste en un resarcimiento económico sobre el salario base de la escala de sueldos 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

⁴⁸ AJ-843-2010 del 14 de octubre del 2010.

⁴⁹ Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975.

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 Prohibición⁵⁰, 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 autorice⁵¹, 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 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

⁵⁰ Decreto Ejecutivo N° 22614-H, del 22 de octubre de 1993, vigente a partir del 2 de noviembre del mismo año.

⁵¹ Artículo 5 de la Ley N° 5867.

pago de prohibición es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

“...a) Que ocupen puestos que estén afectados legalmente por prohibición;

c) 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...”⁵²

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.

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

⁵² Artículo 9, Decreto Ejecutivo N° 22614, supra citado.

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 ministerial pueden contemplar dentro de su remuneración salarial el incentivo de pago por concepto de prohibición siempre y cuando el SENASA⁵³, 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

⁵³ “Servicio Nacional de Salud Animal”

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-610-2011
25 de agosto de 2011

Licenciado
Randall Acuña González
randallacuna@gmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su consulta, recibida en este centro de trabajo a través de correo electrónico remitido a las ocho horas del día 16 de agosto del año en curso, por parte del señor Luis Carlos Murillo Ugalde, Analista de Recursos Humanos del Área de Administración de Servicios Institucionales de la Dirección General de Servicio Civil.

Solicita Usted en su misiva, nos pronunciemos en relación con las siguientes interrogantes:

“...Existe alguna incompatibilidad y/o conflicto de interés al ejercer la carrera de abogado (sic) y trabajar en el Archivo Notarial? De ser así, cuál es la solución propuesta, si como bien se indicó, el pago de la compensación por prohibición o por dedicación exclusiva no procede? De no ser así, puedo compaginar mi carrera con el puesto sin ningún problema? Podría acceder a la información e insumos de datos que proporciona dicho centro laboral, para poder realizar efectivamente mi labor como abogado?...”

Sobre esta temática en particular, y previo a emitir nuestro criterio jurídico en torno al mismo, resulta de capital importancia indicar al consultante, que en resguardo del ámbito de competencias legales

que le asiste a esta sede administrativa, no resulta procedente manifestarnos en relación con asuntos concretos o particulares, que son resorte exclusivo de las Oficinas de Recursos Humanos cubiertas por el Régimen Estatutario, de forma tal que su consulta será abordada desde una perspectiva general, trayendo a colación los

fundamentos jurídicos y jurisprudenciales que podrían contribuir a dilucidar apropiadamente la situación expuesta.

Al detenernos en el motivo central de su consulta, es decir, la posible existencia de incompatibilidades o conflicto de intereses en el ejercicio liberal de la abogacía y el desempeño como funcionario público destacado en el Archivo Notarial⁵⁴, encontramos aspectos que por competencia deben ser resueltos a través de la Oficina de Recursos Humanos de su institución, quienes son los directamente conocedores de la estructura ocupacional y funcional de las diferentes unidades, departamentos o dependencias administrativas que la conforman, y para lo cual se podrían perfectamente apoyar en criterios técnicos de la oficina interna encargada de los asuntos jurídicos institucionales.

Tanto esta Asesoría Jurídica como la misma Dirección General, se han pronunciado reiteradamente sobre el tema de la prohibición para el ejercicio privado de la profesión⁵⁵, sosteniendo de manera contundente la tesis de que dicha figura jurídica, al traducirse en un incentivo salarial para el servidor beneficiario, afecta fundamentalmente el puesto que es ocupado, constituyéndose en reserva de ley⁵⁶ no sólo el establecimiento genérico del incentivo como

⁵⁴ Dependencia adscrita al Archivo Nacional.

⁵⁵ 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, DG-242-2010 del 11/05/2010, AJ-921-2004 del 16/08/2004, AJ-281-2007 del 11/05/2007, AJ-198-2008 del 10/04/2008, AJ-298-2009 del 08/06/2009 y AJ-320-2009 del 15/06/2009.

⁵⁶ La figura de la "Prohibición" se encuentra regulada de manera genérica en la Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975 y su reglamento, estableciendo los puestos y su ubicación afectos a este incentivo salarial. Posteriormente, y a través de leyes especiales se fue ampliando el ámbito de cobertura a otros puestos y disciplinas; para citar solo una parte de la mencionada legislación, encontramos los siguientes cuerpos jurídicos: la Ley N° 6700 de 23 de diciembre de 1981, Ley N° 6815 de 27 de setiembre de 1982, artículo 37, Ley N° 6831 de 23 de diciembre de 1982, en el inciso 53 del artículo 9, Ley 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 N° 7333 del 05 de mayo de 1993, en su artículo 9 y 244, Ley N° 8422 del 06 de octubre del 2004, artículo 14, y su reglamento.

tal, sino la misma posibilidad de que le sea aplicado a un puesto determinado dentro de la estructura ocupacional de la institución de que se trate.

Esta posición que se mantiene con plena vigencia al día de hoy, se ha respaldado además en sendos pronunciamientos de la Procuraduría General de la República⁵⁷ y nuestros Tribunales Ordinarios, lo que le da mayor consistencia a los argumentos que en esas diversas ocasiones a vertido la Dirección General de Servicio Civil, en acatamiento de las disposiciones legales que rigen el procedimiento para otorgar el mencionado estipendio.

Con base en estas consideraciones, y según su decir, plasmado en el correo electrónico que nos ocupa, se le ha indicado por parte del Departamento de Recursos Humanos del Archivo Nacional, que no es procedente en su caso el pago o reconocimiento de incentivo alguno por concepto de prohibición o dedicación exclusiva, lo cual le genera incertidumbre desde el punto de vista del ejercicio privado de su profesión como abogado, situación que reiteramos no es competencia de esta Asesoría Jurídica resolver, en la medida que el estudio o

análisis llevado a cabo para poder determinar esta situación particular, es responsabilidad exclusiva de la mencionada dependencia del Archivo Nacional, por lo que cualquier solución en lo conducente, debe, necesariamente, derivar de actos propios relacionados con el quehacer institucional de esa dependencia técnica.

Así las cosas, solo resta indicarle al servidor consultante, que las dos últimas interrogantes que conforman su inquietud general, son igualmente situaciones que se deben ventilar a lo interno de la institución para la cual trabaja, dado que se encuentran involucrados aspectos técnicos propios del derecho a la publicidad de la

⁵⁷ Solo para citar algunos de ellos, refiérase a los dictámenes C-120-94 del 22 de julio de 1994, C-209-99 del 22 de octubre de 1999, C-025-2001 del 07 de febrero del 2001, C-119-2001 del 20 de abril del 2001 y el C-064-2005 del 14 de febrero del 2005, así como las opiniones jurídicas OJ-167-2001 del 14 de noviembre de 2001, OJ-179-2002 del 19 de diciembre de 2002 y OJ-011-2005 del 21 de enero del 2005.

información, o en su defecto, la confidencialidad de la misma,(siempre y cuando esté consignado en el ordenamiento jurídico vigente y aplicable), versus el ejercicio privado de una profesión determinada. No obstante, por estar este tema ligado de manera significativa con la posible o eventual colisión entre los intereses público y privados, conviene transcribir, en lo pertinente al presente caso, lo señalado por este centro de trabajo en otras oportunidades:

“...A todas luces es claro que, independientemente de que el servidor público se encuentre cubierto o no por las restricciones que la ley establece al ejercicio profesional en forma privada, aún en los supuestos de excepción indicados supra, lo cierto es que con la inclusión de nueva normativa en nuestro ordenamiento jurídico (verbigracia: Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N° 8422), se han creado diversas prohibiciones e incompatibilidades nuevas, que vienen a complementar las ya existentes, con el propósito de garantizar un régimen preventivo más fortalecido en aras de asegurar la imparcialidad y objetividad del servicio público en general.

Con lo anterior, lo que se quiere afirmar es que el deber de probidad del servidor, aún cuando no se perciba compensación por prohibición como aquí se conoce, obliga a que su conducta esté siempre

apegada, en forma irrestricta al principio de legalidad, de manera que su actuar no comprometa jamás su responsabilidad para con el servicio público, debido a otras actividades que pudiera, aunque en forma ocasional, ejercer en el ámbito privado; con mucho más razón, si las mismas están referidas a “...funciones iguales o similares a las del cargo que ostentan...”, como reza el artículo 18, inciso a) del

Reglamento para el Pago de Compensación Económica por Concepto de Prohibición, antes citado.

En anteriores resoluciones de este Órgano Asesor ⁵⁸, en las que se cita pronunciamientos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, se señala en lo que interesa:

⁵⁸ Al respecto véase Oficio AJ-470-2008 del 13 de agosto del 2008.

“Este tipo de prohibiciones tiene un indudable fundamento ético; pues, cuando se establecen lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades, en el campo privado; dado que ello se considera inconveniente, porque puede afectar la necesaria intensidad, en el ejercicio de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una indeseable confusión, en los intereses de uno y otro campos, dejando los públicos subordinados o hasta al servicio de los privados. Se crea y se paga así una incompatibilidad propia y originada en la relación de empleo público, para determinados cargos de rango profesional o académico” (Sala Segunda, sentencia N° 333 de las 10:30 horas, del 27 de octubre de 1999). De esta forma, se advierte que esas incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares, es decir tiende

a evitar la colisión de intereses –interés público e interés privado-;...” (El destacado es del documento de referencia)...”⁵⁹

Atentamente,

Original firmado{ Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

⁵⁹ Ver Oficio AJ-298-2009 del 8 de junio del 2009.

AJ-541-2011
12 de julio de 2011

Licenciado
José Joaquín Oviedo Corrales
Director
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-MTSS⁶⁰, 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 suplantar 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

⁶⁰ Decreto N° 36320-MP-MTSS del 22 de diciembre de 2010.

temporales, pues el puesto en si nace de la norma estatutaria que establece literalmente:

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

a)...

f) Los servidores directamente subordinados a los Ministros y Viceministros, hasta un número de diez (10)⁶¹. 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 Méritos⁶², 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 ministerios⁶³ 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.⁶⁴

⁶¹ Este número se fijo 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.

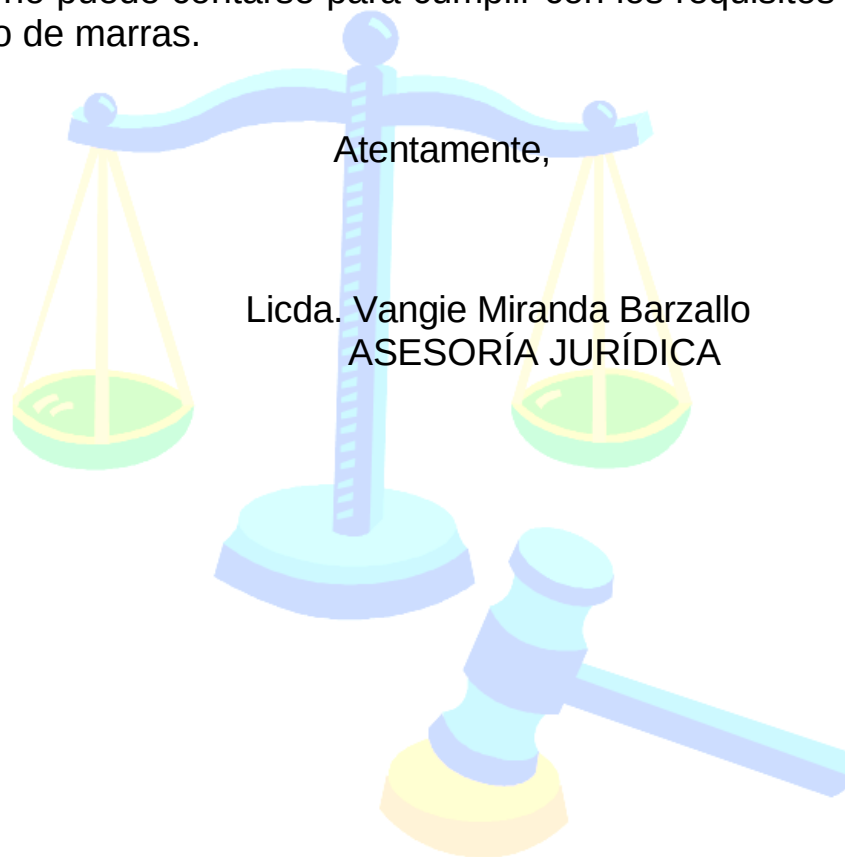
⁶² Afirmación abordada mediante oficio DL-248-90 del 21 de agosto de 1990, emitido por el entonces Departamento Legal de esta dirección General.

⁶³ Sean únicamente Ministros y Viceministros

⁶⁴ Puede verse sobre el particular lo señalado por la Procuraduría General de la República en si 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

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.



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."

AJ-690-2011

12 de octubre de 2011

Máster

Rómulo Castro Víquez

Director Área de Gestión de Recursos Humanos

Estimado señor:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su oficio GESTIÓN-SAO-256-2011 de fecha 20 de setiembre de 2011, en el cual se nos consulta sobre si en atención a las circunstancias actuales en que se desarrolla el sistema de ingreso al Régimen de Servicio Civil por medio de lo establecido en el contenido del parágrafo final del artículo 15 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, procede mantener el criterio vertido en los oficios AJ-268-95 y AJ-648-08 ambos de esta Asesoría Jurídica sobre la reasignación de puestos operativos y calificados.

De previo a emitir el criterio jurídico solicitado, resulta conveniente, hacer del conocimiento del consultante que por política de esta Asesoría Jurídica, no nos pronunciaremos 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 los casos hipotéticos o concretos 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 y siempre manteniendo el criterio dentro del bloque de legalidad al efecto.

El Estatuto de Servicio Civil nace a la vida jurídica constitucionalmente con la finalidad de dar a la Administración garantía y eficiencia en sus actos, lo cual se logra mediante la creación, fiscalización y desarrollo general de un moderno sistema de Recursos Humanos para el Sector Público, el cual además mantenga

latente el principio de igualdad de oportunidades entre los funcionarios de la Administración sean de derechos y de acceso al trabajo.

En razón de lo anterior, es competencia de esta Dirección General de Servicio Civil, sus áreas y oficinas de Recursos Humanos, velar y ejecutar los mecanismos para que sean realizados los concursos, las pruebas y la comprobación de idoneidad para cada puesto, así como de asegurar e impulsar el desarrollo de la carrera administrativa y por supuesto el fiscalizar las funciones de cada puesto, que las mismas se encuentren ajustadas a derecho y accionar cuando se contemplen irregularidades o bien cambios sustanciales en los mismos a fin de garantizar esa efectividad, objetivo final del Régimen de Servicio Civil.

Considerando lo anterior, los legisladores oportunamente crearon normas estatutarias que encierran la protección de los elementos de supra cita, separando o delimitando cada proceder para que no se diera un uso indebido de los puestos y se comprobara en todo momento que el personal que integraría ese Régimen Especial hiciera eso mismo, que obtuviera a base de méritos y requisitos, la idoneidad para desenvolverse en el puesto que ocuparía dentro de la Administración.

Así, se establece el ingreso de los servidores de puestos operativos y calificados, que es el caso que nos tiene en estudio dentro del numeral 15 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil el cual reza en su párrafo final, lo siguiente:

“...Los concursos para puestos que por la naturaleza de sus funciones requieran esencialmente destreza manual, fuerza física o el dominio de un oficio mecánico, con la debida orientación de la Dirección General, pueden ser tramitados en los ministerios e instituciones donde se produce la vacante.”

Bien denota esta norma, que la tramitación para el ingreso al Régimen de Servicio Civil, para esta clase de puestos que requieran “*destreza manual, fuerza física o el dominio de un oficio mecánico*” será efectuado por un concurso que tramita el ministerio o dependencia adscrita al Régimen de Méritos en que se encuentre la vacante, lo cual hace que medie una comprobación de idoneidad que

vigila esta Dirección General de Servicio Civil pero **con la exclusividad de que es para esa clase de puestos**, pues es para esos que se comprobó ser idóneo por parte de las diferentes Oficinas de Recursos Humanos, mas no así ha comprobado esa idoneidad que establece igualmente el Estatuto de Servicio Civil en su numeral 20 para los puestos de un nivel diferente al de los operativos y calificados ya citados.

Bajo esta premisa, existiría una imposibilidad **de reasignar plazas ocupadas** de este tipo a un nivel profesional, pues de existir la necesidad de que en esos puestos se efectuaran funciones distintas para el que fue creado, de manera previa a la ocupación y utilización de la plaza, se tramitara la realización de un estudio de análisis ocupacional para analizar si procede o no en virtud del puesto una reasignación, pues no es posible que en un puesto operativo se ingrese al mismo y sin realizar las funciones propias del puesto se pretenda realizar reasignación alguna a un nivel superior, esto conforme se señaló en su oportunidad muy acordemente en el oficio de este centro de trabajo número AJ-268-95 de fecha 8 de mayo de 1995, al decir entre otras cosas:

“...de haberse nombrado personal en propiedad de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 15 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, con niveles académicos extraordinariamente

superiores (bachilleres y licenciados universitarios) a los requeridos para la clase de puesto (generalmente Educación General Básica) en que fueron designados, dedicándolos además a atender funciones diferentes a las de la clasificación que ostenta, ello produce un uso indebido de los puestos... De conformidad con lo anteriormente expuesto, es criterio de esta Asesoría Jurídica que solicitar una reasignación en esas condiciones es jurídicamente improcedente, puesto que en el fondo se trata de una evidente violación a los principios generales de Servicio Civil (cfr. Artículo 51 del Estatuto de Servicio Civil), al pretender ingresar y hacer carrera administrativa en condiciones ajenas a la igualdad de oportunidades para acceder a cargos públicos –en este caso profesionales-, mediante concurso por oposición y demostración del mérito e idoneidad respectivas, lo cual por lo demás es también abiertamente inconstitucional, tal y como reiteradamente lo ha

manifestado y desarrollado la Sala Constitucional en muy diversos precedentes(cfr. Voto N° 4652-94 entre otros)

Lo anterior por cuanto dicho proceder establecería una irregularidad en lo que respecta al uso de los puestos de naturaleza operativa, violentando los principios contenidos en la norma estatutaria. Contrario sensu, de ser necesaria para la institución que posee una vacante de una de estas plazas y ocuparla por un requerimiento institucional hacia un nivel superior, puede hacerse la reasignación de la misma sin estar esta ocupada para que de este modo quien vaya a ser nombrado cuente con los requisitos y procedimientos legales y determinados para tal efecto según la nueva clasificación que vaya a poseer, como de igual manera se contemplo en el oficio AJ-268-95 de supra cita:

“...En realidad, si la Administración necesita convertir un puesto de nivel operativo (v.g. Trabajador Misceláneo, Agente de Seguridad y Vigilancia, etc.) en un puesto de nivel profesional -como es el caso de consulta-, el procedimiento correcto estriba en justificar de previo a su

utilización la necesidad de desarrollar funciones más complejas y la inexistencia de demanda por las labores de la clase y nivel anterior, para así poder tramitar reasignación del mismo, con el propósito de que quien vaya a ocuparlo sea retribuido conforme a la clase y categoría salarial propia de su desempeño (cfr. Artículo 56 de la Constitución Política y Artículo 8 de la Ley de Salarios de la Administración Pública), de acuerdo con las previsiones del Artículo 109, II0 y II6 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.”

Lo señalado no podría ser de manera diferente sin convertirse en una notoria ironía y burla de los sistemas de reclutamiento y selección ordinarios dentro del Régimen de Servicio Civil para cargos profesionales.

Todo lo descrito se puede valorar desde el punto de vista del ingreso al Régimen de Servicio Civil, pero igualmente si la visión girara sobre el tema del derecho de igualdad y libertad al acceso al trabajo y versara sobre el tema de la carrera administrativa podríamos señalar

que se define la carrera administrativa como un medio de crecimiento personal de quienes ya han superado y demostrado su idoneidad.

Partiendo de este hecho y retomando un poco lo mencionado supra, la demostración de idoneidad ha de ser satisfactoria dentro del estrato en el cual se va a ascender, esto por qué? Porque, ha de existir una relación o identidad entre el puesto que se posee y en los que se requiere o quisiera hacer carrera administrativa, un oficinista no podría pretender ascender como registrador (Profesional de Servicio Civil 2 Especialidad Registro de Documentos Públicos) por ejemplo, si no han superado las pruebas específicas para cada uno de los puestos, pues el artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil, establece las reglas para hacer carrera a puestos directos, el numeral 21 a puestos diferentes (concurso interno) y en ninguno de los dos casos se puede encontrar similitud con las reglas de la reasignación, lo cual hace que giremos sobre otro punto.

La carrera administrativa presupone un derecho al sujeto, mientras que la reasignación se ha sostenido que es al puesto, por lo que podemos afirmar que no toda reasignación es un ascenso, pues en realidad no deviene de un cambio de puesto a uno de mayor categoría sino la reasignación sugiere un cambio sustancial y permanente en las funciones, con lo que se puede decir que puede que una reasignación dé como resultado un "ascenso", esto por el cambio de categoría, pero no siempre son símiles.

Resulta de lo expuesto que no existe entre el ascenso- hablando y entendiendo la carrera administrativa- y la reasignación, identidad de objeto, ni de fin público a perseguir, ni de reglas a utilizar, por ejemplo sería decir si entremezclamos las figuras que el ascenso está sujeto al periodo de provisionalidad o que tiene que consolidar funciones para que se pueda aplicar.

Otro ejemplo sería decir que, el operador de equipo móvil haya pasado las pruebas para ser conductor, poniendo y observando tres predictores, que serían licencia, bachiller del enseñanza general y una carta de recomendación, lo cual no le da la idoneidad para ocupar mediante reasignación de su puesto a uno de Profesional de Servicio Civil 1A para desempeñarse como administrador de la institución en que se encuentra destacado, aunque su título lo faculte, pues la

idoneidad es un criterio jurídico indeterminado que no puede ser definido o enmarcado en un solo sentido, de ahí que las pruebas no son las mismas para todos los puestos o estratos, pues pese a que ambos podrían cumplir con la norma del artículo 15 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil lo hacen en diferentes formas.

Claros con lo anterior tampoco podría afirmarse que la reasignación sea un medio de hacer carrera administrativa como tal, pues no es esa su finalidad de creación, ya que para que se de dicha figura, es necesario que el ocupante, desde el punto de vista subjetivo, del puesto cumpla con los requisitos de éste y originalmente uno de

esos requisitos es haber demostrado la idoneidad para dicho puesto conforme lo establecido en el artículo 20:

“Artículo 20.- Para ingresar al Servicio Civil, se requiere:

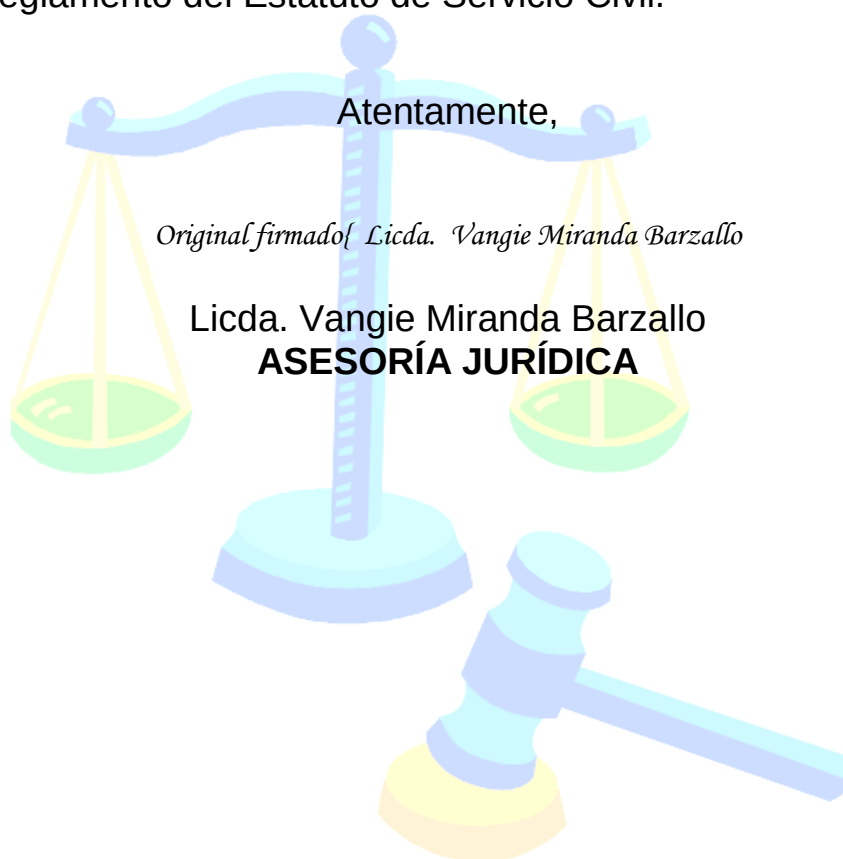
- a) Poseer aptitud moral y física propias para el desempeño del cargo, lo que se comprobará mediante información de vida y costumbres y certificaciones emanadas del Registro Judicial de Delincuentes, de los Archivos Nacionales, del Gabinete de Investigación y del Departamento respectivo del Ministerio de Salubridad Pública.*
- b) Firmar una declaración jurada de adhesión al régimen democrático que establece la Constitución de la República.*
- c) Satisfacer los requisitos mínimos especiales que establezca el "Manual Descriptivo de Empleos del Servicio Civil" para la clase de puesto de que se trate.*
- d) Demostrar idoneidad sometiéndose a las pruebas, exámenes o concursos que contemplan esta ley y sus reglamentos.*
- e) Ser escogido de la nómina enviada por la oficina encargada de seleccionar el personal.*
- f) Pasar el período de prueba; y*
- g) Llenar cualesquiera otros requisitos que establezcan los reglamentos y disposiciones legales aplicables”*

De modo que si no se cumplen los anteriores requisitos, en especial las pruebas necesarias, podrá conseguirse la condición de

idóneo para su ingreso al Régimen de Servicio Civil para puestos de un nivel distinto al operativo y calificado.

En virtud de todo lo expuesto supra esta Asesoría Jurídica mantiene el criterio vertido en su oportunidad sobre la imposibilidad de reasignar puestos ocupados por servidores que hayan ingresado al Régimen de

Méritos por las disposiciones señaladas en el párrafo final del artículo 15 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.



Atentamente,

Original firmado por Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-786-2011

02 de diciembre del 2011

Licenciada
Martha Fernández Fernández
Coordinadora
OFICINA SERVICIO CIVIL-MINISTERIO DE SALUD
S. O.

Estimada señora:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos repuesta a su Oficio OSC-MS-1160-2011 de fecha 21 de noviembre del 2011, en donde nos consulta sobre la aplicación del inciso d) del artículo 111 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, específicamente nos indica lo siguiente:

“ ... Esta Oficina fue informada por medio del oficio DDH- 2759-2011 de fecha 31 de octubre de 2011, suscrito por el Lic. Alonzo Hernández Montero, Director de la Dirección de Desarrollo Humano del Ministerio de Salud respecto de la aplicación del traslado interinstitucional y temporal a la funcionaria Patricia Allen Flores hacia la Caja Costarricense de Seguro Social, mediante la figura jurídica de “Convenio de Cooperación entre el Ministerio de Salud y Caja Costarricense de Seguro Social para el préstamo de la Funcionaria Patria Allen Flores” con rige 26 de setiembre del 2011 al 08 de mayo del 2014; sin embargo, el puesto N° 055320 ocupado en propiedad por la funcionaria en el momento en que se firmó el

“Convenio de Cooperación” entre ambas instituciones, se encontraba afecto por lo establecido en el artículo 111, inciso d) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil a raíz

de la reasignación de su puesto en forma descendente ...”

Efectivamente el artículo 111 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, establece en su inciso d) lo siguiente:

“ ... Si el puesto estuviere ocupado y la reasignación resultare de una clase de inferior categoría a la de la original, los efectos de la misma automáticamente quedarán en suspenso hasta por un período de seis meses, mientras tanto el servidor continuará en el desempeño de sus actividades y en dicho período podrá ser trasladado a otro puesto de igual clase a la del puesto que venía desempeñando antes de producirse la reasignación; o bien ser promovido a otro puesto si reune requisitos para ocuparlo. Si la ubicación del servidor no fuere posible dentro del lapso señalado y éste no aceptare la reasignación descendente, éste cesará en sus funciones y se procederá al pago de la indemnización indicada en el Artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil. En el caso de que el servidor acepte la reasignación tendrá derecho a una indemnización correspondiente a un mes por cada año de servicios al Estado, y que será proporcional al monto de la reducción que tenga su salario...”

Como puede observarse, en el texto anterior se plantean algunas alternativas para tratar de conservar la situación consolidada

del servidor, por ello se suspende el acto por seis meses mientras se busca una solución. Durante dicho período el servidor mantiene el puesto original, de manera que cualquier solución debe realizarse en observancia de esta situación.

De igual manera, cabe la aplicación de cualquier otro artículo del Estatuto de Servicio Civil o de su Reglamento, pues recuérdese que

el acto está suspendido, por ejemplo el artículo 112 del Reglamento que establece:

“ ... Artículo 112.- Los servidores cubiertos por el Régimen de Servicio Civil podrán ser trasladados con carácter transitorio a desempeñar otros cargos como consecuencia de las siguientes situaciones:

a. Para desempeñarse en otras Instituciones del Estado o asignados como personal de contraparte en Convenios Institucionales o Internacionales debidamente formalizados;

b. Por designación de la Administración superior para que ejerza la dirección y/o desarrollo de un proyecto, programa o proceso institucional significativamente importante, siempre y cuando no existe el recurso previamente designado para atender esas necesidades y funciones.

En ambos casos, los servidores continuarán disfrutando de los beneficios y deberes que les confieren el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, incluso a la reasignación temporal de su plaza cuando las nuevas funciones así lo

ameritan y cuando el citado movimiento sea necesario por un plazo igual o mayor a seis meses.

Las reasignaciones surgidas producto de lo anterior serán consideradas provisionales, de modo que finalizadas las causas que lo motivaron, volverá a tener la clasificación y valoración original, sin que ello de lugar a reclamaciones ni indemnizaciones en contra de la Institución o del Estado.

El aumento en los salarios que tales circunstancias originen, puede ser cubierto tanto por la institución a que pertenece el servidor como por la institución que se beneficie de sus servicios. Todo lo anterior estará sujeto a la disponibilidad de los créditos presupuestarios...”

En la situación planteada se trata de una reubicación temporal que perfectamente puede sustentarse en el inciso a) del artículo transcrito, durante la suspensión del acto de reasignación descendente, lo cual no soluciona en forma definitiva la situación del servidor, ni la del puesto, no obstante al amparo del artículo señalado, traslada la situación hasta que nuevamente el servidor regrese al lugar de origen. Es decir, si en el convenio de traslado se le garantizan los derechos, el acto de descenso debe continuar en suspenso y reanudarse en el momento que el servidor regrese al Ministerio de Salud.

Ahora bien, en lo que respecta al Convenio de Cooperación DM-IZ-4412-2011, suscrito entre el Ministerio de Salud y la Caja Costarricense de Seguro Social, haciendo un análisis general del

mismo, en relación con el inciso a) del Artículo 112 supra citado, que indica entre otras cosas que: *“... Para desempeñarse en otras instituciones del Estado en calidad de asesores o asignados como personal de contraparte en Convenios Institucionales o Internacionales **debidamente formalizados** ...”*, (La negrita no pertenece al original), y haciendo una relación con la Cláusula Novena del Convenio citado, que señala:

“... El presente Convenio de Cooperación será refrendado por la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y regirá a partir del día hábil siguiente a la fecha de aceptación de la funcionaria hasta el 8 de mayo del 2014. En consecuencia de lo expuesto, queda autorizada la servidora Patricia Allen Flores, a su traslado

a la Caja, aunque el mismo se encuentre en trámite de firmas...”

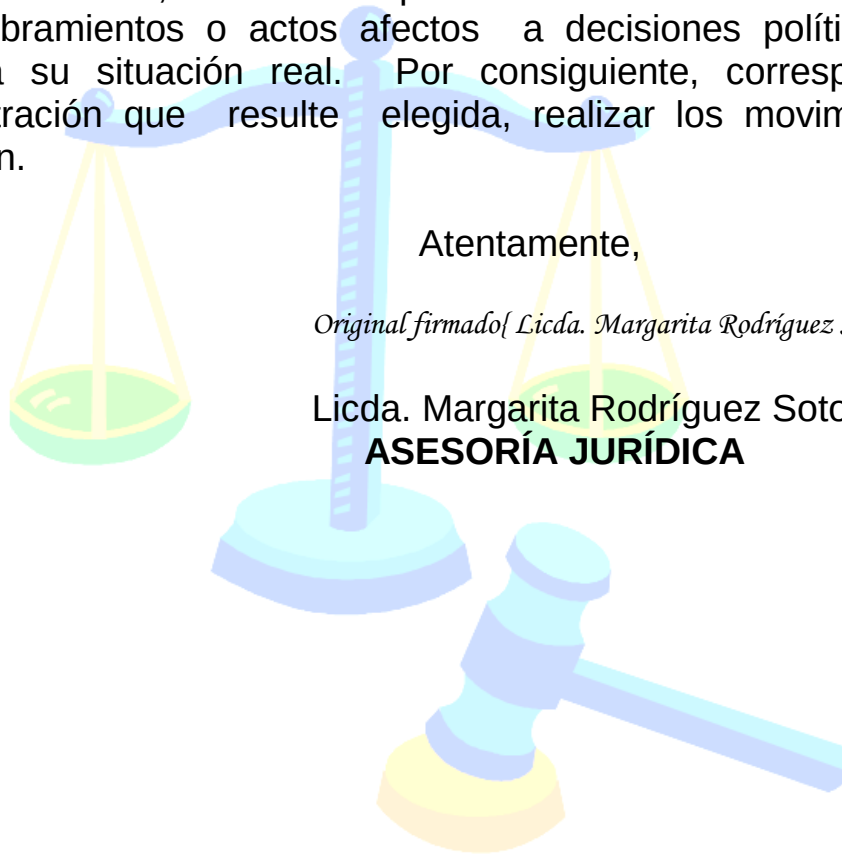
Siendo que la formalización conlleva el trámite de las firmas, no puede surtir efecto un convenio si no está debidamente firmado por las partes, asimismo, en lo que respecta a la vigencia del mismo, debe quedar establecida en el Convenio, o sea, de cuándo a cuándo.

Por último no se debe incluir como fecha límite del Convenio el 8 de mayo del 2014, en virtud de que ese día es el cambio de poderes y los nombramientos o actos afectos a decisiones políticas, deben volver a su situación real. Por consiguiente, corresponde a la Administración que resulte elegida, realizar los movimientos que requieran.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Margarita Rodríguez Soto

Licda. Margarita Rodríguez Soto
ASESORÍA JURÍDICA



AJ-682-2011

6 de octubre de 2011

Máster

Olman Luis Jiménez Corrales

Director Área de Reclutamiento y Selección de Personal

Dirección General de Servicio Civil

Estimado señor:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su oficio número ARSP-PS-19-2011 de fecha 20 de setiembre de 2011, en el cual consulta sobre si procede o no la aplicación del contenido del Decreto Ejecutivo 36320-MP-MTSS del 10 de diciembre del 2010.

La consulta planteada versa sobre diez puestos en específico que se encuentran destacados en el Ministerio de Cultura y Juventud, desempeñando funciones propias del Régimen Artístico⁶⁵ desarrollado en el Estatuto de Servicio Civil mediante el título IV, pero que utilizan puestos que por su nomenclatura parecen estar incluidos aún en el título I del citado Estatuto, por lo que se desprende la duda de la posibilidad de aplicar el contenido del Decreto Ejecutivo de marras.

En este sentido, y 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, de ahí que no resulte procedente atender

los casos hipotéticos o concretos 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.

⁶⁵ Ley N°8555 del 10 de octubre de 2006.

Para un análisis más puntual, debemos traer a colación algunas de las normas pertenecientes a la adición del Régimen Artístico del Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento⁶⁶ y el contexto en que se desenvuelven quienes son funcionarios o pretenden integrar dicho marco laboral.

Entre las normas importantes a destacar sobre el fondo tenemos:

1) Ley N° 8555 del 15 de noviembre del 2006.

*“Artículo 208. —**Ámbito de aplicación.** El presente título regulará las relaciones de servicio entre el Poder Ejecutivo y los servidores públicos que brinden o desempeñen servicios o actividades artísticas.”*

Vemos que la aplicación del marco normativo se ajusta a quienes tienen como sus funciones cotidianas las labores artísticas y no así administrativas (característica más propia de los funcionarios que se encuentran amparados al Título I del Estatuto de Servicio Civil).

Sigue la ley de cita mencionando sobre la integración e ingreso al Régimen Artístico:

*“Artículo 213. —**Integración del Régimen Artístico.** Tendrán derecho a integrar el Régimen Artístico, los servidores que se desempeñen en el ejercicio de cargos relacionados con las actividades de dirección, instrucción, promoción y producción que, por su naturaleza, también están reservados para servidores que ostenten algún grado artístico, conforme al capítulo III del presente título y con lo que al respecto determine el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.*

*Artículo 215. —**Ingreso al Régimen Artístico.** Tanto los servidores regulares como los interinos deberán ser nombrados de conformidad con las normas prescritas en este título, el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, que le sean aplicables. Los primeros serán quienes se encuentren nombrados como titulares en plazas fijas, en tanto que los demás serán nombrados por tiempo determinado.”*
(Subrayado no corresponde al original)

Por otro lado, se debe tener claro que existe una incompatibilidad, por la razón de las funciones en que se

⁶⁶ Decreto Ejecutivo N°34971-MP del 8 de diciembre de 2008.

desenvuelven los funcionarios de cada uno de los regímenes contemplados dentro del Estatuto de Servicio Civil, siendo que el artístico tampoco hace diferencia en esto citando, dentro de su legislación:

*“Artículo 231. —**Incompatibilidad del Régimen Artístico con otros regímenes.** Los servidores acogidos al Régimen de Carrera Artística no podrán pertenecer a otro régimen, ni a otro sistema de beneficios e incentivos económicos vigentes en el Sector Público, distintos de los propios, salvo que la ley así lo permita.”⁶⁷*

2) Decreto Ejecutivo N° 34971-MP del 8 de diciembre de 2008
(Reglamento a la Ley 8555 supra citada)

*Artículo 2º—**Integración del Régimen Artístico:** Se consideran dentro del Régimen Artístico aquellos servidores que hayan ingresado al Poder Ejecutivo conforme a las reglas establecidas por el Estatuto de Servicio Civil y sus reglamentos para desempeñar labores en las artes escénicas, audiovisuales, literarias, musicales, plásticas, así como sus combinaciones y que no pertenezcan a otro régimen. Lo integraran también los servidores que se desempeñen en el*

ejercicio de cargos relacionados con las actividades de dirección, instrucción, promoción y producción en los términos definidos en el artículo 213 de la Ley. (Subrayado no corresponde al original)

*Artículo 5º—**Registro y acreditación de artistas:** Las personas interesadas en formar parte del Régimen Artístico, deberán estar debidamente registradas y acreditadas ante la Comisión.*

*Artículo 6º—**Ingreso al régimen:** Para ingresar al Régimen Artístico se requiere:*

- a) Cumplir con los requisitos de ingreso establecidos en el Título I del Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, así como las disposiciones de la Ley 8555 y el presente Reglamento;*

⁶⁷ En el mismo sentido: Artículo 26 del Reglamento al Régimen Artístico.- **Incompatibilidad del Régimen:** La pertenencia al Régimen de Carrera Artística es incompatible con la pertenencia a otro régimen, o a otro sistema de beneficios e incentivos económicos vigentes en el Sector Público, salvo que la ley así lo permita.

- b) *Poseer el grado artístico requerido por el Manual Descriptivo de Clases Artísticas para la clase artística respectiva;*
- c) *Demostrar idoneidad, sometiéndose a las pruebas y concursos que al efecto establezca la Dirección General, la cual podrá consultar a la Comisión las bases de selección a utilizar, misma que deberá brindar la asesoría respectiva;*
- d) *Satisfacer los demás requisitos que establezca el manual descriptivo de clases artísticas, para el respectivo puesto.*

De lo anterior se desprende que las reglas de selección si bien en el marco mínimo es igual al Título I, se diferencia sensiblemente, y eso hace que por razones de reclutamiento, se dista entre título I y IV por los mecanismos de comprobación de idoneidad por faltar en el segundo caso – título IV- el hecho de que los oferentes o quienes pretendan ingresar al régimen artístico, deban además de las pruebas de idoneidad establecidas por esta Dirección General de Servicio Civil, ser analizados por la Comisión Artística⁶⁸ creada para tales efectos,

pues puede verse que el contenido de lo reglamentado vía Decreto Ejecutivo, es omiso en tutelar sobre estas diferencias⁶⁹, lo cual hace que la adición hecha por esa vía legal, sea de aplicación a los

⁶⁸ Artículo 18. --Reglamento del Régimen Artístico: **Comisión artística:** La Comisión Artística es el órgano encargado del análisis, interpretación y aplicación de los criterios de otorgamiento de créditos, conforme al Capítulo IV del presente Reglamento, a fin de determinar el grado artístico que corresponde al servidor solicitante; así como para el otorgamiento de puntaje para los efectos de los beneficios de la Carrera Artística que regula el Capítulo V.

⁶⁹ Artículo 8º- Reglamento del Régimen Artístico: **El proceso de selección:** Se realizará a) Apertura de concurso: será realizada por parte de la Dirección General, y deberá contener los requerimientos básicos del concurso, el cual deberá ser publicado por los medios que estipule esta Dirección.

b) Recepción de ofertas: La Comisión Artística recibirá, estudiará y aprobará las ofertas. Posteriormente elaborará los listados de los oferentes, mediante los mecanismos que considere oportunos, con base a los respectivos grados artísticos y los enviará a la Dirección General para que ésta ejecute el proceso de selección.

c) Realización de Pruebas: La Dirección General realizará la convocatoria a pruebas para demostrar la idoneidad.

d) Conformación del Registro: Una vez realizada la evaluación de las pruebas para demostrar la idoneidad, aquellos oferentes que hayan obtenido una nota igual o superior a 70, conformarán el registro de elegibles del cual, la Dirección General creará las respectivas nóminas para ulteriores nombramientos, de acuerdo con lo estipulado en el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

servidores del Título I y por las labores desarrolladas por los servidores que se destacan en el Ministerio de Cultura y Juventud y que integran el régimen artístico existe una evidente incompatibilidad.

Aunado a esto, reza el numeral 7 del Reglamento del Título IV del Estatuto de servicio Civil:

“Exclusiones: *No pertenecerán al Régimen Artístico, ni podrán invocar la aplicación de sus normas, los servidores del Poder Ejecutivo que se beneficien de otro régimen o que, aún siendo artistas acreditados en el Registro, estén ocupando plazas que no estén relacionadas con los artículos 1, 2 y 4 de este Reglamento, ya sea en condición de propiedad o de interino.”*

Bajo esta misma línea de pensamiento, es menester indicar lo señalado mediante la resolución de esta Dirección General número DG-126-2011 de las diez horas del quince de febrero del dos mil once, por medio de la cual se modifica el Manual Descriptivo de Especialidades del Régimen de Servicio Civil para que se supriman del título I del Estatuto de Servicio Civil las siguientes especialidades y subespecialidades:

- Edición Cinematográfica,
- Dibujo Ilustrativo: Subespecialidad de la especialidad de Dibujo.
- Educación de Bellas Artes, con sus subespecialidades: Cerámica, Danza, Dibujo, Escultura, Pintura al Óleo, Tallado en Maderas, Textiles, Orfebrería y Generalista.
- Luminotecnia
- Música con sus subespecialidades: Composición, Dirección de Bandas, Maderas, Metales y Percusión.
- Producción Audiovisual
- Producción Cinematográfica
- Producción de Obras Teatrales, con sus subespecialidades: Escenografía, Luminotecnia, Vestuario, Sonido, Música, Danza, Generalista.

Lo anterior con el fin de que se crearan las especialidades de artes: audiovisuales, escénicas, literarias, musicales y visuales propias del Título IV del Régimen Artístico y se indica además en dicha

resolución que las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos, tienen que identificar los puestos de naturaleza artística que posean y proceder con la debida asignación de la especialidad que les corresponde, ubicándolos dentro del Manual de Clases Artísticas, mismo que tiene su vigencia desde el 1° de marzo del año 2010 y cuyas disposiciones han sido reguladas desde el año 2006 cuando se creó el título IV ya citado.

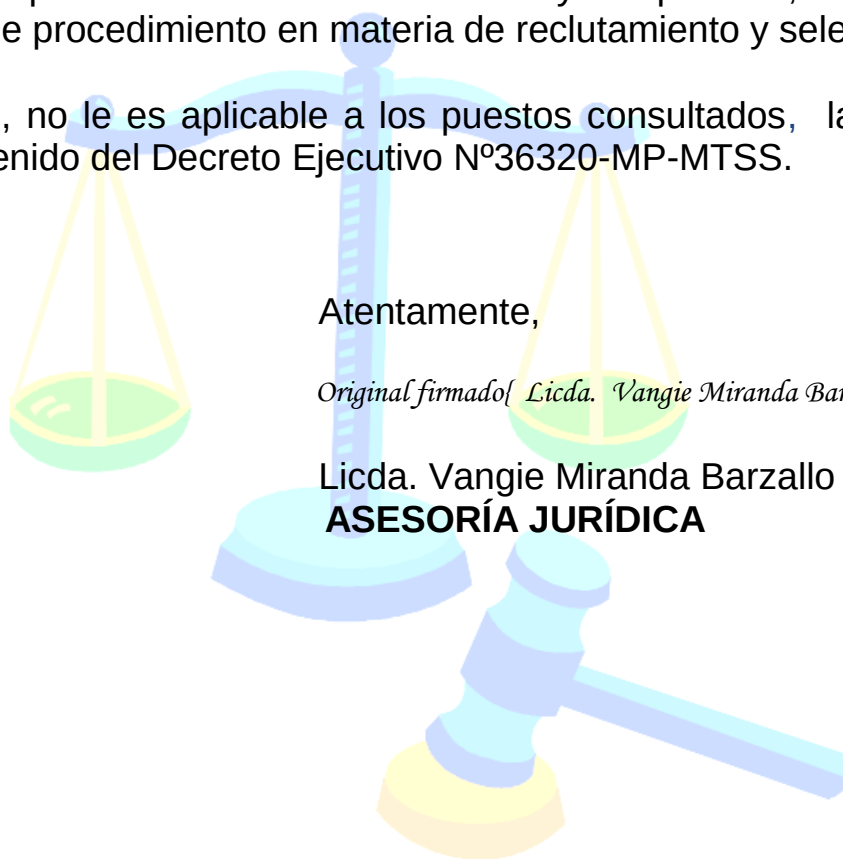
De modo que bajo esta inteligencia, debemos de concluir que por incompatibilidad entre las funciones y los puestos, como por un asunto de procedimiento en materia de reclutamiento y selección de

personal, no le es aplicable a los puestos consultados, la aplicación del contenido del Decreto Ejecutivo N°36320-MP-MTSS.

Atentamente,

Original firmado/ Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA



AJ-724-2011

31 de octubre de 2011

Licenciado

José Joaquín Oviedo Corrales

Coordinador Unidad de Análisis Ocupacional

Área de Carrera Docente.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su consulta remitida a este centro de trabajo por medio de correo electrónico con fecha 14 de octubre del año en curso, mediante la cual se traslada la solicitud de la señora Maritza Soto, Jefa del Departamento de Registros Laborales del Ministerio de Educación Pública, a fin de que esta sede administrativa emita criterio jurídico sobre la procedencia de aplicar el “transitorio” del artículo 126 del Título II del Estatuto de Servicio Civil, denominado “De la Carrera Docente”, o en su defecto se informe respecto a la existencia de alguna modificación o derogatoria del mismo.

Como preámbulo en la atención de su interrogante, conviene reproducir, en lo que interesa, el texto normativo que fundamenta el contenido de su correo, y la necesidad de información que en él se consigna; señala así el numeral 126 del Estatuto de Servicio Civil:

“Los profesores titulados de enseñanza media se clasifican en seis grupos denominados: MT6, MT5, MT4, MT3, MT2 y MT1”.

- a) *El grupo MT6 lo forman quienes, además del título de profesor de enseñanza media o de Estado, posean el título de doctor académico en su especialidad. Asimismo quienes posean los*

b) tres títulos siguientes: profesor de enseñanza primaria, profesor de enseñanza media y licenciado en la especialidad.

Transitorio: Se consideran incluidos en el grupo MT6 los licenciados en Filosofía y Letras, los de Ciencias Biológicas, de Ciencias Físico-Químicas y los de Matemáticas; todos de las antiguas escuelas de Filosofía y Letras y Ciencias de la Universidad de Costa Rica...⁷⁰

La simple lectura que fácilmente puede realizarse del texto normativo supra transcrito, establece con toda claridad y sin necesidad de explicación ulterior, los posibles “escenarios” de aplicación del citado transitorio, el cual según la consulta hecha el día de hoy al sitio electrónico de la Procuraduría General de la República, a través del Sistema Costarricense de Información Jurídica (SCIJ) y dentro de éste en el Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI), se encuentra con plena validez y vigencia.

De conformidad con lo anterior, se podría decir que en términos generales, la inclusión de cualquier “transitorio” dentro de la norma, tendrá la vigencia que en forma expresa indique la propia redacción de su texto, de lo contrario no perderá validez y eficacia en cuanto a su aplicación, mientras dicha condición temporal o condición especial no se indique en su mismo cuerpo normativo o en cualquier otra norma de igual o superior rango que tienda a modificarlo y/o derogarlo, lo cual, a todas luces, no pareciera ser el caso que nos ocupa.

Atentamente,

Original firmado por Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

⁷⁰ Las modificaciones a este numeral se establecieron de conformidad con las reformas introducidas por el artículo 1 de la Ley No. 5783 del 19 de agosto de 1975.

AJ-692-2011

12 de octubre del 2011

Licenciada
Marlene Morera Pacheco
mmorera@meic.go.cr

Estimada señora:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su oficio sin número de fecha 5 de octubre del presente año, mediante el cual expone que ante la ausencia del oficial presupuestal, dentro de sus funciones está la de asumir la coordinación del Departamento con todas las responsabilidades que eso conlleva, consultando que en el supuesto de que el mencionado jefe se trasladara de puesto dentro o fuera del ministerio, renuncie o se pensione y el puesto queda vacante, si estaría obligada a asumir las responsabilidades de ese cargo con su mismo puesto y salario.

Previo a referirnos al fondo de su consulta debemos indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica no referirse a casos concretos, por lo que haremos referencia a la normativa aplicable, correspondiéndole a la Administración Activa, resolver lo que corresponda.

Ahora bien, sobre el tema consultado, debemos indicarle que el jerarca institucional competente, resolverá el movimiento de personal que proceda en estos casos, ya sea ascenso directo, realizar concurso interno o llenar la vacante por medio de pedimento de personal.

No obstante lo anterior, en caso de que no se recurra a lo expuesto supra, puede considerarse los siguientes fundamentos jurídicos del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil:

“Artículo 22 bis. Los traslados, reubicaciones y recargos de funciones se regirán de acuerdo con lo que se indica a continuación:

...

b) Los recargos de funciones de puestos de mayor categoría, que excedan de un mes, podrán ser remunerados, pero estarán sujetos a la aprobación previa de la Dirección General, la que deberá constatar que el servidor a quien se hiciere el recargo, reúne los requisitos establecidos.”

Artículo 120:

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

Atentamente,

Original firmado { Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURÍDICA

AJ-676-2011
30 de setiembre del 2011

Licenciada
Vanessa Gamboa Pinto
Jefe de Recursos Humanos
CONSEJO DE TRANSPORTE PÚBLICO

Estimada señorita:

Con la aprobación de la Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su Oficio RH-2011-933 de fecha 23 de setiembre del año en curso, por medio del cual solicita se le indique si el Oficio AJ-446-2000 de fecha 13 de noviembre del año 2000, emitido por esta Asesoría Jurídica, se encuentra vigente.

Sobre el particular le manifestamos que el contenido de dicho criterio jurídico versa ante consulta que presentara el Director del Área de Auditoría y Control de Recursos Humanos de aquel entonces, Licenciado Leonel Obando Obando, a raíz de un estudio de auditoría que responde al número AC-180-2000, de fecha 18 de octubre del año dos mil, solicitando criterio sobre las implicaciones jurídicas en cuanto a la adopción de medidas correctivas sobre el pago de prohibición en la especialidad de cómputo en algunas entidades cubiertas por el Régimen de Servicio Civil.

Ante esa solicitud de pronunciamiento, se analizó el marco normativo de prohibición para los funcionarios con especialidad en cómputo o informática, refiriéndose al artículo 41 de la Ley 7097 del 18 de agosto de 1988.

Posteriormente, se presenta un análisis concretamente del oficio AC-180-2000, supra indicado, exponiendo el respeto que debe privar ante los Principios de Legalidad, Razonabilidad y Racionalidad, agregando que si la auditoría institucional en el ejercicio de su control de legalidad detecta algunas irregularidades en la aplicación de las

normas, debe señalarlo así al jerarca institucional para lo que proceda conforme a derecho.

Por último se hace un comentario general sobre el dictamen emitido por la Procuraduría General de la República número C-013-2000.

Expuesto lo anterior, sobre su consulta concreta, debemos manifestar que el oficio AJ-446-2000, se encuentra vigente.

Con respecto a los comentarios generalizados que esboza sobre el tema de los traslados, no se evidencia pregunta alguna, no obstante exponemos de seguido que los traslados y las reubicaciones del personal, debe tenerse claro en qué consisten estas figuras y sus implicaciones, porque se puede correr el riesgo de pagar un incentivo a un funcionario que no le corresponde o viceversa.

Es común confundir estos vocablos y hablar indistintamente de traslado y reubicación, pero nuestro ordenamiento los define así:

El término **traslado**, de acuerdo con el Artículo 3, inciso u) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, es: “... *el paso de un servidor regular de un puesto a otro del mismo nivel salarial...*”, mientras que el inciso x) de este mismo numeral señala que la **reubicación** es: “... *el desplazamiento de un servidor con su puesto dentro de un programa presupuestario, de uno a otro programa o de un ministerio a otro.*”.

Tal y como lo indica la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la Administración puede realizar los cambios de personal que requiera por necesidad institucional, dadas sus potestades de imperio de que goza en el quehacer diario, en el tanto busque perseguir siempre la realización del interés público tutelado, es decir **“es constitucionalmente legítima la potestad de la administración**

de cambiar a sus servidores de lugar de trabajo, siempre y cuando exista como causa de ello el interés público...⁷¹.

Para el caso que nos ocupa, los movimientos de traslados y reubicaciones forman parte de la acción de potestad de imperio de la que se encuentra dotada la Administración, con observancia claro está de las limitaciones que el propio ordenamiento jurídico exige.

Es así como el numeral 22 bis del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, recoge esa potestad de la Administración Pública, la cual dispone:

“Los traslados, reubicaciones y recargos de funciones se regirán de acuerdo con lo que se indica a continuación:

d) Los traslados y reubicaciones podrán ser acordados unilateralmente por la Administración, siempre que no se cause grave perjuicio al servidor.

e) Los recargos de funciones de puestos de mayor categoría, que excedan de un mes, podrán ser remunerados, pero estarán sujetos a la aprobación previa de la Dirección General, la que deberá constar

que el servidor a quien se hiciere el recargo, reúne los requisitos establecidos. “

En la norma antes citada es clara y evidente la potestad administrativa, con las limitaciones de no causar perjuicio a los servidores objeto del movimiento de personal.

Siendo así, la administración activa debe velar para que en caso de aplicar alguna de las figuras señaladas, no se cause perjuicio al funcionario pero dentro de las normas aplicables.

⁷¹ Voto 2003-03672, emitido por **SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. San José, a las ocho horas con treinta y un minutos del nueve de mayo del dos mil tres.-

Se debe considerar además para estos efectos, lo que dispone el artículo 24 del Reglamento de la Ley de Prohibición, Decreto Ejecutivo número 22614, que establece en lo que respecta a la cesación del pago por este concepto:

Artículo 24: Cesará el pago por concepto de prohibición cuando: ...

“e) El servidor sea trasladado con su puesto a un programa que no se halle afectado por el pago de dicho concepto, salvo disposición legal en sentido contrario. No obstante lo anterior, en los casos de reubicación se mantendrá el pago por concepto de compensación económica por prohibición.”

Ante el panorama expuesto, debe la administración activa, en este caso, el Área que usted representa, resolver conforme a derecho lo que corresponda.

Atentamente,

Original firmado{ Licda. Margarita Rodríguez Soto

Licda. Margarita Rodríguez Soto

ASESORÍA JURÍDICA

AJ-715-2011
26 de octubre de 2011

Señora
Alejandra Corrales Ávila
alecodan@hotmail.com
acorralesa@ministeriodesalud.go.cr

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su atento oficio sin número, fechado 11 de octubre del año en curso, mediante el cual, en lo que interesa, se indica lo siguiente:

“...me sirvo solicitar su criterio referente a si corresponde el reconocimiento de vacaciones del período trabajado en la Universidad de Costa Rica por mi persona y si el mismo puede ser disfrutado, ahora que me encuentro laborando en el Ministerio de Salud...”

Previo a la evacuación de su consulta, conviene indicar a la señora Corrales Ávila, la imposibilidad que tiene esta sede administrativa para pronunciarse sobre casos o situaciones particulares que son resorte exclusivo de las Oficinas de Recursos Humanos de las instituciones cubiertas por el Régimen de Méritos, a las cuales les corresponde resolver lo procedente conforme a sus competencias legales. Por esta razón, su inquietud será abordada desde una perspectiva general, trayendo a colación los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales que podrían contribuir a esclarecer de manera apropiada la situación expuesta.

Para iniciar, resulta importante reproducir el texto normativo contenido en el ordenamiento jurídico costarricense, que para los efectos de su consulta, se consideran fundamento de derecho a la hora de dilucidar aspectos relativos al reconocimiento de los períodos

de vacaciones para cualquier servidor de la Administración Pública. En este sentido, encontramos que tanto el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, como los demás Reglamentos Autónomos de Servicio y Organización, existentes en las instituciones públicas cubiertas por el Régimen Estatutario, que incorporan de alguna manera la materia de vacaciones, lo hacen, precisamente, a la luz de lo estipulado al respecto en el Código de Trabajo; señala así este último cuerpo normativo en su numeral 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.

En caso de terminación del contrato antes de cumplir el período de las cincuenta semanas, el trabajador tendrá derecho, como mínimo, a un día de vacaciones por cada mes trabajado, que se le pagará en el momento del retiro de su trabajo...”

Como indicamos anteriormente, esta norma general es recogida prácticamente en su literalidad por el artículo 29 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, cuyos supuestos y requisitos se constituyen en condición, diríamos, “*sine qua non*”, para que el derecho se materialice como condición de goce y disfrute por parte del servidor. De igual manera, el artículo 30 del mismo cuerpo reglamentario establece que:

“...Para los efectos de computar el tiempo servido, se observarán las siguientes reglas:

a. Si se tratare de servidores públicos nombrados con anterioridad al primero de junio de mil novecientos cincuenta y tres, la antigüedad de los servidores se contará a partir de la fecha de sus nombramientos, siempre que desde dicha fecha hayan servido al Estado ininterrumpidamente; y

b. La antigüedad de los servidores regulares nombrados con posterioridad al primero de junio citado, se contará a partir de las fechas de sus nombramientos, y si sus servicios no hubieren sido consecutivos, tendrán derecho a la acumulación de sus períodos de

servicio al Estado posteriores a dicha fecha...” (El subrayado no aparece en el documento fuente)

Esta última norma transcrita, es la que en principio establece la posibilidad de reconocimiento del tiempo laborado en otras instituciones pertenecientes al Estado, a efectos de computar los respectivos períodos de vacaciones a que tiene derecho todo servidor o funcionario público.

En este sentido, ya en el mes de mayo del 2009, el Despacho del señor Director General de Servicio Civil, hacía del conocimiento público⁷², ante consulta formulada por una de las dependencias ministeriales de gobierno, el listado de las instituciones y organismos públicos que pertenecen al Régimen de Méritos, así como aquellas que aún estando fuera del mismo, forman parte del sector público costarricense⁷³, y por lo tanto, son susceptibles de ser consideradas en el trámite de reconocimiento de anualidades, que como se verá más adelante, ha sido extendido a otros pluses y derechos de los servidores como bien puede ser las vacaciones legales.

En esta misma línea y como complemento a lo apuntado hasta aquí, hemos de decir, que la discusión sobre el reconocimiento o no del tiempo efectivamente laborado en otras instituciones del sector

público, (no cubiertas por el Régimen Estatutario), con el propósito de que sean consideradas en el cómputo de vacaciones, deviene, indudablemente, en el esclarecimiento oportuno y adecuado de la teoría del “Estado como Patrono Único o Unidad del Estado”, sobre la que se ha discutido y analizado en no pocas ocasiones.

Es así como conviene recordar que esta Asesoría Jurídica en el año 2007 se pronunció ampliamente sobre esta temática⁷⁴, enfatizando en lo pertinente a su consulta, lo siguiente:

⁷² Ver Oficio DG-252-2009 de fecha 7 de mayo del 2009.

⁷³ A criterio del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN)

⁷⁴ Refiérase al Oficio AJ-594-07 del 26 de octubre del 2007.

“...Sobre el “arrastre” de vacaciones entre instituciones, resulta de gran relevancia traer a colación lo señalado por la Procuraduría General de la República, en el dictamen No. C- 269-2006 de 04 de julio del 2006, por medio del cual se plasman las siguientes consideraciones:

“... Como se ilustra con la jurisprudencia recién citada, es precisamente por el concepto de unidad del Estado, que la permanencia, antigüedad o continuidad de la relación de servicio entre el funcionario y la Administración Pública, se concibe como una sola relación para los efectos del reconocimiento de determinados extremos estatutarios o laborales, como sería el supuesto de análisis que ahora nos ocupa, aún cuando aquel se traslada de una institución pública a otra.

En abono a lo expuesto, la autorizada doctrina, ha sostenido también, que el origen de los premios de antigüedad, probablemente tiene su fundamento, en el beneficio y utilidad por mantener funcionarios dentro de la Administración Pública, de gran trayectoria y experiencia en la función pública. De ahí que se les ha venido recompensando la

permanencia y constancia del trabajo, acumulándose incluso, las tareas desempeñadas en otras dependencias públicas.

Por consiguiente, a tenor de los artículos 59 constitucional y 153 del Código de Trabajo – norma ésta que suple al ordenamiento estatutario en lo correspondiente- así como toda la doctrina en torno al tópico de estudio, es que este Órgano Consultor de la Administración Pública, concluye en este aparte, que el tiempo acumulado en otras instituciones públicas para el disfrute real de las vacaciones, debe ser tomado en cuenta en el lugar en donde la persona se traslada, dado que continúa prestando sus servicios dentro del mismo sector patronal.

No obstante lo expuesto, cabe observar por importante, que en virtud del carácter que tiene el beneficio vacacional en

nuestro régimen de empleo público (o mejor dicho en el régimen de trabajo en general) lo recomendable sería que la Defensoría de los Habitantes, -así como cualquier otro componente del Estado- procure otorgar las vacaciones al servidor o servidora en el momento que le corresponde jurídicamente y previo traslado a otra institución pública, para que en la medida de lo posible no se arrastren vacaciones acumuladas. Es decir, cuando la persona cumpla con los requerimientos exigibles en el mencionado artículo 153 del Código de Trabajo, se debe conceder las vacaciones en los términos puntuales que lo establece, por ejemplo el artículo 32 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil ...”

“... Dicho texto no solo viene a reafirmar la teoría del Estado como Patrono Único, en lo que atañe al otorgamiento de las vacaciones de los funcionarios que laboran en la Administración Pública, - tema de interés en este estudio - sino que allí se sostiene que, a tenor de ausencia de norma

legal que lo regule, es claro que en aquellos supuestos en donde existen saldos de vacaciones, se podría recurrir a una solución práctica y de orden presupuestario, en tanto la institución de origen opte por cancelar las vacaciones a las personas que no las han podido disfrutar, a fin de no trasladar el costo al componente administrativo en donde prestarán sus servicios, sin solución de continuidad; toda vez que al final de cuentas, constituye una obligación económica derivada de la relación de servicio entre el funcionario y la institución anterior, aprobada por ley en su oportunidad. ...” (el subrayado y resaltado no es del original)

Se puede afirmar entonces que bajo la Teoría del Estado como Patrono Único, resulta procedente el “arrastre” de vacaciones de un servidor de su institución de origen a la institución que lo recibe. No obstante, debe llamarse la atención respecto a la obligación de disfrutar de las vacaciones en el momento oportuno y la prohibición de su acumulación.

Véase además que existiría la posibilidad de cancelar las vacaciones a las personas que no las hayan podido disfrutar, como una solución práctica y de orden presupuestario, para que la institución que recibe al servidor no asuma el costo correspondiente. Por razones obvias, este debería ser un elemento a considerar por la Administración de previo a acordar el traslado de un servidor, para evitar que con posterioridad surja algún conflicto o algún tipo de responsabilidad por haber autorizado algún movimiento de personal sin el respectivo contenido presupuestario...”

Bajo esta tesitura esbozada en su oportunidad por este centro de trabajo, y que al día de hoy ratificamos en todos sus extremos, encontramos no solo la posibilidad de reconocer a un servidor que ha sido nombrado en una cartera ministerial regida por la norma estatutaria, el tiempo laborado en otra institución del sector público costarricense para efectos de vacaciones, sino que además se abre la alternativa válida de que dicho período de tiempo “arrastrado” de su relación de servicio anterior, a juicio de la misma Administración, pueda ser debidamente reconocido en dinero, con cargo al presupuesto institucional del organismo público para el cual se laboró, y que como consecuencia, generó el gasto correspondiente por concepto de vacaciones.

Hemos de aclarar, que este segundo procedimiento que se detalla en la parte final del párrafo inmediatamente anterior, debe ser considerado en su dimensión correcta como un procedimiento alternativo y no “único” para resolver situaciones como la que bien señala la servidora consultante, dado que proceder exclusivamente y en forma impuesta de esta manera, supondría desnaturalizar la figura jurídica de las vacaciones, en tanto las mismas se consideran un período de tiempo para el descanso obligatorio de los servidores y la recuperación de su fuerza de trabajo.

Como se apuntó en páginas precedentes, el tema traído a estudio ha sido, de igual forma, atendido por la propia Procuraduría General de la República, (al citar jurisprudencia de los Altos Tribunales de Trabajo), cuyos pronunciamientos no hacen más que reafirmar lo manifestado con antelación; señala así el Ente Asesor del Estado, lo siguiente:

“...En una parte del fallo citado de primero, podría decirse que se condensa lo expuesto hasta ahora en el presente estudio, al sostenerse allí que: “...originalmente el reconocimiento de la antigüedad se hizo aplicando la figura del ESTADO PATRONO UNICO, pero con no poca debilidad, sobre todo, pensando en el principio de la unidad estatal como patrono y en algunos casos, relacionándolo con la otra teoría de la relación estatutaria, fundamentada esta última en el artículo 191 de la Constitución Política...no cabe duda, que el reconocimiento de la antigüedad en cuanto a la prestación de servicios para el Estado y sus instituciones ha venido avanzando en cuanto a los derechos respecto de los que se hacía el correspondiente reconocimiento, a saber, vacaciones, aguinaldo, preaviso, auxilio de cesantía, aumentos anuales, jubilaciones y pensiones; ...” (El subrayado lo supe quien redacta)⁷⁵

En el mismo pronunciamiento citado supra, indica el Ente Procurador:

“...Al propio tiempo y a tenor del concepto del Estado como patrono único, y la jurisprudencia arriba señalada, el tiempo laborado en otras instituciones del Estado debe ser también considerado a los efectos del reconocimiento de otros rubros o beneficios salariales, como vacaciones, cesantía, pensión o jubilación, etc...”

Para mayor abundamiento sobre el tema, se sugiere a la consultante revisar lo resuelto por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia N° 34 dictada a las nueve horas cuarenta minutos del 5 de marzo del año 1993.

Como consideraciones finales, solo resta a este Despacho indicar a quien consulta, que reiterando los conceptos vertidos al inicio del presente oficio, cada caso o situación particular, tienen sus propias especificidades técnicas, que al amparo de las disposiciones normativas y jurisprudenciales desarrolladas anteriormente, deben, a criterio de esta sede administrativa, ser resueltas por la Oficina de Recursos Humanos de su institución.

⁷⁵ Dictamen C-182-2005 del 16 de mayo del 2005

Atentamente,

p/ *Licda. Oralia Torres Leytón*

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

